



REPUBLIK INDONESIA
KEMENTERIAN HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA

SURAT PENCATATAN CIPTAAN

Dalam rangka perlindungan ciptaan di bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra berdasarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, dengan ini menerangkan:

Nomor dan tanggal permohonan : EC00202280941, 29 Oktober 2022

Pencipta

Nama : **Ahmad Syofyan, S.H.,M.H.**
Alamat : Perum Salsabila Residence Blok A5 LK II RT/RW 005/000 Kel. Rajabasa Jaya, Kec. Rajabasa, Bandar Lampung, LAMPUNG, 35144
Kewarganegaraan : Indonesia

Pemegang Hak Cipta

Nama : **Fakultas Hukum Universitas Lampung**
Alamat : Jl. Soemantri Brojonegoro No. 1 Kel. Gedong Meneng, Kec. Rajabasa, Bandar Lampung, LAMPUNG, 35145
Kewarganegaraan : Indonesia

Jenis Ciptaan : **Buku**
Judul Ciptaan : **HUKUM INTERNASIONAL**
Tanggal dan tempat diumumkan untuk pertama kali di wilayah Indonesia atau di luar wilayah Indonesia : 1 Juni 2022, di Bandar Lampung

Jangka waktu perlindungan : Berlaku selama 50 (lima puluh) tahun sejak Ciptaan tersebut pertama kali dilakukan Pengumuman.

Nomor pencatatan : 000396685

adalah benar berdasarkan keterangan yang diberikan oleh Pemohon.
Surat Pencatatan Hak Cipta atau produk Hak terkait ini sesuai dengan Pasal 72 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta.



a.n Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia
Direktur Jenderal Kekayaan Intelektual
u.b.
Direktur Hak Cipta dan Desain Industri

Anggoro Dasananto
NIP.196412081991031002

Disclaimer:

Dalam hal pemohon memberikan keterangan tidak sesuai dengan surat pernyataan, Menteri berwenang untuk mencabut surat pencatatan permohonan.

HUKUM INTERNASIONAL

Ahmad Syofyan, S.H., M.H.



PuSKaPu

HUKUM INTERNASIONAL

Ahmad Syofyan, S.H., M.H.



PuSKaPu

Hak cipta pada penulis
Hak penerbitan pada penerbit
Tidak boleh diproduksi sebagian atau seluruhnya dalam bentuk apapun
Tanpa izin tertulis dari pengarang dan/atau penerbit

Kutipan Pasal 72 :

Sanksi pelanggaran Undang-undang Hak Cipta (UU No. 10 Tahun 2012)

1. Barang siapa dengan sengaja dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) atau Pasal (49) ayat (1) dan ayat (2) dipidana dengan pidana penjara masing-masing paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan atau denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah)
2. Barang siapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu Ciptaan atau hasil barang hasil pelanggaran Hak Cipta atau Hak Terkait sebagaimana dimaksud ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah)

HUKUM INTERNASIONAL

Ahmad Syofyan, S.H., M.H.



PuSKaPu

HUKUM INTERNASIONAL

Ahmad Syofyan, S.H.,M.H

Diterbitkan oleh Pusat Kajian Konstitusi dan Perundang-undangan Universitas Lampung

Gedung B Fakultas Hukum
Jl. Soemantri Brodjonegoro No. 1 Gedung Meneng
Bandar Lampung 35145
Telp. (0721) 701609 Pesawat 401
Fax. (0721) 709911
www.fh.unila.ac.id

Desain cover & lay out : Muhtadi

Hak cipta dilindungi Undang-undang. Dilarang memperbanyak buku ini sebagian atau seluruhnya, dalam bentuk dan dengan cara apapun juga, baik secara mekanis maupun elektronik, termasuk fotokopi, rekaman, dan lain-lain tanpa ijin tertulis dari penerbit.

ISBN : 978-602-1245-19-4

Perpustakaan Nasional : Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Syofyan, Ahmad.

Hukum Internasional /Ahmad Syofyan, S.H., M.H.

Cet. 1, --Bandar Lampung: Pusat Kajian Konstitusi dan Perundang-undangan Universitas Lampung, 2022
15,5 x 23 cm.

KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan ke hadirat Allah SWT, yang telah melimpahkan taufik hidayah-Nya sehingga penulis dapat menyelesaikan Buku Hukum Internasional ini dengan baik. Buku ini berisi tentang Definisi Hukum Internasional, Sejarah Hukum Internasional, Hakikat Hukum Internasional, Sumber Hukum Internasional, Subjek Hukum Internasional, Kedaulatan Teritorial dan Kedaulatan Negara, Tanggung Jawab Negara, Pengakuan dalam Hukum Internasional, Yurisdiksi Negara, Penggunaan Kekerasan (*Use of Force*) dalam Hukum Internasional, Kedaulatan Negara, Intervensi Menurut Hukum Internasional

Penulis menyadari sepenuhnya bahwa tanpa bantuan dari berbagai pihak, buku ini tidak akan terselesaikan dengan baik. Oleh karena itu, pada kesempatan ini, penulis mengucapkan terima kasih dan penghargaan yang tulus kepada semua pihak yang tidak dapat disebutkan satu-persatu yang telah membantu proses pembuatan buku ini.

Penulisan ini disadari masih banyak kekurangannya. Oleh karena itu, saran dan kritik yang bersifat membangun sangat diharapkan. Akhir kata, semoga buku ini dapat memberikan manfaat bagi ilmu pengetahuan dan segenap masyarakat.

Bandar Lampung, Juni 2022

Penulis

DAFTAR ISI

Bab I Pendahuluan	1
Bab II Sejarah Hukum Internasional	8
Bab III Hakikat Hukum Internasional	22
Bab IV Sumber Hukum Internasional	30
Bab V Subjek Hukum Internasional	46
Bab VI Kedaulatan Teritorial dan Kedaulatan Negara	57
Bab VII Tanggung Jawab Negara	96
Bab VIII Pengakuan dalam Hukum Internasional	127
Bab IX Yurisdiksi Negara	140
Bab X Penggunaan Kekerasan (Use of Force) dalam Hukum Internasional	164
Bab XI Imunitas Kedaulatan Negara	173
Bab XII Intervensi Menurut Hukum Internasional	188

PENDAHULUAN

A. Pengantar

Hukum internasional publik (*public international law*) atau kadang disebut sebagai hukum bangsa-bangsa adalah sistem hukum yang perhatian utamanya pada hubungan antar negara-negara. Penggunaan istilah hukum internasional publik atau sekarang yang lebih dikenal dengan hukum internasional (walaupun penyingkatan istilah membuat bingung dengan subjek dari hukum perdata internasional, akan tetapi hal ini telah diterima secara luas pengistilahan hukum internasional publik menjadi hukum internasional. Penamaan Hukum internasional publik untuk membedakan dengan hukum perdata internasional (*private international law*).¹

Pembedaan hukum internasional publik dan hukum perdata internasional haruslah jelas, dimana hukum perdata internasional ialah keseluruhan kaidah dan asas hukum yang mengatur hubungan perdata yang melintasi negara. Dengan perkataan lain, hukum yang mengatur hubungan hukum perdata antara para pelaku hukum yang masing-masing tunduk pada hukum perdata (nasional yang berlainan. Sedangkan hukum internasional publik adalah keseluruhan kaidah dan asas hukum yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara (hubungan internasional) yang bukan bersifat perdata.²

Pembedaan harus dilakukan dengan memisahkan hukum internasional antara publik dan privat melalui subjek hukum dan sumber hukum. Hukum internasional memiliki subjek hukum yaitu : negara, organisasi internasional, Palang Merah Internasional dan lain-lain, *Belligerent*, termasuk Individu yang melakukan kejahatan internasional. Sumber hukum berpegang pada Pasal 38 (1) Statuta Mahkamah Internasional, sedangkan hukum perdata internasional memiliki subjek yaitu: badan hukum dan individu dan sumber hukum perdata internasional adalah hukum nasional.

¹ John O'Brien, *International Law*, Cavendish Publising Limited, London, 2001. Hlm. 1.

² Mochtar Kusumatmadja & Eddy R Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, Pusat Studi Wawasan Nusantara, Hukum dan Pembangunan bekerjasama dengan P.T Alumni, Bandung, 2003, hlm. 1-2.

B. Pengertian, Batasan dan Istilah Hukum Internasional

Pengertian hukum internasional telah banyak di definisikan oleh pakar-pakar hukum internasional dalam berbagai perspektif dan konteks yang berbeda. Dalam pengantar ini hanya mengambil beberapa pengertian hukum internasional yang berdasarkan sejarah dan relevansi kekinian.

Menurut J.L. Brierly hukum internasional dapat dibatasi maknanya sebagai himpunan kaidah dan asas tindakan yang mengikat bagi negara-negara yang beradab dalam hubungan mereka antara satu dengan yang lainnya.³

Alf Ross⁴ berpendapat bahwa hukum internasional adalah *the body of legal rules binding upon states in their relations with one another* (kumpulan peraturan hukum yang mengikat atas negara dalam hubungan mereka dengan yang lainnya).

J. G. Starke⁵ berpendapat bahwa hukum internasional sebagai keseluruhan hukum yang untuk sebagian besar terdiri dari prinsip-prinsip dan kaidah-kaidah perilaku yang terhadapnya negara-negara merasa dirinya terikat untuk menaati karenanya, benar-benar ditaati secara umum dalam hubungan-hubungan mereka satu sama lain. Meliputi juga:

- a. Kaidah-kaidah hukum yang berkaitan dengan berfungsinya lembaga-lembaga atau organisasi-organisasi internasional, hubungan-hubungan mereka satu sama lain, hubungan mereka dengan negara-negara dan individu-individu;
- b. Kaidah-kaidah hukum tertentu yang berkaitan dengan individu-individu dan badan-badan non negara sejauh hak-hak dan kewajiban individu dan badan non negara tersebut penting bagi masyarakat internasional.

William R. Slomanson berpendapat *international law is the body of rules by which nations are bound in their mutual relation*. Hukum internasional adalah aturan *body* antara dengan bangsa-bangsa yang mengikat dalam hubungan timbal balik mereka.

Hukum internasional adalah kumpulan ketentuan hukum yang berlakunya dipertahankan oleh masyarakat internasional. Sebagai kumpulan ketentuan hukum, hukum internasional merupakan bagian dari hukum dan sebagai bagian dari hukum, hukum internasional memenuhi unsur-unsur yang menetapkan pengertian hukum yakni kumpulan ketentuan yang mengatur tingkah laku orang dalam masyarakat yang berlakunya dipertahankan oleh *external power* masyarakat yang bersangkutan.⁶

³ J.L. Brierly, *op.cit.*, hlm.

⁴ Alf Ross, *a Textbook of International Law (General Part)*, Longmans, Green and Co. London, 1947, Hlm. 11.

⁵ J.G. Starke, *op.cit.*, Hlm. 3.

⁶ Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 1994, hlm. 2.

Menurut L.A. Hart⁷ menyatakan bahwa hukum internasional tanpa memiliki badan legislatif internasional, pengadilan dengan yurisdiksi mengikat, dan sanksi-sanksi yang terorganisir secara terpusat, hal ini telah menimbulkan keraguan dalam para pemikir hukum. Dengan tidak adanya institusi-institusi ini berarti bahwa peraturan-peraturan kewajiban primer, yang pada masyarakat individu biasa kita kontraskan dengan sistem hukum yang telah maju. Memang masih bisa dipersoalkan seperti yang akan ditunjukkan bahwa hukum internasional bukan hanya kekurangan peraturan-peraturan sekunder mengenai perubahan dan ajudikasi yang mengatur badan legislatif dan pengadilan-pengadilan, melainkan juga kekurangan pengakuan peraturan yang menetapkan sumber-sumber hukum dan menyediakan kriteria umum untuk mengidentifikasi peraturan-peraturan lainnya, sehingga perbedaan-perbedaan ini mencolok dan menimbulkan pertanyaan. Apakah hukum internasional itu benar-benar Hukum.

Untuk menjawab beberapa hal yang menjadi dasar pembentukan hukum internasional. Perlu dicermati dalam berbagai pendapat ahli hukum internasional memberikan definisi atau pengertian yang berbeda. Menurut Mochtar Kusumaatmadja⁸ hukum internasional publik adalah keseluruhan kaidah-kaidah dan asas-asas hukum yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas-batas negara-negara (hubungan internasional yang bukan bersifat perdata). Sedangkan Ray Agust⁹ menyatakan bahwa "*International law is the body of legal rules and norms that regulated activities carried on outside the legal boundaries of states*". Dan secara khusus pengaturan hukum internasional berhubungan dengan 1. Antara negara dengan negara; 2. Antara negara dengan individu; 3. Antara individu dengan individu.

Hukum internasional diakui sebagai kumpulan ketentuan hukum, jadi anggapan ini menolak pendapat bahwa hukum internasional merupakan moral internasional. Dengan alasan bahwa moral berbeda dengan hukum. Moral adalah kumpulan ketentuan yang mengatur tingkah laku orang yang timbul dari kesadaran orang itu sendiri dan berlakunya dipertahankan oleh *internal power* orang itu sendiri, yakni hati nurani dan kesadaran orang itu sendiri. Sedangkan hukum berlakunya dipertahankan oleh *external power*, yakni adanya kekuasaan dalam masyarakat.¹⁰

Menurut Boer Mauna menyatakan bahwa hukum internasional diartikan sebagai himpunan dari peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan yang mengikat serta mengatur hubungan antara negara-negara

⁷ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford University Press, 1961. Hlm. 214.

⁸ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional (Buku I : Bagian Umum)*, Binacipta, Bandung, 1981. hlm. 1.

⁹ Ray August, *Public International Law (Text, Cases and Readings)*, Prentice Hall, Inc, Englewood Cliffs, New Jersey, USA, 1995. Hlm. 1.

¹⁰ Sugeng Istanto, *op.cit.*, hlm. 3.

dan subjek-subjek hukum lainnya dalam kehidupan masyarakat internasional.¹¹

1. Pengertian dan Batasan Hukum Internasional

Menurut Mochtar Kusumaatmadja hukum internasional adalah keseluruhan kaidah dan asas hukum yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara antara:

- (1) Negara dengan Negara
- (2) Negara dengan subjek hukum lain bukan negara atau subjek hukum bukan negara satu sama lain.

2. Istilah Hukum Internasional

Hukum internasional menurut Philip C. Jessup berbeda dengan hukum internasional menurut Mochtar Kusumaatmadja atau ahli lainnya, karena Jessup dalam bukunya *Transnational Law* menyatakan sebagai berikut:

...but the term "international" is misleading...so the term international law will not do. Nevertheless I shall use instead of "international law", the term "transnational law" to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included...

Istilah internasional itu menyesatkan sehingga istilah hukum internasional itu tidak digunakan, lebih baik menggunakan istilah hukum transnasional yang mengatur persoalan atau peristiwa yang melintasi batas-batas negara yang mencakup hukum internasional publik dan perdata. Jessup mungkin lupa bahwa jauh sebelum ada putusan PCIJ dalam Landmark case, the case of SS. Lotus antara Perancis dan Turki tanggal 4 Januari 1927 yang menyatakan: "*International law govern relations between independent states...*" bahwa hukum internasional adalah hukum yang mengatur hubungan negara-negara merdeka... jauh sebelum kasus Lotus ini, ada kasus yang dikenal dengan Alabama Arbitration tahun 1871 antara Amerika Serikat dan Inggris yang putusannya memenangkan Amerika Serikat karena Inggris melanggar prinsip netralitas ketika terjadi perang saudara di Amerika Serikat.¹²

Penggunaan istilah hukum internasional, orang juga mempergunakan istilah hukum bangsa-bangsa, hukum antarbangsa. Istilah hukum bangsa-bangsa (*law of nations, droit de gens, Voelkerrecht*) berasal dari istilah Romawi *ius gentium*. Dalam arti yang semula *ius gentium* bukanlah berarti hukum yang berlaku antara bangsa-bangsa saja, melainkan pula kaidah dan asas hukum yang mengatur hubungan orang Romawi satu

¹¹ Boer Mauna, *Hukum Internasional (Pengertian Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global)*, Edisi Ke-2, Penerbit PT. Alumni, Bandung, 2005, hlm. 1.

¹² Idris, dkk (editor), *Penemuan Hukum Nasional dan Internasional (Dalam Rangka Purnabakti Prof. Dr. Yudha Bhakti Ardhiwisastra, S.H.,M.H.)*, Penerbit Fikahati Aneska kerjasama Bagian Hukum Inetrnasional Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Bandung, Januari, 2012, hlm. xvi.

sama lain. Baru kemudian orang membedakan benar antara: hubungan antara individu dengan menggunakan istilah *ius inter gentes*. Istilah terakhir ini yang berarti hukum antarbangsa menandakan permulaan lahirnya hukum internasional sebagai lapangan ilmu tersendiri.¹³

C. Masyarakat dan Hukum Internasional

Landasan sosiologis hukum adalah masyarakat. Artinya, hukum itu ada dan berlaku jika ada masyarakat. Demikian pula halnya hukum internasional. Oleh karena itu, untuk membuktikan ada dan berlakunya hukum internasional maka terlebih dahulu harus dibuktikan adanya masyarakat internasional. Dengan kata lain, masyarakat internasional adalah landasan sosiologis bagi berlakunya hukum internasional.

Untuk dapat dikatakan ada masyarakat internasional, ada sejumlah syarat atau unsur tertentu yang harus dipenuhi. Syarat-syarat tersebut mencakup baik syarat materiil maupun non-materiil.

Syarat materiil dari adanya hukum internasional adalah berupa fakta-fakta eksistensi fisik yaitu:

- a) Adanya negara-negara yang merdeka dan berdaulat. Pada saat ini terdapat ratusan negara merdeka dan berdaulat. Dengan demikian, syarat adanya negara-negara merdeka dan berdaulat sudah menjadi fakta yang tidak mungkin dibantah.
- b) Adanya hubungan yang tetap dan berkelanjutan antar negara-negara yang merdeka dan berdaulat tersebut. Syarat ini pun sudah merupakan fakta yang tidak dapat dibantah. Dalam kehidupan dunia saat ini, tak ada satu pun negara yang mengisolasi dirinya dari pergaulan internasional. Sebab, suka atau tidak, negara-negara itu harus mengadakan hubungan satu dengan yang lainnya untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Dengan kata lain, mereka saling bergantung satu dengan yang lain dalam memenuhi kebutuhannya.
- c) Adanya hukum yang mengatur hubungan tetap antar negara-negara merdeka dan berdaulat itu. Hubungan yang tetap dan berkelanjutan antara negara-negara hanya mungkin berlangsung tertib apabila ada hukum yang mengaturnya. Artinya, hukum dibutuhkan untuk menjamin kepastian kelangsungan hubungan itu. Ini pun sudah merupakan fakta yang tak dapat dibantah. Sebab tidaklah mungkin suatu negara berhubungan dengan negara lain tanpa landasan dan ikatan kaidah hukum, betapa pun sederhana dan tidak formalnya hubungan itu. Hukum itu baik yang berupa kaidah hukum tertulis yang lahir dari perjanjian maupun berupa kaidah hukum kebiasaan.

Sementara itu, syarat non-materiil dari masyarakat internasional adalah adanya kesamaan asas-asas hukum. Bagaimanapun berbedanya corak hukum positif yang berlaku di masing-masing negara yang ada di

¹³ Mochtar Kusumatmadja & Ety R Agoes, *op.cit.*, hlm. 4-5.

dunia saat ini, mereka pasti mengakui dan terikat oleh adanya kesamaan asas-asas atau prinsip-prinsip hukum. Inilah yang dinamakan prinsip-prinsip atau asas-asas hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab (*general principles of law recognized by civilized nations* – akan dibahas lebih jauh dalam pembahasan tentang sumber-sumber hukum internasional). Adanya kesamaan asas-asas hukum ini dapat dikembalikan kepada rasio dan naluri mempertahankan diri yang ada pada manusia. Masyarakat bangsa-bangsa, yang terdiri atas sekumpulan manusia, pun tunduk kepada rasio dan naluri demikian.

1. Hakikat Kedaulatan dan Fungsinya dalam Perkembangan Hukum Internasional

Sebagaimana diketahui, kedaulatan (*sovereignty*) berarti kekuasaan tertinggi (dari istilah Latin "*superanus*" yang berarti "yang tertinggi" atau "yang teratas"). Dengan kata lain, suatu negara berdaulat tidak mengakui adanya kekuasaan lain yang lebih tinggi darinya. Pengertian inilah yang kemudian menimbulkan persoalan dalam hubungannya dengan hukum internasional karena seolah-olah kedaulatan itu menghambat perkembangan hukum internasional atau bahkan bertentangan dengan hukum internasional. Bagaimana mungkin sesuatu yang menganggap dirinya sebagai pemegang kekuasaan tertinggi akan tunduk pada kekuasaan lain? Dengan kata lain, tidak mungkin hukum internasional itu mengikat negara-negara jika negara-negara itu merupakan kekuasaan tertinggi yang tidak mengakui adanya kekuasaan lain yang lebih tinggi (yaitu, dalam hal ini, hukum internasional).

Pandangan demikian, meskipun sepintas tampak masuk akal, sesungguhnya tidak benar. Pandangan demikian lahir karena didasari oleh pemahaman yang keliru mengenai dua hal. Pertama, pandangan demikian keliru dalam memahami masyarakat internasional (dan sifat hakikat hukum internasional). Kedua, pandangan demikian juga keliru dalam memahami hakikat kedaulatan.

Tentang kekeliruan yang pertama: kekeliruan dalam memahami masyarakat internasional (dan sifat hakikat hukum internasional). Sebagaimana telah dijelaskan pada uraian sebelumnya, struktur masyarakat internasional bukanlah struktur masyarakat atau negara dunia melainkan suatu masyarakat yang terdiri atas negara-negara yang masing-masing merdeka yang tidak memiliki suatu pemerintahan dunia (*world government*). Sementara itu tertib hukum yang mengaturnya, yaitu hukum internasional, bukanlah tertib hukum yang bersifat subordinatif melainkan tertib hukum koordinatif. Jadi, pandangan yang menyatakan bahwa kedaulatan menghambat perkembangan hukum internasional baru menjadi benar apabila masyarakat internasional itu adalah masyarakat

atau negara dunia dan tertib hukum yang mengaturnya adalah tertib hukum dunia yang merupakan tertib hukum yang bersifat subordinatif.

Tentang kekeliruan yang kedua: kekeliruan dalam memahami hakikat kedaulatan. Benar bahwa kedaulatan berarti kekuasaan yang tertinggi. Benar pula bahwa suatu negara berdaulat tidak mengakui adanya kekuasaan lain yang lebih tinggi di luar dirinya. Namun, kekuasaan yang tertinggi bukanlah berarti kekuasaan yang tidak terbatas.

Kedaulatan, sebagai kekuasaan tertinggi, ada batas-batasnya. Negara berdaulat sebagai pemegang kekuasaan tertinggi pun ada batas-batasnya sampai di mana kekuasaan itu dapat atau boleh dilaksanakan. Pembatasan pertama dari kedaulatan suatu negara adalah kedaulatan yang dimiliki oleh negara lain. Di sini terkandung dua pengertian, yaitu: *pertama*, kedaulatan atau kekuasaan tertinggi yang dimiliki oleh suatu negara hanya berlaku dalam batas-batas wilayah negara yang bersangkutan; *kedua*, kedaulatan atau kekuasaan tertinggi suatu negara itu berakhir di mana kedaulatan negara lain dimulai. Jadi, sesungguhnya dalam sifat hakikat kedaulatan suatu negara itu sendiri telah dengan sendirinya terkandung pembatasan.

Pembatasan yang kedua terhadap kedaulatan negara adalah hukum internasional. Artinya, jika pada tahap pertama pembatasan terhadap kedaulatan negara itu terletak pada kedaulatan negara lain maka pembatasan terhadap kedaulatan seluruh negara terletak pada hukum internasional sebagai hukum yang mengatur hubungan antar negara-negara yang berdaulat itu. Sebab, tidak mungkin akan tercipta hubungan antarnegara (hubungan internasional) yang tertib dan teratur tanpa adanya penerimaan akan pembatasan-pembatasan yang ditentukan oleh hukum internasional sebagai hukum yang mengatur hubungan antarnegara atau hubungan internasional itu.

Jadi, dapat disimpulkan bahwa selama masyarakat internasional masih tetap berupa masyarakat yang anggotanya terdiri atas negara-negara yang masing-masing merdeka dan berdaulat, bukan masyarakat yang merupakan negara dunia, maka kedaulatan negara bukanlah penghambat perkembangan hukum internasional dan sekaligus tidak bertentangan dengan hukum internasional. Pandangan yang menyatakan bahwa kedaulatan bertentangan dengan hukum internasional dan sekaligus menghambat perkembangan hukum internasional baru menjadi benar *hanya jika* masyarakat internasional itu telah menjadi masyarakat atau negara dunia dan hukum internasional itu sudah merupakan hukum dunia.

SEJARAH HUKUM INTERNASIONAL

A. Pengantar

Hukum Internasional sebagai hukum yang berlaku antar negara-negara yang merdeka baru lahir beberapa abad yang lalu. Hukum internasional sebagai himpunan dari peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan yang mengikat serta mengatur hubungan antara negara-negara dan subjek-subjek hukum lainnya dalam kehidupan masyarakat internasional.¹⁴ Oppenheim¹⁵ yang mendefinisikan hukum internasional terbatas pada negara sebagai satu-satunya pelaku hukum dan tidak memasukkan subjek-subjek hukum lainnya sudah tidak relevan, meskipun negara menjadi subjek utama disamping subjek hukum internasional lainnya.¹⁶ Negara sebagai aktor hukum internasional yang paling berperan dalam membuat hukum internasional baik melalui partisipasinya pada berbagai hubungan atau internasional, maupun melalui perjanjian-perjanjian internasional yang dibuatnya dengan Negara atau aktor-aktor lainnya, atupun melalui keterkaitannya terhadap keputusan dan resolusi organisasi-organisasi internasional. Dengan demikian, hukum internasional dapat dirumuskan sebagai suatu kaidah atau norma-norma yang mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban para subjek hukum internasional, yaitu negara, lembaga dan organisasi internasional, serta individu dalam hal-hal tertentu.¹⁷ Disamping itu perlu dibedakan antara hukum internasional publik dan hukum internasional privat. Bila hukum internasional publik mengatur hubungan antar negara dan subjek-subjek hukum lainnya, hukum nasional privat mengatur hubungan antara individu-individu atau badan-badan hukum dari negara-negara yang berbeda. Istilaha hukum internasional public yang sering dipakai pada

¹⁴ Boer Mauna, *Hukum Internasional (Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global)*, Alumni, Bandung, 2013, hlm. 1.

¹⁵ L. Oppenheim, *International Law, A treatise*, Eight Edition, 1955, page 4.

¹⁶ *Op. Cit.*, hlm. 1.

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 2

umumnya hanya hukum internasional sesuai dengan istilah aslinya *International Law* yang dipakai pertama kali oleh pakar hukum Inggris, Jeremy Bentham pada tahun 1780.¹⁸

Negara-negara mematuhi hukum internasional karena kepatuhan tersebut diperlukan untuk mengatur hubungannya antara satu dengan yang lain dan untuk melindungi kepentingan sendiri. Mengingat bahwa yang membuat hukum internasional adalah negara-negara, baik melalui hukum kebiasaan maupun melalui hukum tertulis dan karena negara-negara itu merupakan pelaku sekaligus pengawas dari pelaksanaan hukum tertentu sehingga hukum internasional tidak mungkin dapat sekuat hukum nasional. Hukum internasional adalah hukum yang mengatur pelaku-pelakunya secara sejajar, yang pada hakikat merupakan gambaran struktur masyarakat dunia.¹⁹

B. Sejarah Hukum Internasional Sebelum Masehi

Montesquieu dalam karyanya *Esprit des lois* (jiwa undang-undang) mengatakan bahwa semua bangsa termasuk suku *Iroquois* yang suka memakan tawanannya, mempunyai hukum bangsa-bangsa (*law of nations*)²⁰, pernyataan yang agak meragukan ini tidak terbukti oleh teknologi modern. Gambaran yang lahir dari laporan-laporan *ethnolog* adalah samar dan beragam. Bahkan perbedaan antara perang dan damai tidak terlalu dikenal oleh suku primitif. Diantara mereka ada yang masih belum mengembangkan pengertian pertikaian kolektif dan terorganisir sebagaimana karakteristik dari peperangan (modern), sedangkan yang lainnya hidup dalam keadaan permusuhan terang-terangan atau tersembunyi secara permanen terhadap suku-suku tetangga. Pandangan bahwa seseorang asalkan saja ia orang asing adalah musuh, telah meninggalkan jejaknya pada pikiran beradab pada tahap permulaan. Dikalangan suku primitif, orang asing itu kadangkadangkang tidak dianggap sebagai manusia. Diantara faktor-faktor yang menentukan adalah kepadatan penduduk dan keadaan-keadaan alam lain, begitu pula ciri-ciri khas rasial dan keadaan masing-masing mengenai kemajuan pada tahap pra-peradaban.²¹

Memang benar bahwa dikalangan suku-suku primitif, terdapat praktek seperti pengiriman dan penerimaan duta-duta suatu hal yang ditegaskan oleh Montesquieu dalam perhaliannya terhadap suku *Iroquois* atau tidak membunuh orang-orang yang lemah dan tidak berdaya dalam peperangan, tetapi praktek-praktek seperti itu tidak mantap dan dapat ditafsirkan tanpa satu kepastian. Penjelasan serta generalisasi yang mirip

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 3

²⁰ Baron De Montesquieu, *The Spirits of the Laws*, Thomas Nugent (penerjemah), Two volume in one, Hafner Press, New York-USA, 1949, hlm. 5.

²¹ Arthur Nussbaum, *a Concise of the Law of Nations*, Revised Edition, the Macmillan Company, New York, 1964, hlm. 1.

teori-teori Rousseau mengenai tata-kelakuan primitif dengan menafsirkan ini dalam arti hukum bangsa-bangsa (hukum internasional) modern seharusnya kita ragukan. Bagaimanapun juga, tidaklah beralasan untuk beranggapan sama dengan Montesquieu bahwa dalam kehidupan umat manusia ada sesuatu hal semacam konsepsi yang melekat mutlak pada nurani orang mengenai hukum internasional (*international law*).²²

Namun, secara historis, gejala tentang hukum internasional ini telah tampak jelas sejak permulaan sejarah dokumenter, yaitu sejak 4000 tahun S.M. Kira-kira 3100 tahun S.M. sebuah traktat dibuat antara *Eannatum*, raja negara kota *Lagash* di Mesopotamia yang menang perang, dengan *Umma*, sebuah negara kota Mesopotamia lainnya. Traktat dirumuskan dalam bahasa sumeriah dan telah diabadikan berupa tulisan terpahal atas sebuah monumen batu (*stele*), yang ditemukan dalam dasawarsa pertama dari abad sekarang. Meskipun penggunaan istilah 'negara' pada kelompok masyarakat tersebut diatas adalah berlebihan, namun mereka itu telah terlibat dalam perang dan dalam traktat itu telah ditetapkan kekebalan (pengutamaan) dari pada terusan air di perbatasan dan batu tapal perbatasan yang diakui oleh *Umma* sebagai pihak yang ditundukkan dibawah sumpah kepada tujuh dewa tersakti. Dengan demikian, tujuh dewa yang untuk maksud perjanjian tersebut sama-sama dipuja oleh kedua belah pihak itu menjadi pihak penjamin bagi pelaksanaan traktat; mereka akan menghukum barang siapa yang melanggar perjanjian.²³

Dalam hal ini, Arthur Nussbaum beranggapan bahwa perjanjian *Lagash-Umma* mengandung suatu klausula arbitrase, yang berarti bahwa arbitrase menjadi salah satu lembaga yang paling dihormati dalam kehidupan umat manusia. Dan yang paling penting lagi diantara perjanjian-perjanjian yang diabadikan berasal dari zaman 2000 tahun S.M. ialah pakta perdamaian dan persekutuan yang diadakan di tahun 1279 S.M., antara Rameses II dari Mesir dengan *Hattusili* II dari Kheta. Bahasa naskah asli ialah *Akkadi* (Babilon), yang dikatakan oleh ahli-ahli bahasa dan budaya ketimuran sebagai pihak-pihak perjanjian menjanjikan bantuan timbal balik dalam menghadapi musuh di dalam negeri yang harus diserahkan kalau mencari perlindungan para raja dari negeri lain. Disini kita menemukan sebuah contoh asli dari tipe ekstradisi tipe politik pada abad permulaan.

Perkembangan hukum internasional telah ada jauh sebelum masehi. Bermula dari kelompok organisasi politik datang mengadakan hubungan dengan kelompok lain dan mempersiapkan untuk membicarakan kesederajatan kelompok dan perlunya membangun aturan untuk mengatur hubungan mereka. Sebagai bukti aturan dan prosedur hukum internasional telah ada 5000 tahun sebelum masehi. Sekitar 2100 SM telah ditandatangani perjanjian perbatasan antara kedua belah pihak yaitu *Lagash* dan *Umma* (kota

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, hlm. 1-2.

kecil di Mesopotamia).²⁴ Pada 1400 SM Raja Mesir Ramsis II meliputi perjanjian damai, aliansi dan ekstradisi dengan Raja Cheta, yang saling mengakui kedaulatan teritorial dari kedua belah pihak dan memberikan ekstradisi pada pengungsi dan pertukaran perwakilan diplomatik.²⁵

Peradaban kuno yang paling berpengaruh yaitu peradaban Roma, sebelum masa ekspansi dan penaklukan, membuat perjanjian dengan kota-kota Latin yang mana Latin dan Roma memberikan hak dalam masing-masing pengadilan dan berjanji kerjasama timbal balik. Roma sebelum menjadi sebuah kerajaan yang mengatur hubungan mereka dengan pihak lain yang menjadi dasar *ius fetiale* dan *ius gentium*. *ius fetiale* terdiri atas aturan-aturan agama yang mengatur hubungan luar negeri Roma dan deklarasi/pengumuman perang, *inter alia*, pengakuan tidak dapat diganggu gugat duta (perwakilan diplomatik) dan sumber perbedaan antara perang yang adil dan tidak adil. *Ius gentium* adalah Solusi Roma yang mengatur hubungan hukum antara warga Roma dengan orang asing. Hakim khusus Practor Peregrinus yang ditetapkan pada tahun 240 SM membuat hukum yang disebut *ius gentium* dapat diterima keduanya yaitu warga Roma dan orang asing. Hukum ini menjadi hukum internasional meskipun secara esensi pengaturan hubungan antara privat individu. Hal itu menjadi dasar hukum perdagangan yang dipergunakan di perdagangan Mediterania, *ius civile* hukum yang berlaku hubungan antara warga Roma.²⁶

C. Sejarah Hukum Internasional Abad Pertengahan dan Renaisans

Abad pertengahan ditandai oleh otoritas gereja yang terorganisir dan kekuasaan yang terstruktur. Seluruh Eropa menganut satu agama dan hukum gereja diterapkan terlepas dari ikatan suku atau daerah. Disebagian periode, ada pergulatan antara otoritas agama dan para penguasa Kekaisaran Romawi Suci.²⁷

Perubahan-perubahan terjadi pada abad kelima belas dan keenam belas dengan penemuan dunia baru. Masa pencerahan (*renaissance*) ilmu dan reformasi yang merupakan revolusi keagamaan yang telah membelenggu kesatuan politik dan rohani di Eropa, dan mengguncangkan fondamen-fondamen umat kristen pada abad pertengahan. Teori-teori dikembangkan untuk menyongsong kondisi-kondisi baru itu; secara intelektual, konsepsi-konsepsi sekuler mengenai negara modern yang berdaulat dan mengenai kedaulatan modern independen secara tegas dapat dilihat dalam karya-karya

²⁴ *Ibid.*, hlm. 2.

²⁵ Alina Kaczorowska, *Public International Law (Textbook)*, Old Bailey Press, London, 2002. Hlm. 1

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6th Ed, Cambridge University Press, New York, 2008, hlm. 19.

seorang Perancis Jean Bodin (1530-1596), dari Italia: Machiavelli (1469-1527), yang terakhir dari Inggris Thomas Hobbes (1588-1679).²⁸

Teori/ajaran kedaulatan membawa dampak yang pula dalam perkembangan hukum internasional sebagaimana dirumuskan Jean Bodin dalam bukunya *De Republica* tahun 1576, yang menyatakan bahwa kedaulatan merupakan kekuasaan tertinggi (*summa potestas*) bagi negara melalui pemerintah untuk membuat peraturan perundang-undangan.²⁹

Hugo Grotius (1583-1645) sebagai bapak hukum internasional, telah banyak memberikan kontribusi dalam perkembangan hukum internasional. Grotius dengan karyanya yang berjudul "*de jure belli ac pacis*" (hukum perang dan damai) diterbitkan pada tahun 1625.³⁰ Perkembangan selanjutnya lahirnya perjanjian Westphalia 1648. Yang membentuk perjanjian antara bangsa-bangsa dan berdasarkan kedaulatan, selain itu perjanjian westphalia juga memperkenalkan gagasan secara bersama (kolektif) pembelaan diri (*self defence*) antara bangsa-bangsa. Bagaimanapun juga perjanjian Westphalia tidak memberikan jaminan, karena tidak adanya lembaga internasional yang menjamin dan menjaga keamanan dan perdamaian. Sedangkan istilah hukum internasional dipergunakan pertama kali oleh Jeremy Bentham pada tahun 1789.

Aturan yang tumbuh dari awal Abad Pertengahan merupakan benih hukum internasional, tetapi sebelum aturan tersebut berkembang, pemikiran Eropa dikembangkan terlebih dahulu oleh ledakan intelektual yang dikenal sebagai Renaisans. Ide kompleks mengubah pandangan masyarakat Eropa dan mencanangkan dimulainya era modern dengan ciri pemikiran ilmiah, humanistik, dan individualis.³¹ Runtuhnya Kekaisaran Bizantium yang berpusat di Konstantinopel oleh Turki pada 1453 mendorong banyak cendekiawan Yunani mencari perlindungan di Italia dan menghidupkan budaya Eropa Barat. Munculnya beberapa negara-bangsa seperti Inggris, Perancis, dan Spanyol pada khususnya menandai proses penciptaan unit-unit independen yang terkonsolidasi secara teritorial, dalam teori dan doktrin, serta dalam fakta. Hal ini menyebabkan kadar interaksi yang lebih tinggi diantara berbagai entitas berdaulat dan menimbulkan kebutuhan untuk mengatur kegiatan tersebut dengan cara yang bisa diterima umum. Upaya kekuasaan dan supremasi politik diakui dan menjadi hal terbuka, seperti yang dinyatakan oleh Machiavelli. Berbagai negara-kota di Italia bergulat memperebutkan supremasi dan kekuasaan Paus menjadi kekuatan sekuler. Dari perdebatan tersebut muncul banyak landasan kehidupan internasional

²⁸ J.G. Starke, *Introduction to International Law*, 10th Ed, Butterwoths, London, 1989. Hlm. 9-10.

²⁹ J.L. Brierly, *the Law of Nations (an Introduction to the International Law of Peace)*, 5th Ed, Clarendon Press, Oxford, London, 1955. hlm.

³⁰ William R. Slomanson, *Fundamental Perspectives on International Law*, 3rd Ed, West Thomson Learning, USA, 2000. hlm. 11.

³¹ Malcolm N. Shaw, *Op. Cit.*, hlm. 20.

modern, seperti diplomasi, kenegarawanan, teori keseimbangan kekuasaan dan ide tentang komunitas para negara.³²

Evolusi konsep komunitas internasional berupa negara-negara tersendiri dan berdaulat, serta persaingan yang menandai pemahaman hukum internasional. Renaissance mewariskan prasyarat pemikiran independen, kritis dan pendekatan hidup humanistik, sekuler serta kerangka politik untuk masa depan. Reformasi dan perang agama Eropa setelahnya menekankan hal ini, disamping berkembangnya kekuatan berbagai negara-bangsa.³³

Sumbangan yang paling utama dari Abad Pertengahan kepada ajaran-ajaran yang mengandung hubungan internasional ialah kegiatan yang membangkitkan ajaran Roma mengenai perang adil atas pola pemikiran teologi (ilmu ke-Tuhanan). Doktrin perang adil dihidupkan kembali dan diubah menurut jiwa agama Kristen oleh Sint Augustinus sebagai reaksi terhadap tantangan-tantangan yang dilancarkan oleh Tertulianus dan pengagung-agung gereja lainnya terdahulu yang tidak menyetujui partisipasi umat Kristen dalam perang dan dinas militer berdasarkan ajaran kitab suci. Dalam situasi demikian St. Augustinus mengambil jalan tengah, disatu pihak tegas memberikan restunya kepada umat Kristen, tetapi dilain pihak mensyaratkan bahwa perang harus sah. Seperti Cicero, St. Augustinus mempertahankan bahwa perang berguna hanya sebagai cara untuk mencapai perdamaian yang aman.³⁴

1. Kerajaan Roma Timur

Pembagian kerajaan Roma bagian Barat (Latin) dan again Timur (Yunani) diikrarkan dalam wasiat Kaisar Theodosius. Karena menghadapi ancaman-ancaman dari suku bangsa Bar-Bar sebelah Utara, maka pusat kekuasaan kerajaan dipindahkan kesebelah Timur. Pada tahun 330, Bizantium (Konstantinopel; Istambul) dijadikan ibukota kerajaan. Kerajaan-kerajaan di Roma bagian Barat runtuh akibat serangan dari suku bangsa Bar-Bar, tetapi Kerajaan Roma bagian Timur (Yunani) bertahan sampai tahun 1453 ketika jatuhnya Bizantium ditangan kekuasaan Sultan Mohammad ke-II dari Turki. Bizantium menjadi tempat bersemayam yang gemilang bagi peradaban Nasrani sampai kota ini ditundukkan dan diduduki oleh lascar-laskar perang Sabil dari Barat tahun 1204.³⁵

Adapun pusat-pusat kerajaan bagian Timur ialah Asia kecil, Yunani dan daerah-daerah Balkan Selatan, adakalanya meliputi Mesir (jatuh ditangan Arab ditahun 641) dan di Afrika Utara, Siria, Palestiks, Cyprus, pantai Utara Laut Hitam, Sicilia, dan sebagian besar daerah Italia, termasuk Roma selama kurang lebih dua abad. Kerajaan-kerajaan besar

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, hlm. 21.

³⁴ Arthur Nussbaum, *Op. Cit.*, hlm. 35.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 45.

tesebut berhasil memulihkan kekuasaan di abad ke-9 dan ke-10, namun akhirnya pecah sehingga wilayah kekuasaannya hanya terbatas pada ibu kota dengan daerah sekitarnya dan beberapa daerah Yunani.³⁶

Kedudukan Kaisar (Basileus) kerajaan Bizantium jauh lebih kuat daripada kedudukan Kaisar Kerajaan Roma Suci. Basileus tidak tunduk pada pemilihan oleh raja-raja dan kekuasaannya tidak dibatasi aturan konstitusi atau aturan feodal. Kekuasaannya absolut dan diktator. Ia dijuluki *autocrator* (penguasa yang semena-mena). Basileus dianggap sebagai makhluk kudus yang berkerabat dengan Tuhan. Wali gereja yang memimpin Gereja Orthodox Yunani di Konstantinopel tidak tunduk pada Basileus, tetapi gereja dalam kenyataannya alat kekuasaan Basileus, sehingga kekuasaan Basileus disebut *Cesaro Papist*. Kekuasaan Pontifical (Sri Paus) di Roma tidak begitu berpengaruh di Bagian Timur, sehingga pada tahun 1054 Gereja Katolik Roma dan Gereja Orthodox Yunani berpisah secara resmi, ketika wali gereja di Konstantinopel beserta pengikutnya dijatuhi pengasingan dari Gereja oleh Sri Paus Leo ke-IX.³⁷

Suatu pancaran lain dibidang hukum dari Kerajaan di Yunni dalam hubungan-hubungan internasional ialah ekspansi Gereja Orthodox keluar bata wilayah kekuasaan kerajaan-kerajaan besar, terutama Rusia. Ekspansi ini dicapai atas dasar wibawa hukum gereja, tetapi mempunyai arti keduniaan, yaitu Basileus menuntut kekuasaan perwakilan atas raja-raja di Rusia dengan alasan bahwa mereka menerima agama Kristen. Diabad ke-9 raja-raja (Khazar) di Rusia bagian Selatan menganut agama Yahudi, dengan maksud menghindari kekuasaan tertinggi baik dari Basileus maupun dari Sri Paus.³⁸

Sumbangan dari kerajaan besar di Bizantium kepada hukum internasional terletak dibidang peningkatan dan pemurnian diplomasi dan praktek traktat. Berbeda dari Kaisar di Roma, Basileus selalu merundingkan persetujuan dengan raja-raja Persia, raja Rusia dan Bulgaria, negara-kota Italia, khalifah-khalifah di Baghdad dan Mesir, dan raja Islam lainnya. Dalam hubungan luar negeri ini, kekuasaan Basileus yang absolut yang ada pada Basileus menyebabkan ia dapat bertindak bebas.³⁹

Diplomasi Bizantium diorganisir serta dikembangkan sehingga menjadi teladan bagi negeri-negeri di Timur dan Barat. Sebagai contoh naskah traktat harus dibuat oleh kedua belah pihak dalam duplikat, suatu naskah yang disimpan dalam arsip negara dan naskah lainnya beserta naskah terjemahan yang disahkan ialah untuk dipertukarkan dengan naskah yang ditandatangani pihak lainnya. Aturan hukum Roma tentang

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, hlm. 46.

³⁸ *Ibid*

³⁹ *Ibid.*, hlm. 47

kekebalan duta berdasarkan *ius gentium* dimasukkan kedalam *Corpus Juris* dari Kaisar Justinianus meskipun tidak selalu dihormati.⁴⁰

Traktat mengenai perdagangan dan industri antara benua Eropa dan Asia, menimbulkan perubahan/pemurnian konvensi-konvensi perdagangan yang unik sampai abad ke-11. Contoh yang paling menarik dari pembuatan traktat Bizantium ialah perjanjian perdamaian di abad ke-6 antara Kaisar Justinianus dengan raja Kosroes ke-1 dari Persia. Perjanjian ini menjadi awal munculnya ketentuan mengenai perlindungan kaum pemeluk agama dari golongan minoritas, suatu soal yang terpenting dalam hukum internasional dimasa mendatang.⁴¹ Sikap berlebihan kaisar yang mengandung interventionis dalam umat Kristen yang tertinggal diwilayah *imperium*. Kaisar menganggap ini ditakdirkan untuk menjadi pelindung bagi umat Kristen ini, sebagaimana terbukti dari traktat tahun 562 dengan Raja Kosroes ke-1 dari Persia. Tatkala kaum Kristen Armenia memberontak terhadap kekuasaan Persia setelah penutupan perjanjian perdamaian tersebut, Kaisar Justinianus menganggap berhak memberikan bantuan kepada mereka sekalipun tidak ada perjanjian perdamaian. *Corpus Juris* dari Kaisar Justinianus tidak memperhatikan konsepsi Roma tentang perang adil. Gereja Orthodox Yunani di jaman Pertengahan tidak mempertimbangkan theology kesusilaan seperti dunia Katolik Barat. Perpecahan pikiran Barat dan pikiran Timur mengenai hubungan internasional. Bahkan dalam peperangan, dunia Timur melebihi keganasan dunia Barat. Kekejaman bangsa Yunani misalnya praktek membuat buta tawanan perang.⁴²

2. Rusia

Pada awal abad ke-10, tatkala Rusia keluar dari naungan alam kafir dari zaman sebelumnya, ia mengadakan dua perjanjian penting. Raja Olag dari Varangia menyerang melalui laut dan daratan terhadap kerajaan besar ditahun 907, yang baru dihalaukan pada benteng konstantinopel. Ditahun ini diadakan perjanjian perdamaian yang diubah pada tahun 911, yang menandakan keadaan militer pihak kaisar yang lemah. Perjanjian tahun 911 merupakan peristiwa pertama mengenai pencabutan pada tahap internasional yang bersangkutan dengan perampasan kapal karam dan traktat ini mengatur secara luas perihal penebusan tawanan perang.⁴³

Dimasa berikutnya, perjanjian antara Rusia dan Bizantium menunjukkan beberapa perubahan. Sebuah traktat ditahun 945, manakala kekuasaan kekuasaan Rusia agar menurun, telah

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 48.

⁴² *Ibid.*, hlm. 49

⁴³ *Ibid.*

menghapuskan pembebasan pajak dan menetapkan semacam *quota export* yaitu pedagang Rusia dibebani pembatasan dalam pembelian sutera bagi setiap pedagang. Dalam perubahan lain yang terjadi dalam struktur kenegaraan Rusia yang secara tidak langsung mempengaruhi hukum internasional dimasa itu yang menyangkut Rusia. Dibawah tekanan invasi bangsa Mongol (1238-1462), pangeran Rusia ini membuat banyak persetujuan yang seringkali menundukkan mereka dalam ikatan vassal baik dikalangan mereka sendiri maupun dengan raja-raja bukan Rusia. Mengenai keputusan-keputusan arbitral secara kenyataan tentang perseisihan antara mereka tidak ditemukan dalam sumber tertulis. Situasi tersebut mirip dengan pada situasi di Yunani dahulu kala, dimana arbitrase selaku gagasan memang dipahami tetapi pemanfaatannya dalam praktek tidak berarti.⁴⁴

3. Islam

Hukum Islam tentang hubungan internasional tidak banyak, kecuali beberapa aspek tentang perang. Hukum Islam berdasarkan Al-qur'an yang dibukukan tidak lama setelah wafatnya Nabi Muhammad. Masalah perang merupakan salah satu pokok dalam ajaran Islam dalam hubungan internasional. Perang terhadap kaum kafir merupakan perang suci (*jihad*). Pandangan seorang sarjana Arab Modern, Majid Khaduri memang benar, ketika ia menguraikan bahwa doktrin Islam mengarah kepada penaklukan, berlainan dengan ajaran Kitab Injil, baik Alqur'an maupun kitab-kitab selanjutnya. Alqur'an dianggap terlalu tinggi bagi mereka yang bukan pemeluk agama Islam sehingga nampaknya mereka membiarkan Islam tanpa saling mengganggu. Konsepsi tentang supremasi Islam menjadi alasan bagi pembatasan yang dibebankan bagi umat Kristen, lebih-lebih kepada orang Yahudi. Walaupun demikian, pembatasan itu berbeda-beda menurut waktu dan tempat baik doktrin maupun kenyataan praktek menunjukkan toleransi lebih besar dalam dunia Islam daripada dalam dunia Barat.⁴⁵ Ajaran Islam juga melindungi orang-orang asing dari tindakan sepihak penguasa yang berwenang, sehingga berangsur-angsur menjadi adat kesukuan Arab yang ramah tamah.

Dalam doktrin Islam, hukum perjanjian merupakan bagian yang mengesankan. Qur'an mewajibkan umatnya menghormati sampai akhirnya perjanjian mereka dengan kaum kafir sekalipun, asalkan pihak lain tidak merugikan dan tidak membantu melawan kaum muslim. Aturan ini secara *a fortiori* (lebih beralasan lagi) terhadap hubungan dengan umat Kristen dan orang Yahudi. Qur'an sendiri mengutuk kecederaan terhadap sumpah, tetapi titikberat terletak kepada menaati janji.ada

⁴⁴ *Ibid.*, hlm. 50-51.

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 53.

pendapat bahwa perjanjian dapat dibatalkan apabila diperlukan demi kepentingan Islam, namun harus dengan pernyataan formil. Dalam perjanjian antara raja-raja Islam, pernyataan sumpah tidak begitu lazim.⁴⁶

4. Pertemuan antara Barat dan Timur serta Peranan Konsul

Abad pertengahan tidak memiliki banyak bagian yang berhubungan dengan nilai hukum antara Barat dan Timur. Sebuah misi diplomatic yang diutus oleh Khalif Harun Al-Rasyid ke Kaisar Charlemagne ditahun 801 tidak menghasilkan pembuatan traktat apapun. Perjanjian Joppa dari tahun 1229 dimana Kaisar Frederick ke-II memenangkan Jerusalem, Betlehem, dan Nazareth dari Sultan Al-Kamil. Dalam diplomasi Kaisar yang cerdas, maka unsure yang paling efisien dan bermafaat ialah penghargaan yang ikhlas dipihak Kaisar terhadap kebudayaan Arab. peristiwa tersebut menunjukkan persahabatan kekal setelah perang berlumur darah yang berlangsung berabad-abad. Tetapi sebaliknya, pertikaian yang mengakibatkan interpenetrasi antar kebudayaan Barat dan Timur. Maka terjadilah perubahan-perubahan besar dalam ilmu pengetahuan, seni, pola pakaian, makanan, dan aspek perikehidupan lainnya di dunia Barat.⁴⁷ Maka kemudian berkembanglah perdagangan yang makmur dengan negeri-negeri Arab, membentang dari Lautan Tengah. Dipihak dunia Kristen, maka Pisa, Genoa, Venetia, dan Aragon enduduki tempat terkemuka, sedangkan dunia Arab dipelopori oleh Mesir, Siria, Tunisia, dan Maroko.⁴⁸

Perjanjian pertama yang dibuat dengan Mesir oleh Pisa ditahun 1154. Kemudian ditahun 1208 Venetia menyusul dengan perjanjian yang didalamnya memiliki ketentuan bahwa Venetia memperoleh fasilitas-fasilitas istimewa dibidang perdagangan dari Mesir sebagai imbalan terhadap jasa baik Venetia.

Raja-raja Islam menunjukkan kesediaannya untuk memberikan konsesi-konsesi besar. Persetujuan-persetujuan yang lazim digunaan ini dinamakan kapitulasi yang merupakan bagian penting dari kebanyakan persetujuan pemberian konsesi unilateral.⁴⁹ Di abad ke-18 dan ke-19 kapitulasi berangsur-angsur diubah menjadi perjanjian-perjanjian perdagangan, tetapi kepanjangan yang disebabkan oleh tidak adanya resiprositas (asas timbale balik) masih berlaku. Pada abad ini tidak adanya persamaan derajat dapat dihapuskan. Inti kapitulasi ini adalah perizinan kepada warga bangsa dari pihak penandatanganan perjanjian untuk mendirikan dan memelihara, dibawah tata hukum dan pemerintahan sendiri, perkembangan diwilayah raja Muslim. Kepala

⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 54.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 55.

⁴⁹ *Ibid.*

perkampungannya dinamakan konsul atau *vice comes*. Biasanya diangkat dari negara asalnya (*consul missus*), sedangkan konsul yang dipilih oleh anggota-anggota masyarakat perkampungannya sendiri (meskipun jarang terjadi), disebut *consul electus*. Kekuasaan pejabat konsul dapat didelegasikan meliputi kekuasaan peradilan dan kekuasaan administratif.⁵⁰ Disamping itu, mempunyai fungsi diplomatik karena berhak sewaktu-waktu menghadap raja Muslim.⁵¹

Meskipun kapitulasi dan persetujuan-persetujuan yang dibuat antara umat Kristen sendiri, namun kensekuensi-konsekuensinya masih mempengaruhi hukum internasional dimasa sekarang. Dipertengahan abad ke-12 dengan timbulnya tipe konsul yang istimewa yaitu konsul perdagangan (*consules mertorum*).⁵²

Konsul ini melakukan wewenang yudikatif atas anggota persekutuan dan orang asing dengan tunduk kepada yurisdiksi peradilan dari konsul terutama perkara-perkara maritim. Jadi, konsul-konsul perdagangan mula-mula pejabat domestic dengan istilah *Consulate del Mare*. Serangkaian perjanjian perdagangan sjak abad ke-13 sampai abad ke-15 menyangkut pengaturan diwilayah sungai Dvina, dengan pokok traktat mengenai perlindungan orang-orang dan harta bendanya ditempat umum dan diperjalanan ketempat perdagangan, dan penyelesaian atas tindakan pelanggaran terdahulu. Walaupun demikian, perjanjian yang terdapat di negeri sekitar Lautan Tengah tetap mengesankan sebagai refleksi dari tahap peradaban yang lebih tinggi dibagian Eropa Selatan.⁵³

D. Sejarah Hukum Internasional Abad Modern

Abad Modern dimulai tahun 1492, suatu tahun yang dikenal dengan penemuan Amerika. Namun, pertumbuhan hukum internasional diabad modern pertama-tama diasosiasikan dengan tumbuhnya negara-negara terutama Spanyol, Inggris, dan Perancis.⁵⁴

Arus sentrifugal yang memecahkan diri dari sumber kekuasaan pusat dalam lingkungan Kerajaan besar Roma Suci telah mendapat dorongan dengan tercapainya Perjanjian Augsburg ditahun 1555 mengenai urusan keagamaan, yaitu penjaminan kepada raja-raja kota yang memeluk ajaran Luther yang memiliki persamaan derajat dengan raja-raja Katolik, termasuk untuk menetapkan wilayah kekuasaan agama masing-masing bai para penduduknya (*cujus region, ejus religio*).⁵⁵

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 56.

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 57.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, hlm. 60

⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 61.

⁵⁵ *Ibid.*

Mulai Abad XX, huku internasinal mengalami kemajuan pesat yang natara lai disebabkan dengan menjamurnya negara-negara baru dan organisasi-organisasi internasional yang diikuti kemajuan lmu pengetahuan dan teknologi.⁵⁶

1. Era ekspansi normative

Abad ke XX dari segi komposisi masyarakat internasional ditandai dengan menjamurnya negara baru akibat dekolonisasi, yan berasal dari benua Asia, Afrika, kawasan Pasifik Selatan dan Karibia. Selain itu juga ditandai dengan munculnya organisasi-organisasi nonpemerintah (NGO's) dengan jumlah lebih dari 15000 yang ikut menyumbangkan pembentkan norma-norma hukum internasional yang cukup berarti.⁵⁷

Interaksi actor-aktor negara dan non neara yang jumlahnya banyak didukung kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi telah menjadikan era Pasca Perang Dunia ke –II menjadi era ekspansi normatif. Dengan pekebangan tersebut, hukum internasional bukan hanya mengenal hukum perang, perjanjian perdamaian, dan neualitas teapi juga Hukum Laut, Hukum Angkasa Luar, ukm Diplomatik dan Konsuler, Hukum Perjanjian, Hukum Organisasi Intenasional dan Pembangunan Kerjasama lptek, dan lain-lain. Disamping itu, pembentuka badan khusus dan organisasi subsider PBB yang memperkaya norma hukum internasional.

2. Aspirasi negara berkembang

Dalam hukum internasional pada awal abad XX sama sekali belum mencerminkan kepentingan dan apirasi negara-negara berkembang, sehingga negara-negara berkembang sangat kritis memperjuangkan aspirasi dan kepentingan mereka.⁵⁸

Hasil konkret perjuangan negara-negara baru ini dimasukkan dalam konsep baru dalam Konvensi Hukum Laut PBB 1982 seperti Zona Ekonomi Eksklusif (ZEE) dan Landas Kontinen yang memperhitungkan kepentingan dan aspirasi negara berkembang. Demikianlah sikap negara-negara berkembang berupaya merombak ketentuan-ketentuan lama yang tidak sesuai lai dengan perkembangan zaman.⁵⁹

3. Pengukuhan Regionalisme

Atas dasar kedekatan geografis, kesamaan latar belakang sejarah, budaya dan terutama kepentingan-kepentingan bersama-sama

⁵⁶ Boer Mauna, *Op. Cit.*, hlm. 716.

⁵⁷ *Ibid.*, hlm. 716-717.

⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 717.

⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 718.

negara kawasan baik negara maju maupun negara berkembang membentuk kelompok-kelompok regional seperti yang terjadi di Amerika Latin pada abad ke-19. Negara-negara besar dan negara Eropa tiak mencegah tuntutan tersebut sebagai taktik defensif juga membentuk regionalisme. Modalitas perumusan hukum laut selama tahun 1970 dan 1980-an mencerminkan fenomena tersebut secara meyakinkan. Selanjutnya pembentukan organisasi regional seperti OAS, Pasific Islands Forum (PIF), ASEAN, SARC, NAFTA, Uni Eropa, OAU merupakan bukti penguatan kelompok-kelompok regional⁶⁰

4. Peranan PBB dalam Perkembangan Hukum Internasional

Salah satu keberhasilan besar PBB dalam sejarah adalah perkembangan hukum internasional melalui pembuatan konvensi-konvensi dan perjanjian internasional yang memainkan peranan penting dalam pembangunan ekonomi dan social maupun dalam pemeliharaan perdamaian dan keamanan dunia. PBB telah menyponsori lebih dari 500 perjanjian multilateral yang mencakup bidang kegiatan dan memiliki kekuatan mengikat negara-negara yang meratifikasinya.⁶¹

Titik tolak perkembangan ini adalah Piagam PBB dan Deklarasi Universal HAM 10 Desember 1948. Peranan penting juga dimainkan Komisi Hukum Internasional yang didirikan Majelis Umum PBB tahun 1947 dengan tujuan memajukan pengembangan progresif hukum internasional dan kodifikasinya. Konvensi-konvensi PBB yang memiliki komite antara lain:

- International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (1976)
- International Covenant on Civil and Political Rights (1976)
- International Convention on Elimination of All Forms of RACIAL Discrimination (1966)
- International Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (1979)
- Convention Against Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984)
- Convention on The Rights of The Child (1989)

5. Munculnya Status Individu sebagai Subjek Hukum Internasional

Secara tradisional, individu bukan merupakan subjek hukum internasional. Namun, dalam kerangka Konvensi Eropa mengenai HAM tahun 1959, Perjanjian Roma 1957, dan pada tingkat Universal dengan diterimanya International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICCPR) dan International Covenant on Civil and Political Rights

⁶⁰ *Ibid.*, hlm. 718-719.

⁶¹ *Ibid.*, hlm. 719.

(ICESCR), telah emningkatkan status individu bukan hanya sebagai objek tapi dalam hal tertentu sebagai subjek hukum internasional.⁶²

6. Hukum Internasional dengan Tantangan Baru

Hukum Internasional dengan tantangan baru berada pada era dimana masalah domestik bsa menjadi isu global dan sebaliknya. Peristiwa pemboman di World Trade enter dan Bali menunjukkan betapa dekatnya isu-isu internasiona dan domestik, Dimana ancaman terhadap keamanan bukan bersifat tradisisonal, tetapi bersifat nontadisional yang berasal dari aktor non negara dalam bentuk kejahatan lintas negara (*transnational crime*).⁶³

Isu terorisme juga merubah kepentingan Barat menjadi kepentingan negara-negara berkembang juga. Dapat disimpulkan bahwa telah terjadi pergeseran yang signifikan dalam tatanan hukum internasional. Pergeseran ini menjurus pada transformasi hukum internasional yan semula hanya bersifat koordinatif menjadi hukum yang sub-ordinatif.⁶⁴

⁶² *Ibid.*, hlm. 722.

⁶³ *Ibid.*, hlm. 726.

⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 731.

HAKIKAT HUKUM INTERNASIONAL

A. Pengantar

Menurut Carl Joachim Friedrich⁶⁵, pandangan filosofis tentang hukum menghadapi banyak kesulitan dalam menjabarkan hubungan antara beberapa komunitas hukum sebagai sebuah problema hukum. Hukum dianggap tidak hanya mengandung norma-norma namun juga merupakan konsep normatif dinamis, jika hukum dianggap digerakkan oleh dialektika internalnya sendiri, maka tidak ada masyarakat dunia yang menghalangi keberadaan hukum dunia.

B. Hakikat Dan Mengikatnya Hukum Internasional

Hakikat dan Mengikatnya Hukum Internasional Menurut Hans Kelsen, menimbulkan pertanyaan apakah terdapat ketentuan hukum yang superior terhadap ketentuan-ketentuan hukum nasional, itulah pastilah hukum internasional. Namun apakah hukum internasional merupakan hukum dalam arti yang sama seperti hukum nasional, dan apakah, sebagai sebuah ketentuan hukum, ia berdiri di atas ketentuan-ketentuan hukum nasional, ini merupakan dua pertanyaan yang menentukan. Jawaban Austin untuk keduanya secara negatif, dia mengakui validitas hukum internasional hanya sebagai "moralitas internasional positif". Disisi lain teori hukum murni memperlihatkan bahwa cukup memungkinkan untuk menganggap hukum internasional sebagai hukum yang sesungguhnya, karena didalamnya terdapat dan memuat semua elemen esensial ketentuan hukum. Hukum internasional merupakan ketentuan koersif dalam artian yang sama dengan hukum nasional. Hukum internasional mengharuskan negara kepada perilaku timbal balik (mutual) yang ditentukan dengan pasti, didalamnya hukum internasional

⁶⁵ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum (Perspektif Historis)*, Raisul Muttaqien (Penerjemah), Cetakan I, Penerbit Nuansa & Nusamedia, Bandung, 2004, hlm. 280.

menyediakan sanksi terhadap perbuatan yang bertentangan. Sanksi yang ada dalam hukum internasional yaitu pembalasan dan perang.⁶⁶

1. Sifat Hakikat Hukum Internasional

Masyarakat internasional yang diatur oleh hukum internasional adalah suatu tertib hukum koordinasi dari sejumlah negara-negara yang masing-masing merdeka dan berdaulat. Sehingga, berbeda halnya dengan tertib hukum nasional (yang bersifat subordinasi), dalam tertib hukum koordinasi (hukum internasional) tidak terdapat lembaga-lembaga yang disangkutpautkan dengan hukum dan pelaksanaannya dalam hukum internasional tidak terdapatnya kekuasaan eksekutif, lembaga legislatif, lembaga kehakiman (yudisial), serta lembaga kepolisian. Lembaga-lembaga atau badan-badan di atas adalah lembaga-lembaga yang diperlukan guna memaksakan berlakunya suatu ketentuan hukum.⁶⁷

Dikarenakan keadaan yang demikianlah sehingga beberapa pihak menyangkal sifat mengikat hukum internasional, misalnya Hobbes, Spinoza, Austin. Menurut John Austin, hukum internasional itu bukanlah hukum melainkan sekadar aturan-aturan moral positif (*rules of positive morality*). Namun pendapat Austin tersebut terbantahkan oleh dua hal:

- *Pertama*, tidak adanya badan pembuat atau pembentuk hukum bukanlah berarti tidak ada hukum. Misalnya hukum adat;
- *Kedua*, harus dibedakan antara persoalan ada-tidaknya hukum dan ciri-ciri efektifnya hukum. Tidak adanya lembaga-lembaga yang diasosiasikan dengan hukum dalam tubuh hukum internasional (eksekutif, legislatif, kehakiman, kepolisian, dsb) adalah ciri-ciri atau pertanda bahwa hukum internasional belum efektif tetapi bukan berarti bahwa hukum internasional itu tidak ada.

a. Teori-teori tentang Dasar Kekuatan Mengikat Hukum Internasional

Jika pada kenyataannya hukum internasional tidak memiliki lembaga legislatif, eksekutif, yudisial, maupun kepolisian tetapi pada kenyataannya pula hukum internasional itu mengikat, maka timbul pertanyaan: mengapa hukum internasional itu mengikat? Bagaimana penjelasannya?

Dalam hubungan ini telah timbul beberapa teori atau ajaran yang mencoba memberikan landasan pemikiran tentang mengikatnya hukum internasional, yaitu:

⁶⁶ Hans Kelsen, *Dasar-dasar Hukum Normatif (Prinsip-prinsip Teoretis Untuk Mewujudkan Keadilan Dalam Hukum dan Politik)*, Nurulita Yusron (Penerjemah), Penerbit Nusa Media, Bandung, 2008, hlm. 336.

⁶⁷ Mochtar Kusumatmadja & Ety R Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, Pusat Studi Wawasan Nusantara, Hukum dan Pembangunan bekerjasama dengan P.T Alumni, Bandung, 2003, hlm. 45.

- (1) *Mahzab atau Ajaran Hukum Alam;*
- (2) *Mahzab Kehendak Negara itu sendiri untuk tunduk pada Hukum Internaisonal;*
- (3) *MazhabVienna (Wina)*
- (4) *Mazhab atau Ajaran Hukum Positif; dan*
- (5) *Mazhab Perancis.*

(1) ***Mazhab/Ajaran Hukum Alam.***

Ajaran hukum alam mempunyai pengaruh yang besar atas hukum internasional sejak permulaan pertumbuhannya. Menurut Mazhab Hukum Alam, hukum internasional mengikat karena ia adalah bagian dari "hukum alam" yang diterapkan dalam kehidupan bangsa-bangsa. Negara-negara tunduk atau terikat kepada hukum internasional dalam hubungan antarmereka karena hukum internasional itu merupakan bagian dari hukum yang lebih tinggi, yaitu "hukum alam". Tokoh-tokoh dari mazhab ini, antara lain, Hugo Grotius (Hugo de Groot), Emmeric Vattel, dll.

Kontribusi terbesar ajaran atau mazhab hukum alam bagi hukum internasional adalah bahwa ia memberikan dasar-dasar bagi pembentukan hukum yang ideal. Dalam hal ini, dengan menjelaskan bahwa konsep hidup bermasyarakat internasional merupakan keharusan yang diperintahkan oleh akal budi (rasio) manusia, mazhab hukum alam sesungguhnya telah meletakkan dasar rasionalitas bagi pentingnya hidup berdampingan secara tertib dan damai antarbangsa-bangsa di dunia ini walaupun mereka memiliki asal-usul keturunan, pandangan hidup, dan nilai-nilai yang berbeda-beda.

Meskipun demikian, ia juga mengandung kelemahan yang cukup mendasar yaitu tidak jelasnya apa yang dimaksud dengan "hukum alam" itu. Akibatnya, pengertian tentang hukum alam itu menjadi sangat subjektif, bergantung pada penafsiran masing-masing orang atau ahli yang menganjurkannya.

(2) ***Mazhab/Ajaran Hukum Positif***

Ada beberapa mazhab yang termasuk ke dalam kelompok Mazhab atau Ajaran Hukum Positif, yaitu:

- a. Mazhab atau Teori Kehendak Negara atau Teori Kedaulatan Negara;
- b. Mazhab atau Teori Kehendak Bersama Negara-negara;
- c. Mazhab Wina (*Vienna School of Thought*).

a. ***Mazhab/Teori Kehendak Negara.***

Ajaran atau mazhab ini bertolak dari teori kedaulatan negara. Secara umum inti dari ajaran atau mazhab ini adalah sebagai berikut: oleh karena negara adalah pemegang kedaulatan, maka

negara adalah juga sumber dari segala hukum. Hukum internasional itu mengikat negara-negara karena negara-negara itu atas kehendak atau kemauannya sendirilah tunduk atau mengikatkan diri kepada hukum internasional.

Bagi mazhab ini, hukum internasional itu bukanlah sesuatu yang lebih tinggi dari kemauan negara (hukum nasional) tetapi merupakan bagian dari hukum nasional (c.q. hukum tata negara) yang mengatur hubungan luar suatu negara (*auszeres Staatsrecht*). Para pemuka mazhab ini, antara lain, Georg Jellinek, Zorn, dll.

Kritik dan sekaligus kelemahan dari ajaran ini adalah bahwa ajaran ini tidak mampu menjelaskan bagaimana jika negara-negara itu secara sepihak menyatakan tidak hendak lagi terikat kepada hukum internasional, apakah dengan demikian hukum internasional tersebut tidak lagi mengikat?

Ajaran ini juga tidak mampu menjelaskan negara-negara yang baru lahir sudah langsung terikat oleh hukum internasional terlepas dari mereka setuju atau tidak?

b. *Mazhab atau Teori Kehendak Bersama Negara-negara.*

Mazhab ini berusaha untuk menutup kelemahan Mazhab/Teori Kehendak Negara sebagaimana telah dikemukakan di atas. Menurut mazhab ini, hukum internasional itu mengikat bukan karena bukan karena kehendak negara-negara secara sendiri-sendiri melainkan karena kehendak bersama negara-negara itu di mana kehendak bersama ini lebih tinggi derajatnya dibandingkan dengan kehendak negara secara sendiri-sendiri. Dikatakan pula oleh mazhab ini bahwa, berbeda halnya dengan kehendak negara secara sendiri-sendiri, kehendak bersama ini tidak perlu dinyatakan secara tegas atau spesifik.

Inilah inti dari ajaran *Vereinbarungstheorie* yang dikemukakan oleh Triepel. Melalui ajarannya itu Triepel sesungguhnya berusaha untuk mendasarkan teorinya pada cara mengikat hukum kebiasaan internasional. Maksudnya, dengan mengatakan bahwa kehendak bersama negara-negara untuk terikat pada hukum internasional itu tidak perlu dinyatakan secara tegas atau spesifik ia sesungguhnya bermaksud mengatakan bahwa negara-negara itu telah menyatakan persetujuannya untuk terikat secara implisit atau diam-diam (*implied*).

Kendatipun telah berusaha menjawab kritik terhadap kelemahan Mazhab/Teori Kehendak Negara, Mazhab/Teori Kehendak Bersama Negara-negara ini tetap saja mengandung kelemahan, yaitu:

- *Pertama*, mazhab ini tidak mampu memberikan penjelasan yang memuaskan terhadap pertanyaan: walaupun negara-negara tidak dimungkinkan menarik persetujuan untuk terikat kepada hukum internasional secara sendiri-sendiri, bagaimana jika negara-negara tersebut secara bersama-sama menarik persetujuannya untuk terikat pada hukum internasional? Apakah dengan demikian berarti hukum internasional menjadi tidak ada lagi?
- *Kedua*, dengan mendasarkan kekuatan mengikat hukum internasional itu pada kehendak negara, maka (seperti halnya pada Mazhab/Teori Kehendak Negara) mazhab ini pun sesungguhnya hanya menganggap hukum internasional itu hanya sebagai hukum perjanjian antar negara-negara. Pendapat ini, sebagaimana telah disinggung di atas, telah terbukti sebagai pendapat yang tidak benar. Sebab hukum internasional bukan semata-mata lahir dari perjanjian internasional.

c. *Mazhab Wina*

Kelemahan-kelemahan yang melekat pada mazhab-mazhab yang meletakkan dasar kekuatan mengikat hukum internasional pada kehendak negara (yang kerap juga disebut sebagai aliran *voluntaris*) melahirkan pemikiran baru yang tidak lagi meletakkan dasar mengikat hukum internasional itu pada kehendak negara melainkan pada adanya norma atau kaidah hukum yang telah ada terlebih dahulu yang terlepas dari dikehendaki atau tidak oleh negara-negara (aliran pemikiran ini kerap disebut sebagai aliran *objektivist*). Tokoh terkenal dari aliran ini adalah Hans Kelsen yang mazhabnya dikenal dengan sebutan Mazhab Wina (*Vienna School of Thought*).

Menurut Kelsen, ada dan mengikatnya kaidah hukum internasional didasarkan oleh ada dan mengikatnya kaidah hukum lain yang lebih tinggi. Ada dan mengikatnya kaidah hukum yang lebih tinggi itu didasarkan oleh ada dan mengikatnya kaidah hukum yang lebih tinggi lagi. Demikian seterusnya hingga sampai pada suatu puncak piramida kaidah-kaidah hukum yang dinamakan kaidah dasar (*grundnorm*) yang tidak lagi dapat dijelaskan secara hukum melainkan harus diterima adanya sebagai hipotesa asal (*ursprungshypothese*). Menurut Kelsen, kaidah dasar dari hukum internasional itu adalah prinsip atau asas *pacta sunt servanda*.

Kelemahan dari mazhab atau teori ini adalah bahwa memang sepintas tampak bahwa konstruksi pemikiran mazhab ini tampak logis dalam menerangkan dasar mengikatnya hukum internasional. Namun, mazhab ini tidak dapat menerangkan mengapa kaidah dasar (*grundnorm*)

itu sendiri mengikat? Lagipula, dengan mengatakan bahwa kaidah dasar itu sebagai hipotesa, yang merupakan sesuatu yang belum pasti, maka berarti pada akhirnya dasar mengikatnya hukum internasional digantungkan pada sesuatu yang tidak pasti. Dengan demikian, seluruh konstruksi pemikiran yang mulanya tampak logis itu pada akhirnya menjadi sesuatu yang menggantung di awang-awang.

Lebih jauh lagi, dengan mengatakan bahwa *grundnorm* itu sebagai persoalan di luar hukum atau tidak dapat dijelaskan secara hukum maka berarti persoalan tentang dasar mengikatnya hukum internasional akhirnya dikembalikan lagi kepada nilai-nilai kehidupan manusia di luar hukum yaitu rasa keadilan dan moral – yang berarti sama saja dengan mengembalikan dasar mengikatnya hukum internasional itu kepada hukum alam.

(3) *Mazhab Perancis*

Suatu mazhab yang mencoba menjelaskan dasar mengikatnya hukum internasional dengan konstruksi pemikiran yang sama sekali berbeda dengan kedua mazhab sebelumnya (Mazhab Hukum Alam dan Mazhab Hukum Positif) muncul di Perancis. Karena itu, Mazhab ini dikenal sebagai Mazhab Perancis. Pelopornya, antara lain, Leon Duguit, Fauchille, dan Schelle.

Dalam garis besarnya, mazhab ini meletakkan dasar mengikatnya hukum internasional – sebagaimana halnya bidang hukum lainnya – pada faktor-faktor yang mereka namakan “fakta-fakta kemasyarakatan” (*fait social*), yaitu berupa faktor-faktor biologis, sosial, dan sejarah kehidupan manusia. Artinya, dasar mengikatnya hukum internasional itu dapat dikembalikan kepada sifat alami manusia sebagai makhluk sosial yang senantiasa memiliki hasrat untuk hidup bergabung dengan manusia lain dan kebutuhan akan solidaritas. Kebutuhan dan naluri sosial manusia sebagai individu itu juga dimiliki oleh negara-negara atau bangsa-bangsa (yang merupakan kumpulan manusia). Dengan kata lain, menurut mazhab ini, dasar mengikatnya hukum internasional itu, sebagaimana halnya dasar mengikatnya setiap hukum, terdapat dalam kenyataan sosial yaitu pada kebutuhan manusia untuk hidup bermasyarakat.

2. Hubungan Antara Hukum Internasional dan Hukum Nasional

Dalam teori hukum internasional terdapat pandangan tentang hukum internasional, yaitu : pertama, voluntarisme, yang mendasarkan berlakunya hukum internasional dan bahkan persoalan ada atau tidaknya hukum internasional ini pada kemauan negara. Pada pandangan ini adanya hukum internasional dan hukum nasional sebagai dua satuan perangkat hukum yang hidup berdampingan dan terpisah. Kedua, pandangan objektivis yang menganggap ada dan berlakunya hukum internasional lepas dari kemauan negara. Dalam pandangan ini menganggap sebagai dua bagian dari satu kesatuan perangkat hukum.

Erat hubungannya dengan yang telah dijelaskan tadi adalah persoalan hubungan hierarki antara kedua perangkat hukum itu, baik merupakan dua perangkat hukum yang masing-masing berdiri sendiri maupun merupakan dua perangkat hukum yang pada hakekatnya merupakan bagian-bagian dari satu keseluruhan tata hukum yang sama. Sumber permasalahan adalah antara Hubungan hukum internasional dan hukum nasional, sehingga melahirkan beberapa beberapa pandangan atau aliran.⁶⁸

D.P. O'Connell⁶⁹ memberikan gambaran atas hubungan antara hukum internasional dengan hukum nasional, dengan memberikan empat letak kemungkinan terhadap pertanyaan hubungan antara hukum internasional dan hukum nasional:

- a. *That international law has primacy over municipal law in both international and municipal decisions. This is the monist theory. (hukum internasional lebih tinggi dari hukum nasional baik dalam keduanya keputusan internasional dan nasional).*
- b. *That international law has primacy over municipal law in international decisions, and municipal law has primacy over international law in municipal decisions. This is the dualist theory.*
- c. *That municipal law has primacy over international law in both international and municipal decisions. This is a species of monism in reserve.*
- d. *That there should be no supposition of conflict between international law and municipal law.*

Menurut D. P. O'Connell menjelaskan bahwa diterima dan berlakunya hukum internasional terhadap hukum nasional sesuai dengan aturan hukum nasional, yaitu⁷⁰:

1) Doktrin sistem transformasi.

Dalam pandangan doktrin ini, untuk menjadi bagian hukum nasional, setiap yang berhubungan dengan aturan individu dalam hukum internasional harus terlebih dahulu mendapatkan tindakan legislatif atau persetujuan legislatif, diundangkan melalui perjanjian atau mengambil beberapa langkah konstitusional lainnya. Doktrin transformasi adalah generalisasi dari masalah khusus yang menjamin pelaksanaan perjanjian internasional hingga proses akhir kedalam hukum nasional., biasanya diundangkan melalui proses legislasi.

3. Doktrin adopsi.

⁶⁸ Mochtar Kusumaatmadja, *Op.Cit.*, hlm. 52.

⁶⁹ D. P. O'Connell, *International Law*, Volume One, Stevens & Sons Limited, New York, 1965. Hlm. 37-38.

⁷⁰ *Id.*, hlm. 50-52.

Dalam pandangan dualisme, hukum nasional menganggap perintah atau mandat dari yang berkuasa untuk memasukkan hukum internasional. Hukum internasional belum valid atau sah sejauh prinsip tersebut telah diterima dan diadopsi dalam hukum nasional.

4. Doktrin harmonisasi

Dalam pandangan doktrin inkorporasi (*incorporation doctrine*) menganut ajaran atau doktrin bahwa hukum internasional merupakan hukum negara (*international law is the law of the land*), negara penganut paham ini adalah Inggris. Akan tetapi ini hanya berlangsung sampai Abad 19, selanjutnya terjadi beberapa perubahan dalam doktrin inkorporasi tidak lagi diterima secara mutlak. Dalam menilai daya laku doktrin dalam hukum positif harus dibedakan antara hukum kebiasaan internasional dengan hukum internasional yang tertulis. Artinya hukum kebiasaan internasional dapat berlaku dengan dua pengecualian yaitu: 1. Bahwa ketentuan hukum kebiasaan internasional itu tidak bertentangan dengan suatu undang-undang, baik yang lebih tua maupun yang diundangkan kemudian. 2. Hukum kebiasaan internasional ditetapkan oleh keputusan Mahkamah yang tertinggi,⁷¹

⁷¹ Mochtar Kusumatmadja, *Op.cit.*, hlm. 75-76.

SUMBER HUKUM INTERNASIONAL

A. Pengantar

Sikap dan tindakan negara terhadap dasar-dasar hukum internasional. biasanya negara-negara mematuhi persyaratan *pacta sunt servanda*⁷² Menurut Anzilotti⁷³ menyatakan bahwa "setiap sistem hukum terdiri dari norma-norma yang kekuatan mengikatnya bersumber dari suatu norma dasar dan kemana, secara langsung atau tidak, seluruh norma di dalam sistem ini dapat dikembalikan. Karena itu, norma dasar ini menetapkan norma-norma yang meliputi suatu sistem hukum dan memadatkannya menjadi satu kesatuan. Tata hukum internasional dicirikan oleh kenyataan bahwa prinsip *pacta sunt servanda* tidak didasarkan pada norma yang lebih tinggi, sebagaimana dalam hukum nasional; karena *pacta sunt servanda* merupakan norma tertinggi".

Sumber hukum internasional berdasarkan Statuta Mahkamah Internasional Pasal 38 (1), bahwa dalam mengadili perkara-perkara yang diajukan kepadanya, Mahkamah Internasional akan mempergunakan, yaitu:

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

⁷² *Pacta Sunt Servanda* (prinsip dalam hukum kebiasaan internasional mengenai pengikatan perjanjian pada para pihak) telah diakui dalam Pasal 26 Vienna Convention on the Law of Treaties yang menyatakan bahwa "setiap perjanjian yang berlaku mengikat para pihak dan harus dilaksanakan dengan itikad baik".

⁷³ Sebagaimana dikutip oleh G. J. H. Van Hoof, *Pemikiran Kembali Sumber-Sumber Hukum Internasional (Rethinking the Sources of International Law)*, Hata (Penerjemah), Yayasan Hak Asasi Manusia, Demokrasi dan Supremasi Hukum, PT. Alumnus, Bandung, 2000, hlm.

Sumber hukum dipakai pertama sekali pada arti dasar berlakunya hukum. Dalam hal ini yang dipersoalkan adalah apa sebabnya suatu hukum mengikat, yakni sebagai sumber hukum material yang menerangkan apa yang menjadi hakikat dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional.⁷⁴ Sumber hukum internasional dapat diartikan sebagai:

1. dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional;
2. metode penciptaan hukum internasional;
3. tempat diketemukannya ketentuan-ketentuan hukum internasional yang dapat diterapkan pada suatu persoalan konkret.⁷⁵

Sumber hukum ada 2 jenis yakni:

- a. Sumber hukum materil: dapat didifenisikan sebagai bahan-bahan aktual yang dipergunakan oleh seorang ahli hukum internasional untuk menentukan kaidah hukum yang berlaku terhadap suatu peristiwa atau situasi tertentu.⁷⁶
- b. Sumber hukum Formal: merujuk kepada bukti-bukti baik secara umum maupun khusus yang menunjukkan bahwa hukum tertentu telah diterapkan dalam suatu kasus tertentu. Dari sebuah hukum materiil inilah isi dari sebuah hukum bisa ditemukan.

Dalam hukum tertulis, ada dua tempat yang mencantumkan secara tertulis sumber hukum internasional dalam arti formal yakni pasal 7 Konvensi Den Haag XII 1907 tentang pembentukan Mahkamah Internasional Perampasan Kapal di Laut (International Prize Court) dan dalam pasal 38 Piagam Mahkamah Internasional Permanen tahun 1920 yang kini tercantum dalam Pasal 38 Piagam Mahkamah Internasional tahun 1945. Namun keberadaan Mahkamah Internasional Perampasan Kapal di Laut tidak pernah terbentuk dikarenakan jumlah ratifikasi yang diperlukan tidak tercapai, sehingga sumber hukum internasional yang dipakai pada masa sekarang hanya pasal 38 Piagam Mahkamah Internasional.⁷⁷

Urutan penyebutan sumber hukum dalam pasal 38 ayat (1) Piagam Mahkamah Internasional tidak menunjukkan urutan pentingnya masing-masing sumber hukum itu sebagai sumber hukum formal, karena hal ini sama sekali tidak diatur oleh pasal 38.⁷⁸ Pasal 38 mengklasifikasikan sumber hukum internasional formal kedalam 2 bagian yaitu sumber hukum pokok bagi pembentukan hukum internasional dibagian a sampai dengan bagian c, dan sumber hukum tambahan atau pelengkap pada bagian d. Hal ini berarti bahwa sarana-sarana utama (a-c)

⁷⁴ Mochtar Kusumaatmadja, Ety R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, Cetakan pertama, Bandung, P.T. Alumni, 2003, hlm.. 113

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ J. G. starke, *Op. Cit.* hlm.. 42

⁷⁷ Mochtar Kusumaatmadja, *Op. Cit.* hlm.. 114

⁷⁸ Mochtar Kusumaatmadja, *Op. Cit.* hlm.. 115

diperlukan, dan bahwa sarana pelengkap (d) hanya memiliki efek yang memenuhi kualifikasi dan/atau efek penjelasan.⁷⁹

B. Perjanjian internasional

Perjanjian internasional adalah sarana utama yang dipunyai negara untuk memulai dan mengembangkan hubungan internasional. Perjanjian internasional merupakan bentuk dari semua perbuatan hukum dan transaksi dalam masyarakat internasional. Perjanjian internasional merupakan sarana untuk menetapkan kewajiban kepada pihak dalam perjanjian tersebut.⁸⁰

Perjanjian internasional menurut Mochtar Kusumaatmadja diartikan sebagai perjanjian yang diadakan antara anggota masyarakat bangsa-bangsa dan bertujuan untuk mengakibatkan akibat hukum tertentu.⁸¹ Perjanjian internasional sebagai sumber hukum dibagi atas dua golongan yakni dalam bentuk *treaty contract* dan *law making treaties*. Apabila dilihat dari segi fungsinya sebagai sumber hukum, sumber hukum formal merupakan *law making* yang artinya menimbulkan hukum. *Treaty contract* dimaksudkan sebagai suatu bentuk perjanjian dalam hukum perdata, hanya mengakibatkan hak dan kewajiban bagi para pihak yang mengadakan perjanjian itu dan pihak ketiga umumnya tidak dapat ikut serta dalam perjanjian ini. Seperti perjanjian perbatasan, perjanjian perdagangan dan perjanjian pemberantasan penyelundupan. *Law making treaties* diartikan sebagai perjanjian yang meletakkan ketentuan atau kaidah hukum bagi masyarakat internasional sebagai keseluruhan. Seperti Konvensi Perlindungan Korban Perang, Konvensi Hukum Laut dan Konvensi Wina tentang Hubungan Diplomatik. Perjanjian *law making treaties* selalu terbuka bagi pihak lain yang sebelumnya tidak turut serta karena yang diatur dalam perjanjian ini adalah suatu hal yang umum mengenai semua anggota masyarakat internasional.⁸²

Sedangkan konvensi internasional sebagai sumber hukum internasional menurut Boer Mauna adalah konvensi yang berbentuk *law making treaties* yaitu perjanjian-perjanjian internasional yang berisikan prinsip-prinsip dan ketentuan yang berlaku secara umum.⁸³ Dalam *law making treaties* ini negara-negara bersepakat merumuskan secara komprehensif prinsip-prinsip dan ketentuan hukum yang akan merupakan pegangan bagi negara-negara tersebut dalam melaksanakan kegiatan dan hukumnya satu sama lain.

Treaty Contract menurut J. G. Starke tidak secara langsung menjadi sumber hukum internasional. Namun demikian, *treaty contract* ini diantara peserta atau penandatangan dapat menjadi hukum yang khusus. Perjanjian-

⁷⁹ C. de Rover, *Op. Cit.* hlm. 6

⁸⁰ F. Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Cetakan Pertama, Yogyakarta, Penerbitan Universitas Atma Jaya, 1994, hlm. 63.

⁸¹ Mochtar Kusumaatmadja, *Op. Cit.* hlm. 117

⁸² Mochtar Kusumaatmadja *Op. Cit.*, hlm. 122-124.

⁸³ Boer mauna, *Op. Cit.* hlm. 9.

perjanjian demikian dapat memberi arahan kepada perumusan ketentuan hukum internasional melalui pemberlakuan prinsip-prinsip yang mengatur kaidah kebiasaan. Pemberlakuan *treaty contract* sebagai sumber hukum internasional harus memperhatikan 3 ketentuan yakni:⁸⁴

1. *Treaty contract* tersebut merupakan serangkaian perjanjian yang menetapkan aturan yang sama secara berulang-ulang dapat membentuk suatu prinsip hukum kebiasaan internasional yang maksudnya sama.
2. Perjanjian tersebut pada mulanya dibentuk hanya diantara sejumlah peserta terbatas kemudian kaidah yang dimuat dalam perjanjian tersebut digeneralisasikan dengan adanya penerimaan.
3. Suatu perjanjian dapat dianggap mempunyai nilai pembukti mengenai adanya suatu kaidah yang dikristalisasikan menjadi hukum melalui proses perkembangan yang berdiri sendiri.

Suatu kelaziman bila negara-negara berdaulat menghendaki suatu persoalan diselesaikan melalui perangkat norma yang disusun atas dasar kesepakatan bersama dengan tujuan dan akibat-akibat hukum tertentu, maka secara formal lahir dalam bentuk perjanjian internasional. Kepustakaan hukum memandu pembacanya untuk memahami pengertian perjanjian internasional sebagai berikut: "... *perjanjian yang diadakan antara anggota masyarakat bangsa-bangsa dan bertujuan untuk mengakibatkan akibat-akibat hukum tertentu...*".⁸⁵ Dalam konteks seperti yang dimaksud di atas, perjanjian internasional dibedakan ke dalam dua golongan, yaitu: "*law making treaties*" dan "*treaty contracts*".⁸⁶

"*Law making treaties*", adalah perjanjian internasional yang mengandung kaidah-kaidah hukum yang dapat berlaku secara universal bagi anggota masyarakat bangsa-bangsa; sehingga dengan demikian dikategorikan sebagai perjanjian-perjanjian internasional yang berfungsi sebagai sumber langsung hukum internasional.⁸⁷ Sedangkan perjanjian internasional yang digolongkan sebagai "*treaty contracts*" mengandung ketentuan-ketentuan yang mengatur hubungan-hubungan atau persoalan-persoalan khusus antara pihak yang mengadakannya saja, sehingga hanya

⁸⁴ J. G. Starke, *Op. Cit.* hlm. 55-56

⁸⁵ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung: Binacipta, 1978, hlm. 109.

⁸⁶ Baik *law making treaty* maupun *treaty contracts* kedua-duanya adalah suatu contract, yaitu suatu perjanjian atau persetujuan antara pihak-pihak yang mengadakannya dan yang mengakibatkan timbulnya hak-hak dan kewajiban bagi peserta-pesertanya. Oleh karena itu bukan saja *law making treaty*, namun *treaty contracts* juga secara tidak langsung, melalui proses hukum kebiasaan dapat juga merupakan *law making*. Lihat Mochtar Kusumaatmadja, *Ibid.*, hlm.aman 114 dan 115; Bandingkan J.G. Starke, *Introduction to International Law. (Ninth edition)*, London: Butterworths, 1984, hlm.aman 40-44.

⁸⁷ Mieke Komar, et al. *Suatu Catatan tentang Praktek Indonesia dalam hubungan dengan Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional*. Banda Aceh, Simposium Pola Umum Perencanaan Hukum dan Perundang-undangan, 1976, hlm 3.

berlaku khusus bagi para peserta perjanjian. Oleh sebab itu perjanjian-perjanjian internasional yang tergolong *treaty contracts* tidak secara langsung menjadi sumber hukum internasional.

Perjanjian internasional meliputi semacam instrumen yang tertulis atau serangkaian instrumen yang dibentuk terdiri atas beberapa sebutan yang berbeda diberbagai negara, diantaranya perjanjian (*treaty*), konvensi (*convention*), persetujuan (*agreement*), protokol (*protocol*), *covenant*, Piagam (*charter*), Statuta (*statute*), akta (*act*), deklarasi (*declaration*)⁸⁸, *concordant*, pertukaran nota (*exchange of notes*), pertukaran surat (*exchange of letters*), *modus vivendi*, *agreed minutes* dan nota kesepahaman (*memorandum of understanding*).⁸⁹

Dasar dari hukum perjanjian internasional adalah Konvensi Wina mengenai Hukum Perjanjian (*United Nations Convention on the Law of Treaties*) yang di sahkan pada tanggal 23 Mei 1969 dengan perbandingan 76 negara menyetujui, satu negara yang menolak yaitu Perancis dan 19 Abstain negara dari blok Soviet. Konvensi ini mulai berlaku 20 Oktober 2003 telah ada 96 negara yang telah menjadi pihak konvensi ini.

Perjanjian internasional atau dalam bahasa Inggris disebut "*treaties*" dan dalam bentuk bahasa Perancis "*treatier*" yang berarti "berunding", dimaksudkan sebagai instrumen internasional yang mempunyai sifat mengikat. Instrumen hukum semacam itu mencerminkan suatu sifat kontraktual antara negara atau antara negara dengan organisasi internasional yang menciptakan hak dan kewajiban secara hukum di antara para pihak yang mengadakan persetujuan mengenai masalah-masalah yang dimaksudkan dalam suatu perjanjian. Pada mulanya perjanjian semacam itu dibuat dan di tandatangani oleh kepala-kepala negara saja, namun sekarang dapat dilakukan dalam bentuk antar pemerintahan maupun antar negara.⁹⁰

1. Konvensi (*Convention*)

Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional menggunakan istilah *international convention* sebagai salah satu sumber hukum internasional dan menurut pengertian umum terminologi *convention* dapat disamakan dengan pengertian umum *treaty*. Dalam praktek internasional kedua istilah ini menjadi urutan tertinggi dalam urutan perjanjian internasional.⁹¹

Dalam pengertian khusus, *convention* yang dalam bahasa Indonesia dikenal dengan istilah konvensi ini digunakan untuk perjanjian-perjanjian multilateral yang beranggotakan banyak negara dengan memberikan kesempatan kepada masyarakat internasional secara luas. Konvensi biasanya

⁸⁸ J.L. Brierly, *The Law of Nations (An Introduction to the International Law of Peace)*, 5th Ed, Clarendon Press, Oxford, 1955, hlm. 243.

⁸⁹ Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, PT. Tatanusa, Jakarta, 2008, hlm. 17.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Boer mauna, *Op. Cit.* hlm. 91.

besifat *law-making* artinya merumuskan kaidah-kaidah hukum bagi masyarakat internasional.⁹² Konvensi digunakan untuk menyebut persetujuan resmi yang multilateral atau persetujuan yang diterima oleh organ dari suatu organisasi internasional.⁹³ Sebagai contohnya ialah Konvensi Jenewa 1949 tentang Perlindungan Korban Perang, Konvensi Wina 1961 dan 1963 mengenai Hubungan Diplomatik dan Konsuler, Konvensi tentang Hukum Perjanjian pada tahun 1969, Konvensi Jenewa 1958 mengenai Hukum Laut dan Konvensi PBB mengenai Hukum Laut pada tahun 1982.⁹⁴

2. Perjanjian (*Treaty*)

Perjanjian (*treaty*) dalam arti umum ialah mencakup segala macam bentuk persetujuan internasional⁹⁵, baik yang bentuknya tertulis maupun tidak tertulis untuk persetujuan resmi tentang masalah yang fundamental.⁹⁶ Menurut pengetahuan khusus, terminologi *treaty* dalam bahasa Indonesia lebih dikenal dengan istilah traktat. Umumnya traktat digunakan untuk suatu perjanjian yang materinya merupakan hal-hal yang sangat prinsipil diantaranya mengatur masalah perdamaian, perbatasan negara, delimitasi, ekstradisi, dan persahabatan. Sebagai contoh Perjanjian Persahabatan dan Kerjasama di Asia Tenggara 1976 (*Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia*) yang pernah dibuat Indonesia dan yang ditandatangani oleh kepala negara dan pemerintah negara-negara ASEAN. Contoh lain dibidang persenjataan, yaitu *Test Ban Treaty* 5 Agustus 1963, *Non Proliferation Treaty* 1 Juli 1968, dan *Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone (SEANWFZ) Treaty* yang ditandatangani 15 Desember 1995. Selanjutnya, hal-hal penting yang termasuk dalam perjanjian di Indonesia diatur oleh surat presiden kepada DPR No. 2826/HK/60 tanggal 22 Agustus 1960. Hal-hal tersebut dapat berisi hal-hal mengenai ekstradisi dan penetapan garis batas laut wilayah, seperti contoh Perjanjian Ekstradisi dengan Malaysia 7 Juni 1974, Philipina 10 Februari 1976, Thailand 29 Juni 1976 dan Perjanjian Penetapan Batas Zona Ekonomi Eksklusif dan Batas Dasar Laut Wilayah dengan Malaysia tanggal 17 Maret 1970, dengan Singapura tanggal 25 Mei 1973, dengan Australia tanggal 22 April 1992.⁹⁷ Meskipun umumnya perjanjian internasional dipakai untuk persoalan yang sangat penting misalnya menyangkut persahabatan, perdamaian, dan keamanan, tetapi dapat dipakai juga untuk hal-hal lain tergantung kebiasaan masing-masing negara.⁹⁸ Perjanjian multilateral

⁹² *Ibid.*

⁹³ F. Sugeng Istanto, *Op.Cit.*, hlm. 64.

⁹⁴ Boer mauna, *Op. Cit.* hlm. 91.

⁹⁵ *Ibid.*, hlm. 89.

⁹⁶ F. Sugeng Istanto, *Op.Cit.*, hlm. 64.

⁹⁷ Boer mauna, *Op. Cit.* hlm. 90-91.

⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 91.

biasanya mempunyai kekuatan lebih mengikat bila diikuti dengan sejumlah ketentuan tambahan dalam perjanjian (absesi).⁹⁹

3. Persetujuan (*Agreement*)

Persetujuan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia merupakan (i) pernyataan setuju (atau pernyataan menyetujui); membenaran (pengesahan, perkenan, dan sebagainya); (ii) kata sepakat (antara kedua belah pihak), sesuatu (perjanjian dan sebagainya) yang telah disetujui oleh kedua belah pihak dan sebagainya; (iii) persesuaian, kecocokan, keselarasan.¹⁰⁰

Terminologi *agreement* dalam artian umum berarti luas pada Konvensi Wina tahun 1969, konvensi tersebut juga menggunakan terminologi *international agreement* bagi perangkat internasional yang tidak memenuhi definisi *treaty*.¹⁰¹

Dengan demikian, pengertian *agreement* secara umum mencakup seluruh jenis perangkat internasional dan biasanya mempunyai kedudukan yang lebih rendah dari traktat dan konvensi. Saat ini terdapat kecenderungan untuk menggunakan istilah persetujuan bagi perjanjian bilateral dan secara terbatas pada perjanjian multilateral. Persetujuan umumnya digunakan pada perjanjian yang mengatur materi kerjasama dibidang ekonomi, kebudayaan, teknik, dan ilmu pengetahuan. Dalam bidang yang erat dengan keuangan, persetujuan juga digunakan pada perjanjian yang menyangkut masalah pencegahan pajak berganda, perlindungan investasi/penanaman modal atau bantuan keuangan.¹⁰²

4. Protokol (*Protocol*)

Protokol digunakan untuk menyebut perjanjian internasional yang materinya lebih sempit dari pada traktat dan konvensi dengan berbagai penggunaan, yaitu:

a. *Protocol of Signature*

Protokol penandatanganan merupakan perangkat tambahan suatu perjanjian internasional yang dibuat oleh pihak-pihak yang sama dalam perjanjian. Protokol tersebut umumnya berisikan hal-hal yang berkaitan dengan penafsiran pasal-pasal tertentu pada perjanjian dan hal-hal yang berkaitan dengan pengaturan teknik pelaksanaan perjanjian. Pengesahan perjanjian tersebut *ipso facto* juga mencakup pengesahan protokol tersebut.¹⁰³

⁹⁹ Rebecca M. M. Wallace, *Hukum Internasional*, Sweet and Maxwell, London, 1986, hlm. 237.

¹⁰⁰ Kamus Besar Bahasa Indonesia, *Op.Cit*, hlm. 1554.

¹⁰¹ Boer mauna, *Op. Cit.* hlm. 91-92.

¹⁰² *Ibid.*, hlm. 92.

¹⁰³ *Ibid.*, hlm. 92-93.

- b. *Optional Protocol*
 Protokol tambahan memberikan tambahan hak dan kewajiban selain yang diatur dalam perjanjian internasional. Protokol tersebut umumnya memiliki karakteristik khusus dengan proses pengesahan yang terpisah dari perjanjian induknya, dengan maksud dapat memberikan kesempatan pada beberapa pihak pada perjanjian untuk membentuk pengaturan lebih jauh dari perjanjian induk tanpa memerlukan persetujuan seluruh negara pihak (*two tier system*). Contoh perjanjian ini adalah Protokol Tambahan Kovenan Internasional mengenai Hak-hak Sipil dan Politik 1966.¹⁰⁴
- c. *Protocol Based on a Framework Treaty*
 Protokol ini mengatur kewajiban-kewajiban khusus dalam melaksanakan perjanjian induknya. Protokol tersebut umumnya digunakan untuk menjamin proses pembuatan perjanjian yang berlangsung lebih cepat dan sederhana dan telah digunakan khususnya pada hukum lingkungan. Contohnya ialah *Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer* yang didasari oleh Pasal 2 dan 8 *Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer* 1985.¹⁰⁵
- d. Protokol untuk mengubah perjanjian internasional.
 Seperti contohnya, Protocol of 1946 Amending the Agreements, Conventions and Protocols on Narcotic Drugs.
- e. Protokol yang merupakan pelengkap perjanjian sebelumnya, seperti *Protocol 1967 relating to the Status of Refugees* yang merupakan pelengkap dari *Convention of 1951 relating to the Status of Refugees*.¹⁰⁶
5. Kovenan (*Covenant*)
6. Piagam (*Charter*)
 Istilah ini biasanya digunakan untuk perangkat internasional seperti dalam pembentukan suatu organisasi internasional. Istilah *charter* berasal dari *Magna Carta* yang dibuat pada tahun 1215. Contoh umumnya ialah Piagam PBB tahun 1945.¹⁰⁷
7. Statuta (*Statute*)
8. Akta (*Final Act*)
Final Act adalah dokumen yang berisikan ringkasan laporan sidang dari suatu konferensi yang terkadang disertai anjuran atau harapan yang sekiranya dianggap perlu. Penandatanganan *Final Act* ini tidak berarti penerimaan terhadap perjanjian atau konvensi yang dihasilkan tetapi hanya semacam

¹⁰⁴ *Ibid.*, hlm. 93.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, hlm. 92.

kesaksian berakhirnya suatu tahap proses pembuatan perjanjian. Penandatanganan dalam arti salah satu tahap ratifikasi dilakukan kemudian pada lain kesempatan. Sebagai contoh:

- *Final Act General Agreement on Tariff and Trade (GATT) 1994.*
- *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiating 1994.*¹⁰⁸

9. Deklarasi (*declaration*)

Deklarasi seringkali digunakan dalam pengertian yang sama dengan *treaty*.¹⁰⁹ Deklarasi juga merupakan suatu perjanjian yang berisikan ketentuan-ketentuan umum dimana pihak-pihak pada deklarasi berjanji meakukan kebijaksanaan-kebijaksanaan tertentu dimasa yang akan datang. Bedanya dengan traktat dan konvensi ialah isinya yang ringkas dan padat serta mengenyampingkan ketentuan-ketentuan yang bersifat formal seperti surat kuasa (*full powers*), ratifikasi, dan lain-lain.¹¹⁰

10. Konkordat

Merupakan persetujuan antara Paus dengan seorang raja atau suatu pemerintah negara untuk mengatur persoalan-persoalan kegerejaan di negara itu.¹¹¹

11. Pertukaran nota (*exchange of notes*) atau Pertukaran surat (*exchange of letters*)

Pertukaran ini menyatakan bahwa negara terikat pada suatu perjanjian dengan melakukan pertukaran surat-surat atau naskah apabila para pihak yang bersangkutan menentukannya demikian. Hal ini dilakukan misalnya apabila perjanjian merupakan perjanjian yang berbentuk sederhana yakni terdiri dari pertukaran surat-menyurat atau nota (*exchange of notes* atau *exchange of letters*).¹¹²

12. *Modus Vivendi*

Modus Vivendi merupakan suatu perjanjian yang bersifat sementara dengan maksud akan diganti dengan pengaturan yang tetap dan terperinci yang biasanya dibuat dengan cara tidak resmi dan tidak memerlukan pengesahan.¹¹³

13. *Agreed minutes and Summary Records*

Agreed minutes dan *Summary Records* adalah catatan mengenai hasil perundingan yang telah disepakati oleh pihak-pihak dalam perjanjian yang selanjutnya digunakan sebagai rujukan dalam perundingan-perundingan selanjutnya.¹¹⁴

14. Nota kesepahaman (*memorandum of understanding/MoU*)

¹⁰⁸ *Ibid.*, hlm. 94.

¹⁰⁹ F. Sugeng Istanto, *Op.Cit.*, hlm. 64.

¹¹⁰ Boer mauna, *Op. Cit.* hlm. 93-94.

¹¹¹ F. Sugeng Istanto, *Op.Cit.*, hlm. 747.

¹¹² Mochtar Kusumaatmadja, *Op. Cit.*, hlm. 129.

¹¹³ Boer mauna, *Op. Cit.* hlm. 96.

¹¹⁴ *Ibid.*, hlm. 94.

MoU merupakan perjanjian yang mengatur pelaksanaan teknis operasional suatu perjanjian induk yang berdiri sendiri dan tidak memerlukan adanya perjanjian induk. Perjanjian ini berlaku setelah penandatanganan tanpa memerlukan pengesahan.¹¹⁵

C. Kebiasaan internasional (*International Custom*)

Viner's Abridgement menyatakan kebiasaan sebagaimana dimaksudkan oleh hukum, adalah suatu adat istiadat yang telah memperoleh kekuatan hukum.¹¹⁶

Dalam pasal 38 ayat (1) Mahkamah Internasional, kebiasaan internasional dirumuskan sebagai "bukti praktik umum yang diterima sebagai hukum". Hal ini berarti bahwa persyaratan utama bagi pembentukan "kebiasaan" adalah adanya "praktik umum" dalam hubungan antar negara.¹¹⁷

Kebiasaan internasional yang menjadi sumber hukum internasional harus memenuhi unsur material dan unsur psikologis, yakni kenyataan adanya kebiasaan yang bersifat umum dan diterimanya hukum internasional tersebut sebagai hukum. Kebiasaan internasional sebagai suatu kebiasaan umum memerlukan adanya suatu pola tindak yang berlangsung lama, yang merupakan serangkaian tindakan yang serupa mengenai hal dan keadaan yang serupa serta bersifat umum dan bertalian dengan hubungan internasional. Kebiasaan internasional ini juga harus memenuhi suruhan kaidah atau kewajiban hukum.¹¹⁸

Hukum kebiasaan internasional berada pada urutan kedua di dalam Pasal 38 (1), tetapi merupakan sumber hukum tertua. Namun pada saat yang sama kebiasaan internasional juga merupakan paling tidak jelas. Hal ini ditandai dengan kesimpangsiuran serta pendapat mengenai doktrin-doktrin sumber hukum pada umumnya,

Hukum internasional sebagian besar terdiri dari kaidah-kaidah kebiasaan. Kaidah-kaidah ini pada umumnya telah menjalani suatu proses sejarah yang panjang dan memperoleh pengakuan oleh masyarakat internasional. Posisi kaidah-kaidah kebiasaan tradisional ini telah semakin menyusut dan kuat sebagai sumber hukum dengan diakuinya dalam sejumlah perjanjian internasional yang membentuk hukum (*law making*). Kebiasaan internasional masih tetap akan memainkan peranan penting sebagai sumber dinamis kaidah hukum internasional yang baru di mana masyarakat internasional mengalami perubahan-perubahan di bidang-bidang baru yang

¹¹⁵ *Ibid.*, hlm. 95.

¹¹⁶ J. G. Starke, *Op. Cit.*, hlm. 45

¹¹⁷ C. de Rover, *Op. Cit.* hlm. 6.

¹¹⁸ Mochtar Kusumaatmadja, *Op. Cit.*, hlm.. 143-145

tidak/belum ada oleh suatu perjanjian, keputusan-keputusan hakim dan para pendapat para ahli hukum.¹¹⁹

stilah kebiasaan (*custom*) dan adat istiadat (*usage*) sering dipergunakan secara bergantian. Secara tegas dapat dikatakan, ada suatu perbedaan teknis diantara kedua istilah tersebut. Adat istiadat merupakan tahapan yang mendahului adanya kebiasaan. Kebiasaan mulai apabila adat istiadat berakhir. Adat istiadat adalah suatu kebiasaan bertindak yang belum sepenuhnya memperoleh pengesahan hukum. Adat istiadat mungkin bertentangan, sedangkan kebiasaan harus terunifikasi dan bersesuaian (*self-consistent*). Viner's abrigement, yang berkenaan dengan kebiasaan dalam hukum inggris, mengemukakan kebiasaan adalah suatu adat istiadat yang telah memperoleh kekuatan hukum.¹²⁰

Ian Brownlie¹²¹ berpendapat bahwa kebiasaan internasional harus memenuhi unsur-unsur yaitu

1. Lamanya (*Duration*).
2. Keseragaman, praktek yang terus menerus (*Uniformity, Consistency of the practice*).
3. Praktek secara umum (*Generality Practice*).
4. Unsur Psikologis (*Opinio Juris et Necessitatis*).

Suatu kaidah hukum kebiasaan internasional harus memenuhi syarat yang harus dipenuhi yaitu: unsur materiil dan unsur psikologis. Unsur materiil harus memenuhi syarat yang secara umum harus ada tindakan berulang-ulang dan dilakukan secara teratur. Permulaan kebiasaan dari suatu praktek dapat saja dari tidak adanya suatu kaidah kebiasaan. Selain dari pengulangan kebiasaan, lamanya usia tindakan-tindakan kebiasaan itu juga menjadi pertimbangan, akan tetapi waktu yang singkat juga dapat diterima, apabila praktek negara itu telah meluas dan seragam dalam semua tujuan praktis (misalnya berkaitan dengan suatu negara pantai memiliki hak untuk mengeksploitasi dan lain-lain landas kontinennya). Sedangkan unsur psikologis atau lebih dikenal dengan sebutan *opinio juris sive necessitatis* atau dengan arti suatu keyakinan bersama bahwa pengulangan tindakan kebiasaan itu merupakan akibat dari suatu kaidah yang memaksa atau Mochtar Kusumatmadja berpendapat unsur psikologis menghendaki bahwa kebiasaan internasional memenuhi suruhan kaidah atau kewajiban hukum. Unsur psikologis ini dipergunakan untuk membedakan kebiasaan dari serangkaian tindakan yang diikuti secara sukarela atau karena alasan lain,

¹¹⁹ J.G. Starke, *Op.Cit.*, hlm. 35-36.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th Ed, Clarendon Press, Oxford, 1998. Hlm. 5-7.

misalnya pengakuan umum oleh masyarakat internasional dan/atau negara-negara secara keseluruhan.¹²²

Dilihat secara praktis suatu kebiasaan internasional dapat dikatakan diterima sebagai hukum apabila negara-negara menerimanya sebagai kaidah hukum, apabila negara-negara itu tidak menyatakan keberatan atas kaidah tersebut. Keberatan dapat dilakukan dengan berbagai cara misalnya dengan jalan diplomatik (protes) atau dengan jalan hukum dengan mengajukan keberatan-keberatan di depan mahkamah.¹²³

D. Prinsip-Prinsip Hukum Umum

Dari beberapa sistem hukum didunia, seperti, *civil law*, *common law*, *socialist law*, dan *islamic law* terdapat prinsip-prinsip hukum yang mempunyai kesamaan tujuan yaitu menciptakan ketertiban, keadilan dan kepastian hukum. Prinsip-prinsip hukum yang terdapat dalam berbagai sistem hukum menjadi umum, hal ini tentunya mendapatkan pengakuan dalam asistem hukum internasional.

Macam prinsip-prinsip dalam 3 jenis pembeda, yaitu ¹²⁴:

1. Prinsip-prinsip;
2. Standar minimum prosedur keadilan;
3. Sifat-sifat dasar prinsip-prinsip hukum yang cukup luas dan dengan kuat atau benar-benar diakui dalam sistem hukum yang terkemuka di dunia dipandang sebagai prinsip hukum internasional.

Salah satu sumber hukum sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 38 (1) yaitu mengenai prinsip-prinsip umum yang diakui bangsa-bangsa beradab. Prinsip-prinsip umum dalam hukum internasional lahir dengan beberapa persyaratan yang harus sesuai dengan kriteria hukum. Persyaratan atau kriteria dimaksud yang dapat menjadi sebuah prinsip-prinsip umum dalam hukum internasional yaitu: pertama telah menjadi kebiasaan dalam hukum internasional, kedua, telah menjadi praktek dalam sistem hukum nasional negara-negara, ketiga, prinsip umum bersifat universal artinya diterima oleh seluruh negara. oleh sebab itu prinsip-prinsip umum hukum adalah prinsip-prinsip yang umum dari banyaknya sistem-sistem hukum yang ada di dunia.¹²⁵

Dalam berbagai pertemuan-pertemuan tingkat internasional maupun regional membicarakan juga untuk mempertegas tujuan-tujuan utama sebagaimana tercantum dalam Piagam PBB dan beberapa instrumen hukum internasional lainnya serta memberikan sumbangsih pemikiran terhadap

¹²² *Id.*, hlm. 35. Lihat juga Mochtar Kusumatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Buku I-Bagian Umum, Binacipta, Bandung. 1981. Hlm. 134. Lihat juga dalam Rebecca M.M. Wallace, *op.cit.*, hlm. 10-19.

¹²³ Mochtar Kusumatmadja, *Ibid.*, hlm. 135.

¹²⁴ Wolfgang Friedman, *the Changing Structure of International Law*, Vakils, Feffer and Simons Private LTD, Bombay-1, India, 1964, hlm. 105.

¹²⁵ Rebecca M. M. Wallace, *Op., Cit.*, hlm. 24.

prinsip-prinsip umum dalam hukum internasional. Sebagai contoh keputusan akhir Konferensi Asia Afrika 1955 yang telah menghasilkan 10 prinsip hidup berdampingan secara damai yang dikenal sebagai Dasasila Bandung, yaitu¹²⁶:

1. Menghormati hak-hak asasi manusia dan menghormati tujuan-tujuan dan prinsip-prinsip dalam Piagam PBB;
2. Menghormati kedaulatan dan integritas wilayah semua negara;
3. Mengakui persamaan derajat semua ras serta persamaan derajat semua negara besar dan kecil;
4. Tidak melakukan intervensi atau campur tangan dalam masalah dalam negeri negara lain;
5. Menghormati hak setiap negara untuk memelihara dirinya sendiri atau secara kolektif, sesuai dengan Piagam PBB;
6. (a). Tidak menggunakan tatanan pertahanan kolektif yang menunjang kepentingan khusus dari setiap negara adikuasa;
(b). Setiap negara tidak melakukan tekanan terhadap negara lain;
7. Tidak melakukan tindakan agresi atau ancaman agresi atau kekerasan bersenjata terhadap keutuhan wilayah atau kemerdekaan politik negara lain;
8. Penyelesaian persengketaan internasional dengan cara damai sesuai dengan Piagam PBB;
9. Peningkatan kepentingan timbal balik dan saling kerjasama;
10. Menghormati keadilan dan kewajiban internasional.

Prinsip-prinsip umum hukum yaitu pemikiran-pemikiran hukum, dalil-dalil hukum, logika hukum dan tehnik hukum yang diterima dalam hukum nasional dan hukum internasional dalam proses interpretasi dan penerapannya pada aturan-aturan hukum. Hal ini sebagaimana dikemukakan Tunkin¹²⁷ yaitu:

"...general principles of law are legal notions, legal postulates, rule of logic and legal technique applied in national legal systems and international law in the process of interpretation and application of rules of law."

Georg Schwarzenberger¹²⁸ mengemukakan prinsip fundamental hukum internasional yaitu :

¹²⁶ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 51-52.

¹²⁷ Sebagaimana dikutip, G. J. H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, IJsselstein, Netherlands, 1983, hlm. 132.

¹²⁸ Georg Schwarzenberger, *International Law*, Volume I (International Law as Applied by International Courts and Tribunals:I, 3rd ed, Stevens & Sons Ltd, London, 1957, hlm. 15. lihat juga dalam Yudha Bhakti Ardhiwisastro, *Hukum Internasional (Bunga Rampai)*, *op.cit.*, hlm. 4.

"...the fundamental principles of the international law, such as sovereignty, recognition, consent, good faith, international responsibility, self-defence and the freedom of the seas..."

(Prinsip fundamental dalam hukum internasional yaitu kedaulatan, pengakuan, pemufakatan, itikad baik, hak membela diri, tanggung jawab internasional dan kebebasan dilaut lepas).

Prinsip hukum umum dan tidak hanya asas hukum internasional. Arti perkataan umum dalam hubungan ini menjadi sangat penting karena dengan demikian jelaslah bahwa hukum internasional sebagai suatu sistem hukum, merupakan sebagian dari suatu keseluruhan yang lebih besar yaitu hukum pada umumnya. Jadi hukum internasional bukan merupakan satu sistem hukum yang berdiri sendiri dan berbeda dari hukum nasional. Dalam hal ini pengertian asas hukum umum misalnya asas hukum perdata seperti asas *pacta sunt servanda*, asas *bona fides* (itikad baik), asas penyalahgunaan hak (*abus de droit*) serta asas *adimplenti non est adiplendum* dalam hukum perjanjian. Asas hukum yang dimaksud dalam Pasal 38 (l) ialah asas hukum umum, jadi selain asas hukum perdata, termasuk juga asas hukum acara dan hukum pidana. Selain itu termasuk juga didalamnya asas hukum internasional seperti misalnya asas kelangsungan negara, penghormatan kemerdekaan negara, asas non-intervensi dan sebagainya. Dengan demikian menurut Pasal 38 (l) asas hukum umum merupakan suatu sumber hukum formal yang utama (primer) yang berdiri sendiri disamping kedua sumber hukum yaitu, perjanjian internasional dan kebiasaan.¹²⁹

Asas hukum umum menurut Mochtar Kusumaatmadja adalah asas hukum yang mendasari sistem hukum modern yakni sistem hukum positif yang didasarkan atas asas dan lembaga hukum negara barat yang untuk sebagian besar didasarkan atas asas dan lembaga hukum romawi.¹³⁰

Prinsip-prinsip umum hukum yang berlaku dalam seluruh atau sebagian besar hukum nasional negara-negara yang menjadi salah satu sumber hukum internasional menunjukkan bahwa hukum internasional sebagai suatu sistem hukum merupakan sebagian dari suatu sistem hukum keseluruhan yang lebih besar.

Keberadaan asas hukum umum sebagai sumber hukum internasional mempunyai arti penting bagi pertumbuhan dan perkembangan hukum internasional sebagai sistem hukum positif. Sumber hukum ini berperan dalam hal mahkamah tidak dapat menyatakan non liquet yakni menolak mengadili perkara karena tiadanya hukum yang mengatur persoalan yang diajukan. Dengan demikian kedudukan mahkamah internasional sebagai badan yang membentuk dan menemukan hukum baru diperkuat oleh sumber hukum ini. Prinsip-prinsip umum hukum yang berlaku dalam seluruh atau sebagian besar hukum nasional negara-negara yang menjadi salah satu sumber hukum internasional menunjukkan bahwa

¹²⁹ Mochtar Kusumaatmadja & Eddy R. Agoes, *op.cit.*, hlm. 149.

¹³⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *Ibid*, hlm.. 148.

hukum internasional sebagai suatu sistem hukum merupakan sebagian dari suatu sistem hukum keseluruhan yang lebih besar.¹³¹

E. Keputusan Pengadilan dan Ajaran-Ajaran Sarjana

1. Keputusan Pengadilan

Keputusan pengadilan dan pendapat para sarjana yang terkemuka dari bangsa-bangsa didunia hanya merupakan sumber subsidier atau sumber tambahan. Artinya keputusan-keputusan pengadilan dan pendapat para sarjana dapat dikemukakan untuk membuktikan adanya kaidah hukum internasional mengenai suatu persoalan yang didasarkan atas sumber-sumber primer yakni perjanjian internasional, kebiasaan internasional dan prinsip-prinsip hukum umum. Keputusan-keputusan pengadilan dan pendapat para sarjana itu sendiri tidak mengikat sehingga tidak menimbulkan suatu kaidah hukum.¹³²

Bahwa keputusan pengadilan dari Mahkamah Internasional tidak menciptakan kaidah hukum baru. Hal ini berdasarkan Pasal 59 Statuta Mahkamah Internasional yang menyatakan bahwa : "*the decision of the court has no binding force except between the parties and respect of that particular case* (keputusan pengadilan tidak mempunyai kekuatan mengikat kecuali di antara para pihak dan berkaitan dengan perkara-perkara khusus)".

Putusan pengadilan dan pendapat para ahli seperti yang telah dikemukakan sebelumnya merupakan suatu sumber hukum tambahan. Artinya keputusan pengadilan dan pendapat para sarjana dapat dikemukakan untuk membuktikan adanya kaidah hukum internasional mengenai suatu persoalan yang didasarkan atas sumber primer, namun tidak dapat mengikat atau menimbulkan kaidah hukum. Hal dikarenakan oleh sistem peradilan menurut Piagam Mahkamah Internasional yang tidak mengenal asas keputusan pengadilan yang mengikat (*rule of binding precedent*).¹³³

Putusan peradilan mempunyai peranan yang cukup penting dalam membantu pembentukan norma-norma baru hukum internasional. Sehubungan dengan sumber hukum ini, Mahkamah juga diperbolehkan untuk memutuskan suatu perkara secara *ex aequo et bono* yaitu

¹³¹ Mochtar Kusumaatmadja, *Ibid*, hlm.. 150.

¹³² Mochtar Kusumatmajda, *op.cit.*, hlm. 140-141.

¹³³ Mochtar Kusumaatmadja, *Op.Cit.*, hlm. 150-151.

keputusan yang bukan atas pelaksanaan hukum positif tetapi atas dasar prinsip-prinsip keadilan dan kebenaran.¹³⁴

2. **Ajaran-Ajaran Sarjana**

Ajaran-ajaran sarjana atau pendapat para sarjana bukan merupakan hukum yang berdiri sendiri, walaupun kadang-kadang opini hukum mengarahkan pada pembentukan hukum internasional. Opini hukum hanya penting sebagai suatu sarana guna menjelaskan kaidah-kaidah hukum internasional dan mempermudah pembentukan hukum internasional. Opini hukum ini tidak dengan sendirinya punya otoritas, meskipun dapat saja menjadi otoritatif apabila kemudian dimasukkan dalam kaidah kebiasaan hukum internasional. Hal inipun karena tindakan negara-negara atau badan-badan lain untuk menjadikannya sebagai kebiasaan, dan bukan dari kekuatan yang dimiliki oleh opini hukum tersebut.¹³⁵

¹³⁴ Boer mauna, *Op. Cit.*, hlm. 11.

¹³⁵ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 50

SUBJEK HUKUM INTERNASIONAL

A. Definisi Subjek Hukum Internasional

Seperti telah dikatakan walaupun kenyataan menunjukkan bahwa negara merupakan subjek hukum internasional yang terutama, negara dewasa ini tidak merupakan satu-satunya subjek hukum internasional. Anggapan bahwa negara adalah satu-satunya subjek hukum internasional merupakan suatu anggapan yang wajar sekali dalam keadaan bahwa hubungan antar negara identik dengan hubungan internasional. Istilah hukum antar negara yang hingga kini kadang-kadang masih dipergunakan orang, merupakan bukti bahwa anggapan ini masih ada penganutnya. Seperti juga persoalan hukum internasional lain yang telah kita bicarakan sebelumnya, persoalan ini bisa kita tinjau secara teoretis, tetapi bisa pula kita tinjau secara praktis.¹³⁶ Secara teoretis dapat dikemukakan bahwa subjek hukum sebenarnya hanyalah negara. Perjanjian internasional seperti misalnya Konvensi-konvensi palang Merah tahun 1949 memberikan hak dan kewajiban tertentu. Hak dan kewajiban itu diberikan konvensi secara tidak langsung kepada orang perorangan (individu) melalui negara-(nya) yang menjadi peserta konvensi itu. Melalui konstruksi demikian, banyak keadaan atau peristiwa individu menjadi subjek hukum internasional berdasarkan suatu konvensi dapat dikembalikan pada negara-nya yang rnenjadi peserta konvensi yang bersangkutan. Contoh konvensi demikian ialah *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* dan *The European Convention on Human Rights*.¹³⁷

Berlawanan dengan teori di atas ada teori lain yang menyatakan kebalikannya secara sangat ekstrim yaitu bahwa sebenarnya individu merupakan subiek hukum yang sesungguhnya dari hukum internasional,

¹³⁶ Mochtar Kusumaatmadja & Ety R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, PT. Alumni, Bandung, 2003, hlm. 95.

¹³⁷ *Ibid.*, hlm. 95.

karena dalam analisis terakhir individual yang merupakan subjek segala hukum nasional maupun internasional.¹³⁸

Pendapat lain juga dikemukakan oleh F. Sugeng Istanto (1998:17) yang mengatakan bahwa yang dianggap sebagai subjek hukum bagi hukum internasional adalah negara, organisasi internasional dan individu. Subjek hukum tersebut masing-masing mempunyai hak dan kewajiban sendiri yang berbeda satu sama lain.

Menurut hukum internasional khusus yang bersumberkan konvensi internasional, PBB dan Organisasi Internasional semacamnya merupakan subjek hukum internasional.¹³⁹

Berpegang pada pengertian subjek hukum internasional pada umumnya dan subjek hukum internasional pada khususnya di atas maka secara mudah dapat dirumuskan apa yang dimaksud dengan subjek hukum internasional. Subjek hukum internasional adalah pemegang dan pendukung hak dan kewajiban hukum internasional. Dengan perkataan lain, setiap pendukung atau pemegang hak dan kewajiban internasional (termasuk di dalamnya pribadi hukum dan badan hukum nasional) adalah subjek hukum internasional. Kemudian siapa saja yang diakui sebagai subjek hukum internasional. Ada beberapa pendapat pakar hukum internasional di bawah ini:

- a. Menurut Mochtar Kusumaatmadja, subjek hukum internasional ada 6¹⁴⁰ :
 1. Negara
 2. Tahta Suci
 3. Palang Merah Internasional
 4. Organisasi Internasional
 5. Orang perorangan (individu)
 6. Pemberontak dan pihak dalam sengketa

- b. Menurut J.G Starke, subjek hukum internasional ada 5¹⁴¹ :
 1. Lembaga-lembaga dan organisasi internasional
 2. Negara
 3. Individu-individu
 4. Bagian-bagian dari negara, wilaya-wilayah yang belum merdeka, protektorat-protektorat dan wilayah-wilayah yang dimasukan ke dalam lingkup beberapa konvensi.
 5. Para pemberontak (belligerent)

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*, hlm. 101.

¹⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 98-110.

¹⁴¹ J.G.Starke, *Op. Cit.*, hlm. 77.

- c. Lain hal menurut Rebecca M. Wallace yang menyebut subjek hukum internasional dengan istilah Kepribadian Internasional, menurutnya subjek hukum internasional ada 4¹⁴²:
1. Negara-negara
 2. Organisasi organisasi internasional
 3. Individu
 4. Kesatuan lain anomali-anomali (Tahta Suci).

Perbedaan jumlah subjek hukum internasional yang dikemukakan para pakar hukum internasional di atas menandakan bahwa hukum dan subjek hukum internasional senantiasa berubah secara dinamis dan sudah merupakan fakta yang tidak dapat disangkal lagi.

Menurut Bin Cheng¹⁴³ subjek internasional sebagai berikut:

"Subjects of international law, also known as international persons, are entities that are endowed with international legal personality, which is the capacity to bear rights and duties under the international legal system."

Subjek hukum internasional adalah pemegang (segala) hak dan kewajiban menurut hukum internasional.¹⁴⁴ Subyek hukum internasional meliputi:

- 1) Negara;
- 2) Organisasi Internasional;
- 3) Palang Merah Internasional;
- 4) Tahta Suci atau Vatikan;
- 5) Organisasi Pembebasan atau Bangsa-Bangsa yang sedang memperjuangkan hak-haknya;
- 6) Wilayah-wilayah Perwalian;
- 7) Kaum Belligerensi;
- 8) Individu.

B. Negara

Negara sebagai salah satu subyek internasional dan merupakan subyek hukum utama dari hukum internasional. Negara sebagai subyek hukum internasional baik ditinjau secara historis maupun secara faktual. Secara historis, yang pertama-tama merupakan subyek hukum internasional pada awal mula lahir dan pertumbuhan hukum internasional adalah negara. Peranan negara sebagai subyek hukum internasional lama-kelamaan juga semakin dominan oleh karena bagian terbesar dari hubungan-hubungan internasional yang dapat melahirkan prinsip-prinsip dan kaedah-kaedah

¹⁴² Rebecca M. Wallace, *Op. Cit.*, hlm. 62.

¹⁴³ Mohammed Bedjaoui (General Editor), *International Law: Achievements And Prospects*, UNESCO-Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1991, hlm. 23.

¹⁴⁴ Mochtar Kusumaatmadja & Ety R. Agoes, *Op.Cit.*, hlm. 97.

hukum internasional dilakukan oleh negara-negara. Unsur tradisional suatu Negara terdapat dalam Pasal 1 Montevideo (Pan American) Convention on Rights And Duties of State of 1933.¹⁴⁵ Pasal Tersebut Berbunyi sebagai berikut:

"The State as person of international law should posses the following qualification:

- a. A permanent population*
- b. A defined territory*
- c. A government; and*
- d. A capacity to enter into relations with other State."*

Unsur-unsur diatas juga dikemukakan oleh Oppenheim Lauterpacht¹⁴⁶. Berikut adalah uraian beliau tentang masing-masing unsur tersebut :

- a. *Harus ada rakyat*. Yang dimaksud dengan rakyat yaitu sekumpulan manusia dari kedua jenis kelamin yang hidup bersama sehingga merupakan suatu masyarakat, meskipun mereka ini mungkin berasal dari keturunan yang berlainan, menganut kepercayaan yang berlainan ataupun memiliki kulit yang berlainan. Syarat penting untuk unsur ini yaitu bahwa masyarakat ini harus terorganisasi dengan baik (*organised population*). Sebab sulit dibayangkan, suatu negara dengan pemerintahan yang terorganisasi dengan baik "hidup" berdampingan dengan masyarakat *disorganised*.
- b. *Harus ada daerah*, dimana rakyat tersebut menetap. Rakyat yang hidup berkeliaran dari suatu daerah ke daerah lain (*a wandering people*) bukan termasuk negara, tetapi tidak penting apakah daerah yang didiami secara tetap itu besar atau kecil, dapat juga hanya terdiri dari satu kota saja, sebagaimana halnya dengan negara kota. Tidak dipersoalkan pula apakah seluruh wilayah tersebut dihuni atau tidak.
- c. *Harus ada pemerintah*, yaitu seorang atau beberapa orang yang mewakili rakyat, dan memerintah menurut hukum negerinya. Suatu masyarakat yang anarchitis bukan termasuk negara. Dalam salah satu tulisannya, Lauterpacht menyatakan bahwa adanya unsur ini, yaitu pemerintah, merupakan syarat utama untuk adanya suatu negara. Jika pemerintah tersebut ternyata kemudian secara hukum atau secara faktanya menjadi negara boneka atau negara satelit dari suatu negara lainnya, maka negara tersebut tidak dapat digolongkan sebagai negara.
- d. *Kemampuan untuk mengadakan hubungan dengan negara lain*. Oppenheim-Lauterpacht menggunakan kalimat lain untuk unsur keempat ini, yaitu dengan menggunakan kalimat "pemerintah itu harus berdaulat" (*sovereign*). Yang dimaksud dengan pemerintah yang berdaulat yaitu kekuasaan yang tertinggi

¹⁴⁵ Huala Adolf, *Aspek Aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, Edisi Revisi, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm. 2.

¹⁴⁶ Oppenheim-Lauterpacht, *International Law: A Treatise*, vol 1 : Peace, edisi ke-8, Longmans, 1976, hlm. 118; sebagaimana dikutip dari Huala Adolf, *op.cit.*, hlm.3-7.

yang merdeka dari pengaruh suatu kekuasaan lain di muka bumi. Kedaulatan dalam arti sempit berarti kemerdekaan sepenuhnya, baik ke dalam maupun ke luar batas-batas negeri.

C. Organisasi Internasional

Organisasi internasional atau organisasi antar pemerintah merupakan subjek hukum internasional setelah negara. Negara-negara sebagai subjek asli hukum internasional yang mendirikan organisasi-organisasi internasional yang baru lahir lahir abad ke-19, tetapi cepat perkembangannya setelah berakhirnya Perang Dunia II.

Disamping Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) yang merupakan organisasi induk, terdapat 12 badan-badan khusus (*specialized agencies*) yaitu organisasi yang teknis yang bersifat universal beserta 7 badan terkait. Badan-badan khusus (*Specialized Agencies*) PBB waktu itu ialah: 1. *International Telecommunications Union* (ITU); 2. *Universal Postal Union* (UPU); 3. *International Labor Organization* (ILO); 4. *International Bank for Reconstruction and Development (World Bank)*; 5. *International Monetary Fund* (IMF); 6. *Food and Agriculture Organization* (FAO); 7. *International Aviation Organization* (ICAO); 8. *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (UNESCO); 9. *World Health Organization* (WHO); 10. *World Meteorological Organization* (WMO); 11. *International Maritime Consultative Organization* (IMCO); dan 12. *International Atomic Energy Authority* (IAEA).¹⁴⁷

Disamping itu, berkembang pula organisasi-organisasi universal diluar kerangka organisasi dunia bersamaan dengan pertumbuhan organisasi-organisasi regional. Sekarang ini, terdapat lebih dari 350 organisasi internasional baik yang bersifat universal, antar kontinen maupun organisasi regional.¹⁴⁸ Beberapa faktor yang menyebabkan organisasi-organisasi antar pemerintah berkembang cepat, yaitu¹⁴⁹:

- 1) Meningkatnya kesadaran para pemimpin negara bahwa kerja sama antar negara berguna untuk meghindarkan terjadinya perang dunia kembali yang telah mengakibatkan banyak korban harta dan manusia. Mereka menyadari bahwa masalah internasional merupakan potensi yang destruktif bagi keamanan dunia.
- 2) Pertumbuhan organisasi-organisasi internasional sebagai akibat kemajuan komunikasi dan transportasi yang cepat. Kecanggihan system transportasi dan komunikasi telah mendorong negara-negara unukmeningkatkan kerjasama dalam menyelesaikan masalah yang merupakan kepentingan bersama melalui berbagai lembaga internasional.
- 3) Penyelesaian masalah-masalah humaniter juga merupakan dorongan bagi pembentukan organisasi internasional. Kemiskinan, ketebelakangan,

¹⁴⁷ Mochtar Kusumaatmadja & Ety R. Agoes, *Op.Cit.*, hlm. 103.

¹⁴⁸ Boer Mauna, *Hukum Internasional*, Cetakan Kelima, PT Alumni, Bandung, 2013, hlm. 52.

¹⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 53.

kelaparan dan penyakit yang bersifat global dan apat mengancam perdamaian dunia, terutama dinegara-negara miskin. Organisasi internasional diperlukan khususnya menangani masalah-masalah tersebut.

Organisasi-organisasi internasional yang didirikan untuk mengelola *international public services*, baik bersifat regional maupun universal mempunyai arti penting dari segi hukum internasional. Dengan memiliki personalitas yuridik tersendiri, bebas dari personalitas negara-negara yang mendirikannya, organisasi-organisasi internasional ini telah menjadi sumber otonomi hukum internasional.¹⁵⁰

Organisasi-organisasi non pemerintah atau non-governmental organization (NGO's) adalah lembaga yang didirikan atas prakarsa lembaga swasta yang berasal dari berbagai kewarganegaraan tanpa memiliki tujuan lukratif. Sasaran NGO's ialah untuk melunakkan, mempengaruhi ataupun mengubah kebijakan subjek-subjek hukum internasional melalui kegiatan ke banyak negara.¹⁵¹ Ruang lingkup NGO's diantaranya¹⁵²:

- 1) Hukum humaniter seperti ICRC, *Amnesty International* ataupun dewan-dewan gereja.
- 2) Bidang politik seperti Federasi Sosialis, Komunis, Liberal dan lain-lain.
- 3) Bidang ilmu pengetahuan seperti *Institute of International Law Association*, Gerakan Pugwash yang memainkan peranan dalam definisi doktrin strategis Amerika Serikat pada awal tahun 1960-an.
- 4) Bidang ekonomi dan sosial seperti federasi-federasi buruh dan asosiasi profesional.
- 5) Bidang olah raga seperti Komite Olimpiade Internasional.
- 6) Bidang ekologi seperti *Greenpeace*.¹⁵³

Terdapat NGO's yang mempunyai kebebasan total dan melakukan perundingan langsung dengan pemerintah dan NGO's yang berperan sebagai *international public services*, yaitu ICRC yang mendapat kepercayaan dari Dewan Keamanan PBB dalam pelaksanaan kegiatan-kegiatan humaniter sehubungan dengan embargo yang dikenakan kepada Irak atau dalam pengumpulan informasi pelanggaran hukum humaniter di negara bekas Yugoslavia. Diantara NGO's ada yang mempunyai wewenang normatif dengan merumuskan hukum professional seperti yang dibuat oleh IATA, Palang Merah, atau federasi-federasi olah raga, NGO's tersebut dalam kenyataannya baik secara langsung atau tidak ikut dalam merumuskan norma-norma hukum internasional. NGO's lebih banyak berperan sebagai kekuatan transnasional atau *international pressure group* dan bukan merupakan subjek hukum internasional yang mempunyai kantor pusat dan mengadakan kegiatan di Amerika Serikat dan Eropa, serta masih sedikit di negara

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*, hlm. 54.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*, hlm. 54.

berkembang. Sehingga NGO's secara yuridik berbentuk himpunan, tunduk pada hukum nasional dan tidak secara langsung diatur oleh hukum internasional.¹⁵⁴

D. Tahta Suci

Tahta suci Vatikan merupakan suatu subjek hukum internasional sejak dahulu disamping negara. Hal ini merupakan peninggalan-peninggalan (atau kelanjutan) sejarah sejak zaman dahulu ketika Paus bukan hanya kepala Gereja Roma, tetapi juga memiliki kekuasaan duniawi. Hingga sekarang tahta suci mempunyai perwakilan diplomatik hampir di seluruh dunia termasuk Indonesia. hal terpenting dari perwakilan tersebut adalah sejajar kedudukannya dengan wakil diplomatik negara-negara lain. Tahta suci merupakan suatu hukum dalam arti penuh dan sejajar kedudukannya dengan negara. Hal ini terjadi terutama setelah diadakannya perjanjian antara Italia dengan Tahta Suci pada tanggal 11 Februari 1929 (*Lateran Treaty*) yang mengembalikan sebidang tanah di Roma kepada tahta suci dan memungkinkan untuk didirikannya negara Vatikan, yang dengan perjanjian itu sekaligus dibentuk dan diakui.¹⁵⁵

Vatikan adalah subjek hukum internasional karena diakui oleh negara-negara di dunia dan menjadi pihak pada perjanjian-perjanjian internasional and anggota pada beberapa organisasi internasional. Negara yang pertama mengakui Vatikan sebagai subjek hukum internasional adalah Italia melalui **Pakta Lateran** yang ditandatangani pada 1929, yang secara historis Pakta Lateran juga menjadi dasar berdirinya negara kota Vatikan (*Vatican city state*). Dalam hubungan internasional negara Vatikan dikenal juga dengan nama "**Tahta Suci**".

Dasar lain yang menjadikan Tahta Suci (*Holy See*) sebagai subjek hukum internasional adalah dengan mengacu juga kepada **Konvensi Montevideo 1933** yang mana Vatikan merupakan pihak dan memenuhi ketentuan-ketentuan pada Konvensi tersebut. Ketentuan-ketentuan tersebut antara lain:

1. memiliki populasi permanen yang secara faktual penduduk tetap Vatikan adalah 800 orang,
2. memiliki suatu wilayah tertentu yang dalam hal ini Tahta Suci terletak di atas lahan seluas 44 hektar / 0,44 Kilometer yang terletak di tengah-tengah Kota Roma, Italia,
3. terdapat suatu bentuk pemerintahan yang dalam hal ini bentuk negara Vatikan adalah **Monarki Absolut** yang dikepalai oleh seorang Paus (kepala negara) yang memiliki kekuasaan absolut atas kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif,
4. serta memiliki kapasitas untuk terlibat dalam hubungan internasional dengan negara lain, dalam hal ini selain Vatikan adalah pihak pada perjanjian-perjanjian internasional seperti "*The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*" dan "*Vienna Convention on Diplomatic Relations*" Selain itu Vatikan adalah anggota

¹⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 55.

¹⁵⁵ Mochtar Kusumaatmadja & Etty R. Agoes, *Op.Cit.*, hlm. 100.

pada organisasi-organisasi internasional seperti *World Organization of Intellectual Properties* (WOIP) dan UNESCO. Vatikan juga memiliki hubungan diplomatik dengan negara-negara di dunia, sebagai contoh Indonesia yang memiliki perwakilan diplomatik khusus untuk Vatikan begitu juga Vatikan terhadap Indonesia.

E. Palang Merah Internasional

Palang merah Internasional yang berkedudukan di Jenewa. Organisasi ini sebagai suatu subjek hukum (yang terbatas) lahir karena sejarah walaupun kemudian kedudukannya (status) diperkuat dalam perjanjian dan kemudian Konvensi-konvensi Palang Merah (sekarang Konvensi Jenewa tahun 1949 tentang Perlindungan Korban Perang). Sekarang Palang Merah Internasional secara umum diakui sebagai organisasi internasional yang memiliki kedudukan sebagai subjek hukum internasional walaupun dengan ruang lingkup yang sangat terbatas.¹⁵⁶

F. Orang Perorang (individu)

Individu sebagai subyek hukum internasional tidak hanya dapat mengajukan tuntutan ke pengadilan, melainkan juga sebagai pihak yang dapat dituntut atas dasar telah melakukan perbuatan melanggar hukum internasional. Hal ini sesuai dengan yang dikemukakan oleh Chairul Anwar sebagai berikut:

Tetapi walaupun pada umumnya negaralah yang dipandang sebagai pengemban hak dan kewajiban dalam hukum internasional, kadang-kadang individu pun dapat dipandang sebagai subyek hukum internasional dalam berbagai hal. Perompak-perompak telah lama dikenal melakukan kejahatan terhadap hukum internasional dan dapat dihukum oleh negara manapun.¹⁵⁷

Individu dapat dijadikan pihak untuk diajukan pada pengadilan atas dasar pelanggaran hukum internasional semakin banyak terjadi setelah Perang Dunia II sebagai pihak yang melakukan kejahatan perang, melakukan kejahatan terhadap perdamaian, hukum perang dan perikemanusiaan, sesuai dengan yang dikemukakan oleh Chairul Anwar sebagai berikut: "Sesudah Perang Dunia II, penjahat-penjahat perang dari negara-negara Poros dituntut dan diadili oleh Mahkamah Militer Internasional, berdasarkan alasan bahwa mereka telah melakukan kejahatan terhadap perdamaian, hukum perang dan kemanusiaan dan pelanggaran terhadap hukum internasional".¹⁵⁸ Negara-negara poros yang dimaksud yaitu negara-negara yang terlibat secara langsung dalam suatu pertikaian dalam hal ini Italia, Jepang, Jerman. Terhadap pelaku kejahatan perang ini, yang berwenang untuk mengadilinya yaitu Mahkamah Militer Internasional yang berkedudukan di Nurenburg yang dibentuk oleh sekutu. Di antaranya Laksamana Doentitz dari Jerman, Jenderal Yamashita dari Jepang. Apabila

¹⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 101.

¹⁵⁷ Chairul Anwar, *Hukum Internasional, Pengantar Hukum Bangsa Bangsa*, Djambatan, Jakarta, 1989, hlm. 92.

¹⁵⁸ *Ibid.*

memperhatikan hal di atas nampak terlihat bahwa individu-individu dapat diminta pertanggungjawaban atas dasar pelanggaran hukum internasional. Pertanggungjawaban dibebankan kepada individu yang melakukan perbuatan melanggar hukum internasional ini dengan pertimbangan bahwa kejahatan-kejahatan terhadap hukum internasional banyak dilakukan oleh individu-individu, sehingga dengan menghukum individu tersebut, ketentuan-ketentuan hukum internasional dapat dilaksanakan.

Pengakuan atas hak-hak dan kewajiban-kewajiban asasi manusia lebih memperoleh perhatian setelah dirumuskan secara tegas hak-hak asasi dan kewajiban-kewajiban¹⁵⁹ asasi manusia dalam bentuk deklarasi-deklarasi. Dalam arti yang terbatas orang perorangan sudah agak lama dapat dianggap sebagai subjek hukum internasional. Dalam perjanjian Perdamaian Versailles tahun 1919 yang mengakhiri perang Dunia I antara Jerman dengan Inggris dan Perancis, dengan masing-masing sekutunya, sudah terdapat pasal-pasal yang memungkinkan orang perorangan mengajukan perkara ke hadapan Mahkamah Arbitrase Internasional, sehingga dengan demikian sudah ditinggalkan dalil lama bahwa hanya negara yang bisa menjadi pihak di hadapan suatu peradilan internasional. Ketentuan yang serupa terdapat dalam perjanjian antara Jerman dan Polandia tahun 1922 mengenai Silesia Atas (*Upper Silesia*). Perkembangan pengertian individu sebagai subjek hukum internasional dari beberapa ketentuan di atas yang bertujuan melindungi hak minoritas, ialah keputusan Mahkamah Internasional Permanen (Permanent Court of International Justice) dalam perkara yang menyangkut pegawai kereta api Danzig (Danzig Railway Official's Case). Dalam perkara ini diputuskan oleh Mahkamah bahwa apabila suatu perjanjian internasional memberikan hak tertentu kepada orang perorangan, hak itu harus diakui dan mempunyai daya laku dalam hukum internasional, artinya diakui oleh suatu badan peradilan internasional. Karena sifat yang umum dari diktum Mahkamah, keputusan tersebut memperkuat arah perkembangan pemberian hak kepada individu dalam perjanjian internasional yang dimulai dalam perjanjian tersebut.¹⁶⁰

Tahap penting berikut dalam perkembangan ini ialah penuntutan penjahat-penjahat perang di hadapan mahkamah internasional yang khusus diadakan oleh negara-negara sekutu yang telah menang dalam perang.¹⁶¹ Pemusnahan secara teratur terhadap suatu golongan bangsa dan dan kejahatan perang tersebut diakui sebagai tindakan dimana individu dapat dimintai tanggung jawab sebagai subjek hukum internasional sebagai mana dalam keputusan Pengadilan Internasional di Nuremberg¹⁶²:

"Kejahatan yang melawan hukum internasional dilakukan oleh manusia, bukan oleh kesatuan lahir yang abstrak, dan hanya dengan menghukum individu-individu

¹⁵⁹ Rebecca M. Wallace, *Op. Cit.*, hlm. 77.

¹⁶⁰ Mochtar Kusumaatmadja & Etty R. Agoes, *Op.Cit.*, hlm. 104

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Rebecca M. Wallace, *Op. Cit.*, hlm. 77.

yang melakukan kejahatan demikian itulah ketetapan-ketetapan hukum internasional dapat dikuatkan”.

Asas hukum yang berhubungan dalam peradilan Nurnberg dan Tokyo ini kemudian dituangkan kedalam *UN Draft Code of Offences against The Peace and Security of Mankind* yang disusun oleh *Intemasional Law Commission*. Perkembangan untuk meletakkan tanggung jawab langsung atas pelanggaran hukum intemasional dikukuhkan dalam *Genocide Convention* (Konvensi tentang Pembunuhan Massal Manusia) yang telah diterima oleh Sidang Umum PBB pada tanggal 9 Desember 1948).¹⁶³

Perkembangan ini yang didasarkan atas berbagai ketentuan dalam Piagam PBB telah mencapai taraf yang paling maju di Eropa yang sejak tahun 1958 telah mengenal suatu *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Sebagai pelaksanaan maka telah dibentuk Komisi Eropa tentang Hak Asasi Manusia (*European Commission on Human Rights*) yang mempunyai wewenang mengadakan pengusutan terhadap berbagai pelanggaran hak asasi manusia oleh anggotanya yang melaporkannya. Juga telah didirikan suatu Mahkamah Eropa tentang Hak-hak Asasi Manusia (*European Court of Human Rights*) yang telah mulai memeriksa perkara-perkara dalam tahun 1959.¹⁶⁴ Sistem jaminan hak (asasi) individu yang disediakan oleh Konvensi Eropa di atas sangat menarik perhatian dari sudut status individu dalam hukum internasional. Pada satu pihak jangkauannya sangat jauh karena individu dapat mengadakan negaranya sendiri sekalipun di hadapan Mahkamah Eropa, yang berarti bahwa suatu negara harus mempertanggungjawabkan tindakannya terhadap warga negaranya sendiri di hadapan suatu pengadilan internasional. Namun, di pihak lain Konvensi Eropa menentukan bahwa individu tidak dapat langsung mengajukan gugatannya, melainkan harus melakukannya melalui negaranya atau melalui Komisi Eropa.¹⁶⁵

G. Pemberontak (*belligerent*)

Menurut hukum perang, pemberontak dapat memperoleh kedudukan dan hak sebagai pihak yang bersengketa (*belligerent*) dalam beberapa keadaan tertentu. Perkembangan baru yang walaupun mirip dengan pengakuan status pihak yang bersengketa dalam perang, memiliki ciri lain yang khas, yakni pengakuan terhadap gerakan pembebasan seperti Gerakan Pembebasan Palestina (PLO).¹⁶⁶ Pengakuan gerakan pembebasan yang demikian merupakan penjelmaan dari suatu konsepsi baru yang terutama dianut oleh negara-negara dunia ke tiga yang didasarkan atas pengertian bahwa bangsa-bangsa (*peoples*) dianggap mempunyai beberapa hak asasi seperti (1) hak menentukan nasib sendiri; (2) hak secara bebas memilih sistem ekonomi, politik dan sosial sendiri dan (3) hak menguasai sumber

¹⁶³ Mochtar Kusumaatmadja & Etty R. Agoes, *Op.Cit.*, hlm. 107.

¹⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 108.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*, hlm. 110.

kekayaan alam dari wilayah yang didudukinya.¹⁶⁷ Walaupun pada prinsipnya konsepsi demikian sebagai konsekuensi dari perjuangan antikolonialisme dapat diterima bahwa patut mendapat dukungan sepenuhnya, persoalannya menjadi sulit apabila penjajahan telah lenyap dari dunia dan semua bangsa telah menjelma menjadi negara yang merdeka.¹⁶⁸

Dalam hukum internasional masa kini, jumlah subjek hukum internasional yang bukan negara telah bertambah dan substansi hukum internasional semakin banyak memperhatikan hak dan kepentingan orang perorangan dan mengatur hubungan (hukum) yang mencakup subjek hukum bukan negara. Semuanya ini merupakan penjelmaan dari masyarakat internasional yang sedang mengalami suatu proses perkembangan dan perubahan. Hukum internasional untuk sebagian besar masih mengatur hubungan antar negara dan munculnya individu dan satuan badan hukum lainnya bukan negara sebagai subjek hukum internasional masih dapat dianggap sebagai suatu pengecualian.¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 110-111.

¹⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 111-112.

KEDAULATAN TERITORIAL DAN KEDAULATAN NEGARA

A. Konsep Wilayah

Pada masa bangsa Eropa berlayar memulai mencari daerah baru, penemuan wilayah atau daerah baru menjadi hak yang superior bagi bangsa penemu, hanya saja pendudukan secara efektif diperlukan untuk menandakan bahwa wilayah tersebut telah dibawah kekuasaannya.

Wilayah merupakan atribut yang nyata dari suatu negara dan dalam wilayah geografis tertentu yang ditempatinya, suatu negara menikmati dan melaksanakan kedaulatannya. Kedaulatan teritorial dapat didefinisikan sebagai hak untuk bertindak di wilayahnya dengan mengecualikan negara lain, fungsi-fungsi suatu negara.¹⁷⁰ Kedaulatan teritorial suatu negara meliputi wilayah yang ditentukan tanah, air dan isinya, perairan laut serta ruang udara melalui cara menentukan hak atas wilayah yang ditetapkan berdasarkan hukum internasional.

Kedaulatan teritorial adalah kedaulatan yang dimiliki oleh suatu negara dalam melaksanakan yurisdiksi eksklusif diwilayahnya. Di dalam wilayah inilah negara memiliki wewenang untuk melaksanakan hukum nasionalnya.¹⁷¹ Ini berarti semua orang yang berada disuatu wilayahnya pada prinsipnya tunduk kepada kekuasaan hukum dari negara yang memiliki wilayah tersebut. hal ini sesuai dengan adagium "*Qui in territorio meo est, etiam meus subditus est*" (jika seseorang berada diwilayah saya, maka ia juga tunduk pada saya).¹⁷² Ray August¹⁷³

¹⁷⁰ Pendapat Hakim Max Huber dalam *Island of Palmas Case*, Permanent Court of Arbitration, 1928. Sebagaimana dikutip dalam Rebecca M.M. Wallace, *Hukum Internasional*, Bambang Arumanadi (Penerjemah), IKIP Semarang Press, Semarang, 1993. hlm. 95.

¹⁷¹ Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd ed, Holt, Rinehart and Winston, Inc, New York-Chicago-Toronto-London, 1967, hlm. 308. Lihat juga dalam Huala Adolf, *Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, Edisi Revisi, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2002. hlm. 3.

¹⁷² Hans Kelsen, *op.cit.*, hlm. 318, Lihat juga dalam Huala Adolf, *loc.cit.*

¹⁷³ Ray August, *Public International Law (Text, Cases, and Readings)*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1995. hlm. 113.

berpendapat bahwa kedaulatan teritorial adalah *the right of government to exclusively exercise its powers within a particular territory* (hak pemerintah secara eksklusif dalam melaksanakan kekuasaannya pada wilayahnya).

Kedaulatan Teritorial suatu negara mencakup tiga dimensi yang terdiri dari tanah atau daratan, lautan atau perairan lainnya dan udara. Berdasarkan segi wilayah, hukum mengenal 4 (empat) bentuk rezim pengaturan. Yaitu¹⁷⁴:

- a. Kedaulatan teritorial
- b. Wilayah yang tidak berada di bawah kedaulatan negara lain dan memiliki status tersendiri (misalnya wilayah mandat atau *trust*),
- c. *Res nullius*, yaitu wilayah yang tidak dimiliki atau tidak berada dalam kedaulatan suatu negara
- d. *Res Communis*, yaitu wilayah yang tidak dapat berada di bawah suatu kedaulatan tertentu (*no-State's land*). Misalnya laut lepas, ruang angkasa, dan dasar samudera dalam.

B. Kedaulatan Negara

Menurut sejarah asal kata kedaulatan, berasal dalam bahasa Inggris dikenal dengan istilah "*sovereignty*" dan bahasa Latin "*superanus*" berarti yang teratas. Negara dikatakan berdaulat atau *sovereign* karena kedaulatan merupakan suatu sifat dari ciri hakiki dari pada negara. Bahwa negara berdaulat itu, dimaksudkan negara mempunyai kekuasaan tertinggi.¹⁷⁵ Menurut Black's Law Dictionary,¹⁷⁶ kata kedaulatan berarti 1. *Supreme dominion, authority, or rule*; 2. *the supreme political authority of an independent state*; 3. *the state its self*. Kedaulatan eksternal adalah *the power of dealing on nation's behalf with other national governments*. Kedaulatan internal adalah *the power that rulers exercise over their own subjects*. Sedangkan kedaulatan negara adalah :

"A state that possesses an independent existence, being complete in it self, without being merely part of a larger whole to whose government it is subject; a political community whose members are bound together by the tie of common subjection to some central authority, whose commands those member must obey."

Kedaulatan merupakan prinsip hukum yang berlaku pada entitas, teridentifikasi secara murni merupakan pengakuan tindakan politik. Oppenheim¹⁷⁷ berpandangan adalah *"sovereignty was a legal principle applying to entities identified by the purely political act of recognition."*

Kedaulatan negara secara internal berdasarkan faktanya kedaulatan negara adalah mutlak mempunyai kekuasaan yang tertinggi, hal tersebut tidak ada

¹⁷⁴ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 114-115.

¹⁷⁵ Mochtar Kusumaatmadja & Eddy R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, PT. Alumni, Bandung, 2003, hlm. 16.

¹⁷⁶ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 7th ed, Dallas Texas, 1999, hlm. 1401.

¹⁷⁷ James Crawford, *the Creation of State in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, hlm. 88.

kekuasaan lain baik itu dari atas secara hirarki maupun dari samping yang sifatnya sejajar; sedangkan kedaulatan negara secara eksternal adalah faktanya negara merdeka secara hukum dan negara lain harus mengakui sebagai persamaan atau kesetaraan. menurut Alf Ross¹⁷⁸ dilihat secara internal dan eksternal yaitu sebagai berikut:

"...internally by fact that the state is absolutely the highest ruling power which does not know of any other power by its side or above itself; externally by the fact that the state is legally independent of other states even though it must recognise these as its equals."

1. Perkembangan Kedaulatan Negara

Menurut Jean Bodin kedaulatan merupakan kekuasaan mutlak dan abadi dari negara yang tidak terbatas dan tidak dapat dibagi-bagi. Pada abad ke-18 kedaulatan berkembang menjadi dua paham yang berbeda, disatu pihak masih tetap menganggap kedaulatan itu harus utuh (paham monisme kedaulatan), sedangkan di lain pihak, muncul dan berkembang pula satu pandangan yang menganggap bahwa kedaulatan itu disamping tetap harus merupakan ciri hakiki dari suatu negara yang tidak boleh hilang, akan tetapi kedaulatan itu sendiri dalam pelaksanaannya akan dibatasi oleh aturan-aturan yang berlaku dalam hubungan antar negara (paham kedaulatan pluralisme kedaulatan).¹⁷⁹ Karena kedaulatan tidak bisa dibagi-bagi. Kedaulatan memang bisa dipegang oleh sejumlah orang atau masyarakat, namun ia tidak bisa dibagi atau tidak bisa didistribusikan di antara beberapa organ terpisah tanpa menghilangkan atau menghancurkan kedaulatan itu sendiri.¹⁸⁰

Jean Bodin berpendapat bahwa kedaulatan memberikan hak untuk bisa melakukan apapun dan kapanpun, untuk hanya bertanggung jawab kepada Tuhan.¹⁸¹ Lebih lanjut Jean Bodin mengemukakan, negara merupakan perwujudan dari usaha untuk menertibkan kehidupan bersama manusia. Kehidupan bersama yang tertib itu hanya mungkin jika didasarkan atas akal serta kaidah-kaidah kerjanya (logik). Tujuan dari negara pada dasarnya keadilan. Karena itu keadilan merupakan tolok ukur dari kekuasaan. Artinya kekuasaan akan kehilangan legitimasinya, jika dia tidak menghasilkan keadilan. Hal ini terlihat bahwa sekalipun berdasarkan pada kedaulatan sebagai kekuasaan yang tertinggi, akan tetapi gagasan tentang keadilan mulai kembali menempati posisi utama dalam pemikiran mengenai cita-cita negara.¹⁸²

¹⁷⁸ Alf Ross, *a Textbook of International Law (General Part)*, Longmans, Green and CO, 1947, hlm. 35.

¹⁷⁹ Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Imunitas Kedaulatan Negara Di Forum Pengadilan Asing*, Alumni, Bandung, 1999, hlm. 13.

¹⁸⁰ Carl Joahim Friedrich, *Filsafat Hukum (Perspektif Historis)*, Raisul Muttaqien (Penerjemah), Nuansa & Nusamedia, Bandung, 2004, hlm. 74.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Budiono Kusumohamidjojo, *Filsafat Hukum (Problematik Ketertiban Yang Adil)*, Grasindo, Jakarta, 2004, hlm. 67.

Maka dengan demikian tidak terdapat kedaulatan mutlak, melainkan kedaulatan terbatas baik di dalam maupun di luar wilayah negara; atau istilah hukum dewasa ini adalah suatu kedaulatan yang dibatasi oleh hak asasi manusia dan oleh hukum yang berlaku dalam pergaulan antar negara-negara (hukum antar negara).¹⁸³

Menurut Theo Huijbers¹⁸⁴ menyatakan bahwa : “kedaulatan negara sebagai sumber hukum, tidak mutlak ... bahwa kedaulatan dalam arti yuridis ada pada negara”. Michael Akehurst berpendapat tentang kedaulatan negara bahwa¹⁸⁵:

“...by a shift of meaning, the word came to be used to describe, not only the relationship of superior to his inferior within a state (internal sovereignty), but also the relationship of the ruler or of the state itself towards other state (external sovereignty)”.

Kedaulatan negara tidak hanya terletak pada hubungan yang tertinggi dengan yang dibawahnya dalam suatu negara, dengan maksud hubungan tersebut antara pemerintah dan rakyatnya, akan tetapi juga ada aturan hubungan kedaulatan negara terhadap negara lain.

2. Ruang Lingkup Kedaulatan Negara

Menurut asal katanya kedaulatan memang berarti kekuasaan tertinggi. Ruang berlakunya kekuasaan tertinggi ini dibatasi oleh batas-batas wilayah negara itu, artinya suatu negara hanya memiliki kekuasaan tertinggi di dalam batas-batas wilayahnya. Lebih lanjut Mochtar Kusumaatmadja¹⁸⁶ menyatakan bahwa kedaulatan sebagai kekuasaan tertinggi mengandung dua pembatasan penting dalam dirinya yaitu:

1. Kekuasaan itu terbatas pada batas wilayah negara yang memiliki kekuasaan itu dan;
2. Kekuasaan itu berakhir di mana kekuasaan suatu negara lain mulai.

Salah satu sendi kemerdekaan negara adalah hak memiliki kedaulatan intern maupun ekstern dan memiliki persamaan hak diantara sesamanya dalam kedaulatan ini dan dalam hak-hak negara lainnya. Kedaulatan intern adalah hak negara untuk melaksanakan kedaulatan terhadap warga negaranya, sedangkan yang dimaksud dengan kedaulatan ekstern ialah bahwa negara tersebut tidak tunduk kepada kekuasaan negara lain (asing).¹⁸⁷

¹⁸³ Sjachran Basah, *Ilmu Negara (Pengantar, Metode, dan Sejarah Perkembangan)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, hlm. 164.

¹⁸⁴ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Cetakan ketiga, Yayasan Kanisius, Yogyakarta, 1995, hlm. 113.

¹⁸⁵ Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, George Allen And UNWIN Ltd, London, 1970, hlm. 26. Lihat juga dalam Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed. Routledge, London & New York, 1997, hlm. 17.

¹⁸⁶ Mochtar Kusumaatmadja & Etty R. Agoes, *op.cit.*, hlm. 18.

¹⁸⁷ Subhi Mahmassāni, *Konsep Dasar hak-Hak Asasi Manusia (Studi Perbandingan Dalam Syariat Islam Dan Perundang-undangan Modern)*, Hasanuddin (penerjemah), Tintamas Indonesia, Jakarta, hlm. 56.

Sumaryo Suryokusumo¹⁸⁸ menyatakan bahwa sebagai negara berdaulat ia mempunyai kemampuan hukum (*legal capacity*) untuk mengadakan tindakan dan kepribadian (*personality*) internasional sepenuhnya. Dengan demikian negara dapat mengambil tindakan apapun yang menurut pendapatnya adalah layak, selama tidak bertentangan dengan hukum internasional terutama tindakan untuk tidak mencampuri hak-hak negara lain. Dengan pembatasan-pembatasan negara yang berdaulat mempunyai kebebasan sepenuhnya untuk berurusan dengan warga negaranya (*personal sovereignty*) dalam rangka memberikan perlindungan hukum dan terhadap wilayahnya (*territorial sovereignty*) dalam hal terjadinya ancaman dari pihak manapun baik dari dalam maupun dari luar.

Suatu negara dapat saja lahir dan hidup tetapi itu belum tentu berarti negara tersebut mempunyai kedaulatan. Kedaulatan adalah kekuasaan tertinggi yang dimiliki oleh suatu negara untuk secara bebas melakukan berbagai kegiatan sesuai dengan kepentingannya, kegiatan ini tidak boleh bertentangan dengan hukum internasional. Sesuai dengan konsep hukum internasional, kedaulatan memiliki tiga aspek utama : ekstern, intern dan teritorial, sebagai berikut¹⁸⁹ :

1. Aspek kedaulatan ekstern adalah hak bagi setiap negara untuk secara bebas menentukan hubungannya dengan berbagai negara atau kelompok-kelompok lain tanpa kekangan, tekanan atau pengawasan dari negara lain.
2. Aspek kedaulatan intern adalah hak atau wewenang eksklusif suatu negara untuk menentukan bentuk lembaga-lembaganya, cara kerja lembaga tersebut dan hak membuat Undang-Undang yang diinginkannya serta tindakan-tindakan untuk mematuhi.
3. Aspek kedaulatan teritorial adalah kekuasaan penuh dan eksklusif yang dimiliki oleh negara atas individu-individu dan benda-benda yang terdapat di wilayah tersebut.

Kedaulatan disini lebih mengutamakan kekuasaan eksklusif yang dimiliki negara tersebut dalam melaksanakan kebijakannya. Alf Ross¹⁹⁰ membagi hak-hak negara dalam kedaulatan internal dan eksternal. Kedaulatan internal disebutkan secara umum yaitu : hak untuk membuat organisasi politik sendiri, hak untuk membuat perundang-undangan dan pemerintahan sendiri. Kedua hal tersebut dalam kedaulatan internal sering diasumsikan sebagai "*supremacy territorial*" dan "*personal supremacy*".

Pengertian negara tidak dapat dipisahkan dari konsep sebagai suatu kesatuan geografis disertai kedaulatan dan yurisdiksinya masing-masing. Dengan demikian, wilayah negara menjadi konsep yang paling mendasar (*fundamental*) dalam hukum internasional untuk menunjukkan adanya kekuasaan tertinggi dan

¹⁸⁸ Sumaryo Suryokusumo, *Studi Kasus Hukum Internasional*, Tatanusa, Jakarta, 2007. hlm. 58.

¹⁸⁹ Boer Moena, *Hukum Internasional (Pengertian, peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global)*, Edisi ke 2, PT.Alumni, Bandung, 2005, hlm. 24.

¹⁹⁰ Alf Ross, *loc.cit.*

eksklusif negara dalam batas-batas wilayahnya. Sehingga esensi kedaulatan terletak pada kondisi faktual maupun legal sehingga suatu wilayah dapat dianggap berada dibawah kedaulatan suatu negara tertentu.¹⁹¹

3. Kemerdekaan Nasional Sebagai Hak Negara

Hak dasar suatu negara adalah hak atas kemerdekaan. Bilamana dalam kenyataan kemerdekaan telah dimiliki oleh suatu negara, ini berarti bahwa eksistensi negara tersebut telah menjadi kenyataan. Oleh karena itu, bahwa realisasi hak dasar atas kemerdekaan oleh suatu negara tertentu berarti juga telah direalisirnya hak dasar untuk eksis atau hidup sebagai anggota masyarakat internasional. Terealisirnya hak dasar atas kemerdekaan, tercakup juga didalamnya kemerdekaan negara yang berupa bebas dari kekuasaan negara lain, bebas bertindak keluar (*external independence*) dan ke dalam (*internal independence*). Kemerdekaan keluar berarti bahwa negara mempunyai kebebasan untuk bertindak di luar batas wilayahnya untuk mengadakan hubungan dengan negara lain. Kemerdekaan kedalam, berarti bahwa negara mempunyai kebebasan untuk bertindak di dalam wilayahnya sendiri baik terhadap individu maupun terhadap harta benda atau barang. Kekuasaan tertinggi negara terhadap individu dan harta benda demikian itu disebut kedaulatan atas wilayah (*territorial sovereignty*) atau disebut dominium. Sedangkan kekuasaan tertinggi negara terhadap individu yang ada di luar wilayahnya dinamakan kedaulatan atas orang (*personal sovereignty*) atau imperium. Kedaulatan negara yang demikian itu bersumber pada hak dasar yang disebut juga wewenang otonomi eksistensial bangsa, yang adanya justru untuk merealisir bentuk kemasyarakatan manusia yang disebut negara.¹⁹² Sumaryo Suryokusumo juga menjelaskan bahwa kemerdekaan sesuatu negara bisa diartikan dalam dua pengertian yaitu kemerdekaan ke dalam dan kemerdekaan ke luar yaitu¹⁹³.

- Kemerdekaan ke dalam (*internal independence*) menyangkut dua aspek, yaitu kemerdekaan sesuatu negara yang berhubungan dengan kebebasan dari negara itu untuk mengurus masalah-masalah dalam negerinya dan masalah-masalah lainnya mengenai kebebasan yang dilakukannya dengan negara-negara lain. Kemerdekaan ke dalam ini melibatkan kekuasaan tertinggi dan yurisdiksi dari negara tersebut untuk mengontrol orang-orang atau kepemilikannya yang berada di wilayahnya.
- Kemerdekaan ke luar (*external independence*) menyangkut kekuasaan paling besar dari sesuatu negara untuk menentukan hubungan yang dikehendaki dengan negara lain tanpa campur tangan dari negara ketiga.

Kemerdekaan lebih diartikan bahwa suatu negara tidak lagi berada di bawah kekuasaan asing atau negara lain dan bebas untuk menentukan kebijakan

¹⁹¹ Mochtar Kusumaatmadja & Ety R. Agoes, *op.cit.*, hlm. 161-163.

¹⁹² M. Dimiyati Hartono, *Hukum Laut Internasional (Yurisdiksi Nasional Indonesia Sebagai Negara Nusantara)*, Binacipta, Bandung, 1983, hlm. 5.

¹⁹³ Sumaryo Suryokusumo, *op.cit.*, hlm 60-61.

dalam dan luar negerinya. Dengan mengakomodasi paham kedaulatan dalam arti yang terbatas, Mochtar Kusumatmadja¹⁹⁴ mengemukakan sebagai berikut:

“Suatu akibat paham kedaulatan dalam arti yang terbatas ini selain kemerdekaan (*independence*) juga paham persamaan derajat (*equality*). Artinya, bahwa negara-negara yang berdaulat itu selain masing-masing merdeka, artinya yang satu bebas dari yang lainnya.”

Bahwa yurisdiksi merupakan hal yang sangat erat hubungannya dengan konsepsi tentang kemerdekaan dan wilayah, sebagaimana D.P. O’Connell menyatakan bahwa ¹⁹⁵: “*It (jurisdiction) is intimately connected with the conception of independence and of territory*”. Hubungan kemerdekaan dengan yurisdiksi merupakan hal yang tidak dapat terbantahkan lagi. Karena dengan kemerdekaan nasional dan wilayah, mencakup kewenangan suatu negara untuk mengurus wilayah beserta penduduk di dalamnya melalui aturan hukum serta melakukan hubungan dengan negara lain.

C. Perbatasan Negara

Perbatasan adalah salah satu manifestasi yang terpenting dari kedaulatan territorial. Sejauh perbatasan itu secara tegas diakui dengan perjanjian atau diakui secara umum tanpa pernyataan yang tegas, maka perbatasan merupakan bagian dari suatu hak negara terhadap wilayah. Suatu perbatasan seringkali di definisikan sebagai garis imajiner diatas permukaan bumi, yang memisahkan wilayah satu negara dari negara lain.¹⁹⁶ Perbatasan suatu negara terdiri atas permukaan tanah (daratan), permukaan perairan (sungai dan lautan), hingga ruang udara di atasnya.

Dalam terminologi mengenai masalah perbatasan, terdapat suatu perbedaan yang ditetapkan secara tegas antara perbatasan alamiah dan buatan.¹⁹⁷ Perbatasan alamiah terdiri atas gunung-gunung, sungai-sungai, pesisir pantai, hutan-hutan, danau-danau dan gurun. Dimana hal tersebut membagi dua wilayah atau lebih. Tetapi yang lebih dipakai pengertian politis, istilah perbatasan alamiah memiliki suatu arti yang lebih penting, perbatasan alamiah menunjukkan garis yang ditentukan oleh alam, sampai garis mana suatu negara dianggap di perluas atau dibatasi dari, atau sebagai perlindungan terhadap negara lain. Perbatasan-perbatasan buatan terdiri dari tanda-tanda yang ditujukan untuk mengindikasikan garis perbatasan imajiner, atau parallel dengan garis bujur atau lintang. Untuk penetapan perbatasan di air seperti di sungai, maka dipergunakan dengan penarikan garis perbatasan melalui garis tengah (*median line*).¹⁹⁸ Sedangkan

¹⁹⁴ Mochtar Kusumaatmadja & Eddy R. Agoes, *op.cit.*, hlm. 19.

¹⁹⁵ D.P. O’ Connel, *International Law*, Volume II, Stevens & Sons Ltd. New York Ocean Publications U.S. 1965, hlm. 665. Sebagaimana dikutip oleh M. Dimiyati Hartono, *op.cit.*, hlm. 1.

¹⁹⁶ J.G. Starke, *Introduction to International Law*, 10th Ed, Butterwoths, London, 1989, hlm. 188.

¹⁹⁷ Lihat juga dalam Hans Kelsen, *op.cit.*, hlm, 312.

¹⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 190-191.

penarikan garis tengah untuk menentukan perbatasan ini dapat juga dipergunakan pada selat yang lebarnya tidak lebih dari 24 mil.

D. Perolehan (*Acquisition*) Wilayah Secara Tradisional

J.G. Starke menyatakan bahwa ada lima (5) cara tradisional yang pada umumnya diakui untuk memperoleh kedaulatan teritorial yaitu Okupasi (*occupation*), preskripsi (*prescription*), Penambahan (*accretion*) wilayah, penyerahan (*Cession*), dan penaklukan (*conquest*) atau aneksasi (*annexation*).¹⁹⁹

1. Okupasi (*Occupation*)

Okupasi (*Occupation*) atau pendudukan adalah pendudukan terhadap *terra nullius*, yaitu wilayah yang bukan dan sebelumnya pun belum pernah dimiliki oleh suatu negara ketika pendudukan terjadi. Konsep ini berasal dari hukum Romawi. Kata tersebut berasal dari kata "*Occupatio*" yang menurut hukum Romawi yang berarti pendudukan suatu *res nullius*, suatu benda yang tidak dimiliki oleh seseorang pun juga.²⁰⁰ Dewasa ini hanya sedikit wilayah di dunia yang termasuk kedalam wilayah *terra nullius*. Wilayah yang telah di okupasi ketika wilayah tersebut telah ditempati dan dibawah pengawasan efektif.²⁰¹

Pendudukan atau okupasi diberikan pada suatu negara hak asli atas suatu wilayah. Pendudukan merupakan cara mengukuhkan hak atas wilayah yang tidak ada yang memiliki atau tanpa kepemilikan (*terra nullius*). Pemukiman penduduk asli tidak menimbulkan konsekuensi dengan syarat oleh orang pribumi secara administratif yang tidak terorganisir dengan baik, sehingga mereka dapat dikatakan memiliki pemerintahan yang dapat diakui. Sebagaimana dalam Western Sahara Case, praktek negara-negara dalam akhir abad ke 19 menunjukkan²⁰²:

"...Bahwa wilayah-wilayah yang didiami oleh suku bangsa atau orang yang mempunyai organisasi sosial dan politik tidak dianggap sebagai *terra nullius*. Ini menunjukkan bahwa dalam kasus tersebut, perolehan kedaulatan umumnya tidak dianggap sebagai akibat unilateral melalui pendudukan *terra nullius* dengan *title* (alas hak) asli tetapi melalui persetujuan penguasa lokal... persetujuan yang demikian dengan penguasa lokal, dianggap sebagai akar hak derivatif, dan bukan hak asli yang diperoleh dengan pendudukan *terra nullius*."

Pendudukan mengandung dua unsur pokok yaitu: penemuan (*discovery*) atau penulis lainnya menggunakan istilah *taking of Possession*, dan pengawasan efektif (*effective control*). Hans Kelsen menyebutnya sebagai *administration*

¹⁹⁹ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 159.

²⁰⁰ R. C. Hingorani, *Modern International Law*, 2nd Ed, Oceana Publications, Inc, New York-london-Rome, 1984, hlm. 50. Lihat juga dalam Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 118.

²⁰¹ Michael Akehurst, *a Modern Introduction to International Law*, George Allen and Unwin Ltd. London, 1970, hlm. 184.

²⁰² Rebecca M.M. Wallace, *loc.cit.*

(pengaturan).²⁰³ Penemuan saja tidak memberikan *title* (alas Hak) kepada pihak yang menemukan wilayah tersebut. akan tetapi penemuan tersebut harus diikuti dengan pemberlakuan pengaturan yang efektif di wilayah itu.²⁰⁴

Prinsip-prinsip yang dapat dijadikan criteria lebih lanjut untuk menentukan efektivitas *occupation*, yaitu²⁰⁵:

1. Penemuan penemuan harus diikuti dengan tindak lanjut untuk membuktikan telah dilaksanakannya kedaulatan di wilayah yang diduduki. contoh Kasus *The Palmas Island* (kepulauan Miangas).
2. Penemuan suatu wilayah harus diikuti oleh pengawasan terhadapnya. Contoh kasus *the Clipperton Island of Arbitrator 1933*.
3. Adanya niat dari suatu negara untuk mendudukinya. Dari beberapa kasus yang lahir, tersurat pula bahwa untuk memiliki suatu wilayah melalui pendudukan (*occupation*), suatu negara di samping melaksanakan pengawasan secara efektif, juga harus mempunyai niat dan keinginan untuk bertindak sebagai yang berdaulat. Contoh kasus *the Eastern Greenland*.
4. Tindakan yang tidak sah bukan syarat pendudukan. Contoh *Fisheries Case 1951*.
5. Klaim untuk memelihara status *terra nullius*. Contoh terdapat dalam *the Outer Space Treaty 1967* dan *the Antarctic Treaty 1959*.

Setelah cara-cara kepemilikan melalui pendudukan dengan penggunaan kekerasan telah dilarang menurut hukum internasional, maka masih terdapat cara untuk mendapatkan wilayah salah satunya dengan pendudukan secara efektif. Dengan praktek umum seperti dalam kasus Sipadan-Ligitan Antara Indonesia v. Malaysia.

2. Preskripsi (*Prescription*)

Preskripsi merupakan istilah yang menunjukkan perolehan wilayah melalui pendudukan dalam jangka waktu yang lama secara damai, tanpa digugat oleh pihak manapun, dan wilayah yang bersangkutan diselenggarakan administrasi pemerintahan atas masyarakatnya.²⁰⁶ Preskripsi berbeda dengan pendudukan (okupasi). Dalam pendudukan, wilayah tidak ada yang memiliki atau tanpa kepemilikan (*terra nullius*) ditemukan dan dikuasai secara administrasi tidak perlu untuk jangka waktu yang lama. Sedangkan preskripsi dimulai dari kepemilikan yang lama atas suatu wilayah oleh satu pihak.²⁰⁷

²⁰³ *Such occupation has the effective of the acquisition of the territory only if it is effective, that is, if the state concerned takes the territory into real possession and establishes there some kind of administration.* Hans Kelsen, *op.cit.*, hlm. 314. Lihat juga dalam Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 119.

²⁰⁴ *Ibid.*, hlm. 119.

²⁰⁵ *Ibid.*, hlm. 119-122.

²⁰⁶ FX. Adji Samekto, *Negara Dalam Dimensi Hukum Internasional*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung 2009., hlm. 2. Lihat juga dalam Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 126.

²⁰⁷ R. C. Hingorani, *op.cit.*, hlm. 53.

Persyaratan bagi preskripsi menurut Fauchille dan Johnson adalah²⁰⁸:

- a. Kepemilikan harus dilaksanakan secara *a titre de souverain*, yaitu, bahwa kepemilikan tersebut harus memperlihatkan suatu kewenangan atau kekuasaan negara dan di wilayah tersebut tidak ada negara lain yang mengklaimnya.
- b. Kepemilikan harus berlangsung secara terus menerus (tidak terputus) dan damai, serta tidak ada negara lain yang mengklaimnya.
- c. Kepemilikan harus bersifat publik yaitu harus diumumkan atau diketahui oleh pihak lain.
- d. Kepemilikan harus berlangsung lama, secara nyata kekuasaan hukum aktifitas suatu negara pada kepemilikan ini telah berlangsung lama.

Pada prakteknya dalam hal preskripsi dapat dilihat dalam putusan kasus pulau Miangas (*Island Palmas Cases*). Dalam kasus ini menyangkut persoalan kedaulatan atas pulau Palmas yang berada di sebelah selatan dari pulau Mindanao, Filipina, Amerika Serikat mengklaim kekuasaan atas pulau tersebut atas dasar Traktat Paris 1898 dan memahaminya sebagai pewaris dari Spanyol. Dilain pihak Belanda memiliki pemahaman yang berbeda, yakni dengan mendasarkan aspek historis dalam hal kaitannya dengan negara yang bersebelahan dan pulau tersebut merupakan bagian dari Belanda. Pengadilan dalam putusannya memenangkan Belanda.²⁰⁹

3. Penambahan (*Accretion*)

Hak melalui penambahan (*accretion*) wilayah terjadi apabila wilayah yang baru ditambahkan, terutama terjadi karena sebab-sebab alamiah, yang mungkin timbul karena pergerakan sungai atau lainnya (misalnya tumpukan pasir karena tiupan angin), terhadap wilayah yang telah ada yang berada di bawah kedaulatan negara yang memperoleh hak tersebut.²¹⁰ Dalam hal ini *accretion* merupakan suatu cara untuk mendapatkan suatu wilayah baru melalui proses alamiah. Sebagai bukti alamiah dengan terjadinya suatu daratan baru yang terhubung dengan wilayah darat yang telah ada. Sebagai contoh saat meletusnya gunung berapi bawah laut pada bulan Januari 1986 di Pasifik. Sehingga menimbulkan pulau baru di dalam laut teritorial Jepang, Pulau Iwo Jima.²¹¹ Begitu pula Pulau Scrutsey yang muncul dalam perairan teritorial Icelandic (*Eslandia*) pada tahun 1963.²¹²



²⁰⁸ Sebagaimana dikutip dalam., Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th Edition, Clarendon Press, Oxford, 1998, Hlm. 153-155.

²⁰⁹ Michael Akehurst, *op.cit.*, hlm. 186.

²¹⁰ J. G. Starke, *op.cit.*, hlm. 167.

²¹¹ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 4th Ed, Cambridge University Press, United Kingdom, 1997, hlm. 338.

²¹² Rebecca M.M. Wallace, *op.cit.*, hlm.103.

Lahirnya pulau baru di pulau tak berpenduduk Nishinoshima (Jepang) 21 November 2013²¹³

4. Penyerahan (*Cession*)

Oppenheim-Lauterpacht mendefinisikan *Cession* "pengalihan kedaulatan atas wilayah negara oleh negara pemilik kepada negara lainnya" (*the transfer of sovereignty over state territory by the owner state to another state*).²¹⁴ Sebagai contoh Perjanjian Nanking (*Treaty of Nanking*) tahun 1842 antara Inggris dan Cina yang dibuat setelah terjadinya peperangan kedua negara (*opium war*). Dalam perjanjian ini Cina sepakat untuk menyerahkan Hongkong kepada Inggris untuk dijadikan wilayah koloninya.²¹⁵

Cession merupakan suatu transfer wilayah dari satu kedaulatan ke kedaulatan lainnya, pada umumnya melalui sebuah perjanjian.²¹⁶ Sedangkan menurut J.G. Starke²¹⁷, *Cession* sebagai suatu metode diperolehnya kedaulatan teritorial, metode ini berdasarkan atas prinsip bahwa hak pengalihan wilayah adalah atribut fundamental suatu negara. Selanjutnya beliau menjelaskan bahwa penyerahan suatu wilayah dilakukan secara sukarela atau mungkin dilakukan dengan paksaan sebagai akibat dari peperangan yang diselesaikan dengan sukses oleh negara yang menerima penyerahan terkait. Jika suatu penyerahan wilayah dikarenakan sebagai akibat kekalahan dalam perang yang lazim terjadi aneksasi. Maka suatu penyerahan melalui perjanjian menjadi batal apabila pembentukan perjanjian itu dihasilkan dari ancaman atau penggunaan kekerasan yang bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum internasional yang tercantum dalam Pasal 2 (4) Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB), lihat Pasal 52 Konvensi Wina 1969 mengenai Hukum Perjanjian. Sebagai contoh dari penyerahan sukarela melalui penjualan Alaska oleh Rusia kepada Amerika Serikat pada tahun 1867.

Cession dapat dilakukan melalui suatu transaksi seperti hibah dan penjualan atau pembelian, kemudian akan dianggap sah sebagai suatu penyerahan apabila hal tersebut cukup memperlihatkan suatu maksud untuk menyerahkan kedaulatan dari suatu negara kepada negara lain.²¹⁸

5. Penaklukan (*Conquest*) atau Aneksasi (*Annexation*)

Penaklukan atau yang sekarang ini biasa disebut dengan nama aneksasi (*annexation*), atau penulis lain menyebutnya sebagai subjugasi (*subjugation*). Hans

²¹³ Lihat dalam <http://id.berita.yahoo.com/foto/erupsi-vulkanik-memunculkan-pulau-baru-slideshow/volcano-raises-new-island-far-south-of-japan-photo-1385053478029.html>

²¹⁴ Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*, 8th ed, Vol. I, Peace, Longmans, 1967, hlm. 547. Sebagaimana dikutip dalam Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 129.

²¹⁵ D.J Harris, *Cases and Materials on International Law*, 6th Ed, Sweet & Maxwell, London, 2004, hlm. 257. Lihat juga dalam Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 129.

²¹⁶ Martin Dixon & Robert McCorquodale, *Cases and Materials on International Law*, 4th Ed, Oxford University Press, 2003, hlm. 240.

²¹⁷ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 167.

²¹⁸ *Ibid.*

Kelsen²¹⁹ berpendapat aneksasi adalah masuknya wilayah yang terjadi tanpa persetujuan dari pemilik yang sah (*an incorporation of territory which takes place without the consent of the legitimate owner*). Penaklukan atau *Conquest* merupakan tindakan mengalahkan lawan dan menduduki semua atau sebagian wilayah.²²⁰ Bukan hanya itu saja yang merupakan dasar perubahan dari suatu wilayah. Wilayah penaklukan diberikan kepada pemenang sebagai hak khusus yang diakui menurut hukum internasional atas wilayah penaklukannya.

Menurut J.G. Starke²²¹ aneksasi merupakan suatu metode perolehan kedaulatan teritorial yang dipaksakan dengan dua bentuk keadaan, yaitu:

- a. Apabila wilayah yang dianeksasi telah dilakukan atau ditundukkan oleh negara yang menganeksasi.
- b. Apabila wilayah negara yang dianeksasi dalam kedudukan yang benar-benar berada dibawah negara yang menganeksasi pada waktu diumumkannya kehendak aneksasi tersebut.

Pada abad ke 10 sampai dengan akhir abad ke 18, penaklukan suatu wilayah merupakan praktek yang masih dapat diterima. Dalam bukunya S. Tasrif menjelaskan, setelah lahirnya Pakta Paris²²² atau yang lebih dikenal the Briand-Kellog *Pact for the renunciation of war*. Pakta Paris bertujuan untuk menolak peperangan sebagai alat politik nasional dalam hubungan bernegara, dan menganjurkan untuk memecahkan segala pertentangan internasional melalui cara-cara damai. Adapun isi Pakta Paris yang menyangkut larangan penggunaan kekerasan sebagai berikut²²³:

Article 1. The High Contracting Parties Solemnly declare in the names of their respective peoples that they condemn recourse to war for the solution of international controversies, and renounce it as an instrument of national policy in their relation with another

Article 2. The High Contracting Parties agree that the settlement or solution of all disputes and conflict of whatever nature or of whatever origin they may be which may arise among them, shall never be sought except by pacific means.

Contoh kasus seperti, aneksasi Korea oleh Jepang pada tahun 1910. Korea pernah di bawah penguasaan Jepang selama beberapa tahun. Suatu aneksasi merupakan hasil dari agresi militer yang dilakukan oleh satu negara terhadap negara lain atau yang dihasilkan dari penggunaan kekerasan yang bertentangan dengan Piagam PBB, sehingga tidak boleh diakui oleh negara-negara lain.²²⁴

²¹⁹ Hans Kelsen, *op.cit.*, hlm. 313. Lihat juga dalam Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 123.

²²⁰ Malcolm N. Shaw, *op.cit.*, hlm. 340.

²²¹ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 166.

²²² Pakta ini pada awalnya ditandatangani oleh Jerman, Amerika Serikat, Belgia, Perancis, Inggris, Italia, Jepang, Polandia dan Chekoslovakia dan kemudian diikuti oleh beberapa negara lainnya.

²²³ S.Tasrif, *Hukum Internasional Tentang Pengakuan Dalam Teori dan Praktek*, CV. Abardin, Bandung 1987, hlm. 87.

²²⁴ J.G. Starke, *loc.cit.*

Kasus lainnya Invasi Irak terhadap Kuwait pada bulan Agustus 1990 merupakan contoh modern tentang penguasaan wilayah melalui aneksasi. Antara Irak dan Kuwait telah ada perjanjian tahun 1963 mengenai pengakuan batas-batas wilayah kedua negara. Namun tahun 1990 Irak menginvasi Kuwait dengan alasan kelompok oposisi di Kuwait meminta tentara Irak untuk datang ke Kuwait untuk memulihkan ketertiban di sana. Akan tetapi tindakan Irak menunjukkan semata-mata adalah keinginan Irak untuk menguasai dan menjadikan Kuwait sebagai wilayahnya. Hampir seluruh negara di dunia mengutuk keras invasi Irak. Dewan Keamanan PBB melalui Resolusi 660 tahun 1990 mengutuk keras Irak. Resolusi juga memerintahkan Irak untuk menarik semua tentaranya segera dan tanpa syarat dari Kuwait serta memerintahkan Irak dan Kuwait untuk segera mengadakan perundingan untuk menyelesaikan masalah.²²⁵

E. Pembatasan Kedaulatan Terhadap Wilayah

1. Hak Menentukan Sendiri (*the Right of Self-Determination*) Dalam Hukum Internasional

a. Pengertian Hak Menentukan Nasib Sendiri

J. G. Starke berpendapat bahwa masih terdapat beberapa kesulitan mengenai apa yang dinyatakan sebagai hak menentukan nasib sendiri baik dalam hal artinya maupun yang tercakup dalam istilah tersebut. Beberapa penulis menolak untuk menganggap hak ini sebagai suatu hak yang sifatnya mutlak, mereka menekankan bahwa hak ini harus dianggap ada dalam konteks rakyat atau kelompok yang menuntut pelaksanaan hak tersebut. Tampaknya, hak menentukan nasib sendiri berkonotasi kepada kebebasan untuk memilih dari rakyat yang belum merdeka melalui jalan plebisit (*plebiscite*) atau metode-metode lainnya untuk memastikan kehendak rakyat. Persoalan lainnya yang cukup sulit adalah menentukan masyarakat manusia mana yang merupakan "rakyat" yaitu mereka yang memiliki hak menentukan nasib sendiri. Aspek-aspek seperti kesamaan wilayah, kesamaan bahasa dan kesamaan tujuan politik mungkin harus dipertimbangkan. Secara wajar haruslah ada suatu unit wilayah yang sama bagi rakyat pada siapa hak tersebut dianggap diberikan. Diluar hal ini, ada persoalan mengenai apakah dan apabila demikian, sejauh manakah hak menentukan nasib sendiri tersebut akan memperbolehkan pemisahan bagian wilayah dari suatu negara. Suatu hak pemisahan diri yang tidak memenuhi syarat, yang timbul dari hak menentukan nasib sendiri, dapat menimbulkan kekacauan terhadap sistem-sistem kenegaraan. Sebagian karena masalah inilah, maka timbul kontroversi atas praktek dan nilai pendapat yang akhir-akhir ini mengenai persoalan apakah rakyat/penduduk pribumi minoritas atau kelompok-kelompok suku di negara-negara tertentu misalnya di Kanada dan Australia, merupakan "rakyat" yang berhak untuk menentukan nasib sendiri.²²⁶

²²⁵ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 124.

²²⁶ J. G. Starke, *op.cit.*, hlm. 124.

Sebelum tahun 1958, hukum kebiasaan internasional tidak memberikan hak terhadap rakyat atau kesatuan-kesatuan yang belum merdeka untuk memperoleh status negara, meskipun terdapat pengecualian beberapa hak *ad hoc* demikian dapat diberikan melalui traktat, atau timbul berdasarkan keputusan organisasi internasional. Jelaslah dari praktek saat itu bahwa hak tersebut bukan disyaratkan karena pencapaian swasembada ekonomi sepenuhnya meskipun kelangsungan ekonomi dapat menjadi dasar, sesuai dengan keadaan-keadaan, untuk mendukung pemberian hak menentukan nasib sendiri.²²⁷

Penentuan nasib sendiri tidak perlu hanya menyangkut atau secara eksklusif merupakan hak untuk memilih status negara otonom, tetapi juga pilihan untuk berintegrasi dengan negara "induk" karena itulah, misalnya, berdasarkan *act of self determination* rakyat kepulauan Cocoskeeling pada bulan Desember 1984, yang diawasi secara seksama oleh suatu misi PBB, dan kemudian disetujui oleh Majelis Umum PBB, rakyat wilayah tersebut memberikan suara untuk integrasi dengan Australia.²²⁸

Rosalyn Higgins²²⁹ dalam bukunya membagi 2 tahap atas perkembangan hak menentukan nasib sendiri yaitu :

1. hak menentukan nasib sendiri dan kemerdekaan dari kolonial;
2. hak menentukan nasib sendiri dan hak asasi manusia;

Rosalyn Higgins menjelaskan bahwa pada perkembangan tahap hak menentukan nasib sendiri dan kemerdekaan dari kolonial berdasarkan Pasal 1 (2), Pasal 55, Pasal 73 dan Pasal 75, Piagam PBB. Ini berarti pada Tahap pertama kategori hak menentukan nasib sendiri diperuntukkan pada bangsa-bangsa terjajah, wilayah yang belum berpemerintahan sendiri dan wilayah-wilayah perwalian.²³⁰

Perkembangan selanjutnya pada perkembangan tahap hak menentukan nasib sendiri dan hak asasi manusia, pada tahap ini terbagi dua yaitu hak menentukan nasib sendiri diluar kerangka kolonial serta hak menentukan nasib sendiri dan minoritas. Pada tahap ini pendekatan instrumen hak asasi manusia seperti ICCPR dan ICESCR. Dan Resolusi Majelis Umum PBB 1514 (XV) serta Resolusi Majelis Umum PBB 1541. Hak menentukan nasib sendiri diluar kerangka kolonial mempunyai arti yang pertama, bahwa hak menentukan nasib sendiri bukan hanya bangsa yang didalam kekuasaan kolonial, akan tetapi bangsa dikuasai negara lain atau dominasi asing. Hal ini tercantum dalam Resolusi 2625 (XXV) 1970. kedua, status wilayah pendudukan (*occupied territories*) atas penghentian permusuhan ketika terjadi sengketa bersenjata antar negara, posisi bangsa (*peoples*) dalam wilayah pendudukan tidak hanya menjadi perlindungan hukum humaniter, akan tetapi bangsa pendudukan (*peoples*) berhak atas penentuan nasib mereka sendiri. Dalam berbagai kasus telah banyak resolusi PBB

²²⁷ *Ibid.*, hlm. 125.

²²⁸ *Ibid.*, hlm. 125.

²²⁹ Rosalyn Higgins, *Problem & Process (International Law and How we Use it)*, Oxford University Press, 1994, hlm. 111.

²³⁰ *Ibid.*, hlm. 111-114.

yang menyangkut hak menentukan nasib sendiri dalam keadaan pendudukan asing. Hal ini meliputi resolusi tentang Afganistan dan wilayah pendudukan di Arab.²³¹

Hak menentukan nasib sendiri dan minoritas, perkembangannya dilihat dari negara induk yang mengalami disintegrasi, seperti Uni Soviet yang melahirkan negara Yugoslavia, Chekoslovakia, dan lain-lain. Hak menentukan nasib sendiri dapat ditempuh dengan berbagai macam cara, termasuk keterbukaan dan proses politik pluralistik. Akan tetapi hal ini berbenturan dengan perlindungan integritas teritorial suatu negara.²³² Perlu ditambahkan bahwa pemisahan diri yang terjadi di Yugoslavia merupakan bukti bahwa pemisahan diri kelompok etnis dalam suatu negara menjadi sebuah negara merupakan hal yang diakui keberadaannya menurut hukum internasional, Walaupun kelompok minoritas tidak mempunyai dasar hukum yang kuat untuk penentuan nasib sendiri secara eksternal, kelompok minoritas diperbolehkan untuk penentuan nasib sendiri dalam kerangka internal dengan landasan hak asasi manusia menurut hukum internasional.

Berbagai cara mengubah status suatu wilayah menurut William R. Slomanson²³³, hak menentukan nasib sendiri merupakan salah satu cara untuk mengubah status wilayah. Lebih lanjut William R. Slomanson memberikan pengertian hak menentukan nasib sendiri yaitu :

"Self determination is a people's right to choose how they will organize and be governed. They might not prefer self-governance; or, alternatively, they may opt for some form of autonomy that may or may not be statehood."

Hak menentukan nasib sendiri adalah hak bangsa untuk memilih bagaimana mereka mengorganisir dan mengatur. Ray August²³⁴ mengemukakan pengertian hak menentukan nasib sendiri secara praktis, beliau mengemukakan bahwa: *"Self determination is the idea that a people should have the right to determine their political affiliation through the use of plebiscites."*

Pada tahun 1975 Majelis Umum PBB menanyakan pada ICJ untuk advisory opinion, yang pada waktu itu berhubungan dengan pelaksanaan hak menentukan nasib sendiri yang dilakukan oleh bangsa Sahara Barat. Mahkamah berpendapat bahwa prinsip hak menentukan nasib sendiri adalah hak semua bangsa (*right of all peoples*) yang dalam norma hukum internasional dapat dipergunakan pada bangsa terjajah dan wilayah yang belum berpemerintahan sendiri sebagaimana tercantum dalam Piagam PBB, salah satunya hakim Dillard²³⁵ menyatakan bahwa :

"the pronouncements of the court...indicate, in my view, that a norm international law has emerged applicable to the decolonization of those

²³¹ *Ibid.*, hlm. 114-121.

²³² *Ibid.*, hlm. 121-128.

²³³ William R. Slomanson, *Fundamental Perspectives on International Law*, 3rd ed, Wadsworth, 2000, hlm. 71.

²³⁴ Ray August, *Public International Law (Text, Cases, and Readings)*, Prentice Hall, New Jersey, 1995, hlm. 96.

²³⁵ Sebagaimana dikutip dalam, Ray August, *Ibid.*, hlm. 97.

non self governing territories which are under the aegis of the United Nations."

Leo Gross²³⁶ membedakan antara *right to self determination* dan *right of self determination*, beliau berpendapat bahwa *right to self determination* merupakan hak yang bersifat sekali dan tidak dapat di pecah, untuk membentuk suatu negara (integrasi atau asosiasi). Sedangkan *right of self determination* merupakan hak yang bersumber dan merupakan konsekuensi dari "*right to self determination*" yaitu hak untuk menentukan bentuk negara (republik atau kerajaan), sistem pemerintahan (presidensiil atau parlementer), bahkan juga sistem ekonomi (*centrally planned economy* atau *market economy*, liberal atau terkontrol), dan juga sistem budaya tertentu yang kesemuanya bersifat pengaturan ke dalam atau urusan dalam suatu negara.

Hak menentukan nasib sendiri merupakan hak rakyat yang bersifat kolektif, dengan pengertian bukan hak individual, akan tetapi hak yang dimiliki bersama-sama dengan rakyat yang memiliki budaya, bahasa, etnisitas dan tradisi bersama, yang berbeda dengan masyarakat lain.²³⁷

b. Hak Menentukan Nasib Sendiri Secara Eksternal

Aspek hak menentukan nasib sendiri secara eksternal menyatakan bahwa hak semua orang untuk menentukan secara bebas status politik dan tempat mereka dalam masyarakat internasional yang berdasarkan prinsip persamaan derajat. Contohnya dengan bangsa yang bebas dari belenggu kolonial dan larangan terhadap dominasi dan eksploitasi bangsa yang dikuasai pihak lain atau negara lain. Banyaknya definisi Hak menentukan nasib sendiri secara eksternal dari beberapa pakar seperti yang dikemukakan Sarah Joseph, et.al²³⁸ dalam bukunya yang menyatakan bahwa "*External self determination is exercise by maintaining existing State boundaries or changing the boundaries of existing State.*"

Hak menentukan nasib sendiri secara eksternal adalah pemenuhan dengan mempertahankan pada negara yang sudah ada sebelumnya atau merubah batasan pada negara yang sudah ada sebelumnya. Lebih lanjut Peter R. Baehr²³⁹ mengemukakan bahwa: "*External self determination refers to the achievement of political independence, joining another state or obtaining some other of political status, for example association with one or more existing states.*"

²³⁶ Sebagaimana dikutip oleh Hassan Wirajuda, *Indigenous People Internal Self Determination (Pribumi dan Otonomi Dalam Mengatur Urusan Sendiri)*, dalam Sugeng Bahagijo & Asmara Nababan (Editor), *Hak Asasi Manusia (Tanggung Jawab Negara, Peran Institusi Nasional dan Masyarakat)*, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Jakarta, 1999. hlm. 126-127.

²³⁷ Barbara Flick, *Hak Bangsa-Bangsa Penduduk Asli & Penentuan Nasib Sendiri Secara Internal*, dalam Sugeng Bahagijo & Asmara Nababan (Editor), *Ibid.*, hlm. 156.

²³⁸ Sarah Joseph, et.al, *the International Covenant on Civil and Political Rights (Cases, Materials and Commentary)*, 2nd ed, Oxford University Press, 2004, hlm.146-147.

²³⁹ Peter R. Baehr, *Human Rights (Universality in Practice)*, Palgrave, 1999, hlm. 48.

Hak menentukan nasib sendiri secara eksternal mengacu pada pencapaian dari kemerdekaan secara politik, bergabung dengan negara lain atau memperoleh status politik, sebagai contoh bergabung dengan satu negara atau menjadi bagian dari suatu negara. Sedangkan Michla Pomerance²⁴⁰ berpendapat bahwa *external self determination* adalah *"the act by which a people determines its future international status and liberates its self from alien rule."*

Jenis pemenuhan hak menentukan nasib sendiri secara eksternal meliputi deklarasi kemerdekaan nasional, konsolidasi beragam bangsa untuk menjadi satu negara atau negara federal, pembagian dalam beberapa negara bagian, pemisahan wilayah yang membuat pemisahan dengan negara, bergabung dengan suatu negara.²⁴¹ Jawaban atas "bebas menentukan" pada proses pemenuhan hak menentukan nasib sendiri secara eksternal yakni dengan jalan referendum dibawah syarat melalui suatu pengambilan keputusan yang bebas.

i. Sistem Mandat dan Perwalian

Sistem perwalian sebagaimana dalam Pasal 75 Piagam PBB menyebutkan bahwa sistem perwalian dibawah kekuasaannya untuk memerintah dan mengawasi wilayah-wilayah yang mungkin ditempatkan dibawah kekuasaannya sesudah diadakan persetujuan-persetujuan tersendiri. Wilayah-wilayah ini disebut wilayah-wilayah perwalian.²⁴² Salah satu tujuan sistem perwalian ini sesuai dengan tujuan-tujuan Perserikatan Bangsa-bangsa sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 Piagam PBB, sistem perwalian dalam Pasal 76 Piagam PBB²⁴³ yang berbunyi sebagai berikut:

- a. *to further international peace and security;*
- b. *to promote the political, economic, social and educational advancement of the inhabitants of the trust territories, and their progressive development towards self government or independence as may be appropriate to the particular circumstances of each territory and its peoples and the freely expressed wishes of the peoples concerned and as may be provided by the terms of each trusteeship agreement;*
- c. *to encourage respect for human rights and for fundamental freedoms for all with out distinction as to race, sex, language, or religion, and to encourage recognition of the independence of the peoples of the world; and;*
- d. *to ensure equal treatment in social, economic, and commercial matters for all Members of The United Nations and their nationals and also equal treatment for the latter in the administration of justice*

²⁴⁰ Michla Pomerance, *Self Determination in Law and Practice (the New Doctrine in the United Nations)*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, hlm. 37.

²⁴¹ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights-CCPR Commentary*, 2nd Revised ed, N. P. Engel Publisher, Jerman, 2005. hlm. 23.

²⁴² Pasal 75 Piagam PBB

²⁴³ Pasal 76 Piagam PBB

without prejudice to the attainment of the fore going objectives and subject to the provisions of article 80.

Pasal 76 (b) yang menyatakan bahwa untuk meningkatkan kemajuan dalam bidang politik yaitu mengusahakan kemajuan yang pesat menuju berpemerintahan sendiri atau kemerdekaan. Makna dari kata kemerdekaan dan syarat perwalian adalah kehendak yang dinyatakan secara bebas (*free expressed wishes*) oleh rakyat yang bersangkutan. Dalam Pasal 76 Piagam PBB bermaksud yaitu²⁴⁴:

- a. *that either self government or independence could be considered the political goal of trusteeship;*
- b. *that the nature of self government or independence would depend on the particular circumstances of the trust territory (a Concession to the colonial powers); and*
- c. *that political development would be in accord with the wishes of the inhabitants of the trust territories (a concession to the anticolonial states).*

Jadi jelas bahwa pemerintahan sendiri (*self government*) dan kemerdekaan (*independence*) secara eksplisit merupakan kemajuan secara politik dari suatu sistem perwalian. Pemerintahan sendiri atau kemerdekaan akan bergantung pada keadaan tertentu dari wilayah perwalian yang berarti konsesi dari pembagian kekuasaan kolonial, serta Kemajuan dalam bidang politik akan diikuti dengan keinginan penduduk dari daerah perwalian yang merupakan suatu konsesi dari anti kolonial.

ii. Pemisahan dalam Konteks *Non Self-Governing Territory*

Wilayah yang belum berpemerintahan sendiri (*non self-governing territories*) tercantum dalam Bab XI Piagam PBB tentang deklarasi mengenai wilayah-wilayah yang belum berpemerintahan sendiri, yang diberlakukan bagi wilayah dari suatu bangsa yang belum mencapai langkah penuh dalam berpemerintahan sendiri. Kewajiban untuk mengembangkan pemerintahan sendiri merupakan bentuk dari tanggung jawab internasional.²⁴⁵

Di dunia masih terdapat wilayah yang belum berpemerintahan sendiri, sebagaimana tercatat hingga tahun 2006, wilayah yang belum berpemerintahan sendiri di bawah 4 negara penguasa administratif, yakni : Amerika, Inggris, Perancis, dan New Zealand. Terbagi atas beberapa daerah administrasi yaitu²⁴⁶ :

²⁴⁴ James N Muray, Jr. *The United Nations Trusteeship System*, the University of Illinois Press, Urbana, 1957, hlm. 214.

²⁴⁵ James Crawford, *op.cit.*, hlm 92.

²⁴⁶ "What the UN Can Do to Assist Non-Self Governing Territory," *United Nations*, 2007. Dapat dilihat dalam situs : www.un.org/depts/dpi/decolonization/assist_nsgv_brochure.pdf. diakses pada tanggal 30 Juli 2008.

No.	Territory	Administering Power
1.	Africa Western Sahara	
2.	Asia and the Pacific American Samoa	Amerika
3.	Guam	Amerika
4.	New Caledonia	Perancis
5.	Pitcairn	Inggris
6.	Tokelau	New Zealand
7.	Atlantic Ocean, Caribbean and Mediterranean Anguilla	Inggris
8.	Bermuda	Inggris
9.	British Virgin Islands	Inggris
10.	Cayman Islands	Inggris
11.	Falkland Islands (Malvinas)	Inggris
12.	Gibraltar	Inggris
13.	Montserrat	Inggris
14.	St. Helena	Inggris
15.	Turks and Caicos Islands	Inggris
16.	Amerika Virgin Islands	Amerika

Tabel 1 (Wilayah Yang Belum Berpemerintahan Sendiri Serta Wilayah Perwalian)

iii. Pemisahan Diri Menjadi Sebuah Negara Merdeka

Perkembangan selanjutnya dari hak menentukan nasib sendiri mengenai pemisahan diri dari suatu negara. Pemisahan diri dapat terjadi pada dalam kategori sebagai berikut :

1. Bangsa yang berada dalam dominasi kolonial atau Bekas wilayah jajahan dan wilayah yang belum berpemerintahan sendiri yang bergabung dengan suatu negara.
2. Dibawah dominasi Asing.
3. Bangsa yang berada dalam tekanan rezim rasis.

Pemisahan diri dalam konteks terjadinya kasus pelanggaran HAM atau pembersihan etnis yang terjadi di beberapa negara, dapat menjadi dasar untuk pemberian bagi penduduk yang mengalami penindasan serta dibawah rezim yang rasis untuk menentukan nasib sendiri. Hal ini tentunya harus mendapatkan legitimasi internasional untuk melaksanakan penentuan nasib sendiri. Pembahasan selanjutnya mengenai masalah sub point ini akan dibahas pada bab-bab berikutnya tentunya berdasarkan kasus-kasus yang sesuai.

c. Hak Menentukan Nasib Sendiri Secara Internal

Hak menentukan nasib sendiri telah berubah sejak berakhirnya Perang Dunia II. Hak menentukan nasib sendiri dianggap sebagai prestasi atau hasil yaitu

berupa kemerdekaan yang berdaulat dari pemerintah kolonial. perubahan yang cukup signifikan adalah hak menentukan nasib sendiri berubah menjadi konsep yang secara potensial memiliki makna-makna yang berbeda-beda dalam konteks suatu negara. Penerapan pada suatu negara tentunya terbatas dengan adanya kedaulatan negara, hak menentukan nasib sendiri mempunyai berperan untuk memberikan apresiasi dan ke dalam konteks suatu negara berdaulat. Peter R. Baehr²⁴⁷ mengartikan hak menentukan nasib sendiri secara internal sebagai berikut: *"Internal self determination refers to the right of peoples to choose their own form of state and government."*

Menentukan nasib sendiri secara internal mengenai hak suatu bangsa untuk memilih bentuk negara dan pemerintahan mereka sendiri. Peter R. Baehr Lebih lanjut mengemukakan bahwa : *"The right of internal self determination includes the right to a representative government and various forms of self government or autonomy."*

Hak menentukan nasib sendiri secara internal termasuk hak pemerintah yang berdasarkan pilihan rakyat dan berbagai macam bentuk sistem pemerintahan, demokrasi, sosialis atau sistem pemerintahan yang dipilih lainnya. Sebagaimana Michla Pomerance²⁴⁸ berpendapat *internal self determination* adalah: *"the selection of the desired system of government; and substantive nature, democratic, socialist or other of the regime selected."*

Hak menentukan nasib sendiri secara internal mengacu pada hak suatu bangsa untuk memilih status politik mereka dalam suatu negara. Pengertian secara umum Sarah Joseph²⁴⁹ mengemukakan bahwa : *"Internal self determination refers to the right of peoples to choose their political status within state."*

Manfred Nowak²⁵⁰ mengemukakan bahwa Hak semua bangsa untuk menentukan nasib sendiri secara internal. Menentukan secara bebas status politik mereka dapat dicapai melalui dengan cara otonomi yang diberikan oleh negara dan diberikan pada orang yang sesuai untuk berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan. Hak menentukan nasib sendiri ini berdasarkan pada unsur-unsur demokrasi.

Hak menentukan nasib sendiri secara internal tentunya berbeda dengan hak menentukan nasib sendiri secara eksternal. Dalam studinya tentang masalah diskriminasi terhadap penduduk asli, Martinez Cobo²⁵¹ memberikan definisi menentukan nasib sendiri secara internal itu sebagai hak sebuah rakyat atau kelompok yang memiliki wilayah yang jelas mungkin bersifat otonom dalam pengertian mempunyai struktur administrasi dan sistem hukum tersendiri yang terpisah, ditentukan oleh rakyat atau kelompok itu, dan bersifat hakiki padanya.

²⁴⁷ Peter R. Baehr, *Ibid.*, hlm. 48-50.

²⁴⁸ Michla Pomerance, *op.cit.*, hlm. 37.

²⁴⁹ Sarah Joseph, et.al, *op.cit.*, hlm.148.

²⁵⁰ Manfred Nowak, *op.cit.*, hlm. 24.

²⁵¹ Sebagaimana dikutip Barbara Flick, *op.cit.*, dalam Sugeng Bahagijo & Asmara Nababan (Editor), *op.cit.*, hlm. 157.

Hak menentukan nasib sendiri secara internal itu dapat mengambil bentuk hak untuk berpartisipasi secara politik atau budaya dalam masalah-masalah negara, mengupayakan aspirasi penduduk-penduduk pribumi itu sendiri di dalam negara. Dalam konteks Australia, menentukan nasib sendiri secara internal berarti hak-hak untuk mengatur masalah-masalah penduduk pribumi di dalam struktur negara.²⁵²

i. Menentukan Status Politik dan Kontitusi

Di Indonesia dalam Kedudukan MPR yang ada sekarang ini, akan berdampak kepada pelaksanaan kewenangannya untuk mengubah dan menetapkan UUD sebagaimana diatur dalam Pasal 2 (1) UUD 1945. Sekiranya lembaga negara itu sudah tidak lagi merupakan penjelmaan seluruh rakyat Indonesia (*Vertretungsorgan des Willens des Staatvolkes*), sehingga tidak lagi mempunyai kewenangan untuk mengubah dan menetapkan UUD, maka cara mengubah UUD dengan sistem referendum melalui referendum konstitusional, hal ini seperti yang berlaku di negara Swiss (Switzerland), yang juga pernah diatur dalam TAP MPR No. IV/MPR/1983 jo. UU Nomor 5 Tahun 1985 tentang Referendum.²⁵³

ii. Otonomi

Melalui UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, dikeluarkan setelah Perubahan kedua UUD 1945. Dari segi muatan UU Nomor 32 Tahun 2004, sebagaimana melanjutkan dari UU Nomor 22 Tahun 1999. telah mengalami perubahan pada hal-hal : 1. asas-asas penyelenggaraan pemerintahan di daerah, 2. prinsip otonomi daerah, 3. kewenangan daerah, 4. hubungan antar pemerintahan daerah, 5. kewenangan daerah dalam pengelolaan sumber daya di wilayah laut, 6. pemilihan kepala daerah, 7. pertanggungjawaban kepala daerah, 8. pemberhentian kepala daerah, dan 9. pemerintahan desa.²⁵⁴

Makna otonomi daerah yang dijamin dalam Pasal 18 ayat (2) sampai dengan ayat (7) dan Pasal 18A serta Pasal 18 B UUD 1945. mencantumkan prinsip otonomi daerah yang diadopsi tetap menjamin pluralisme antar daerah dan tuntutan keprakarsaan dari bawah atau tiap-tiap daerah untuk menjalankan fungsi-fungsi pemerintahan dan pembangunan. Lebih lanjut pemberian status otonomi khusus kepada Provinsi Irian Jaya yang kemudian berubah menjadi Provinsi Papua dan Provinsi Daerah Istimewa Aceh menjadi Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam yang mencerminkan bahwa dibawah konsep Negara Kesatuan Republik Indonesia tetap dimungkinkan adanya pola-pola pengaturan yang bersifat pluralis seperti terhadap Aceh dan Papua. Bentuk pengaturan otonomi yang luas dan bersifat

²⁵² Barbara Flick, *op.cit.*, dalam Sugeng Bahagijo & Asmara Nababan (Editor), *op.cit.*, hlm. 158.

²⁵³ Astim Riyanto, *Negara Kesatuan (Konsep, Asas, dan Aktualisasinya)*, Yapemdo, Bandung, 2006, hlm. 305.

²⁵⁴ Astim Riyanto, *op.cit.*, hlm. 252.

khusus inilah yang diharapkan dapat menjamin solusi jangka panjang atas masalah Papua dan Aceh.²⁵⁵

iii. Perspektif Kaum Minoritas Untuk Menentukan Nasib Sendiri

Kaum minoritas sebenarnya tidak memiliki hak menentukan nasib sendiri secara eksternal. Tuntutan hak menentukan nasib sendiri harus dalam sebuah kerangka negara yang berdaulat (aspek internal), Dalam Pasal 27 ICCPR yaitu sebagai berikut:

"In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language."

(Di negara-negara yang memiliki kelompok minoritas berdasarkan suku bangsa, agama atau bahasa, orang-orang yang tergolong dalam kelompok minoritas tersebut tidak boleh diingkari haknya dalam masyarakat, bersama-sama anggota kelompoknya yang lain, untuk menikmati budaya mereka sendiri, untuk menjalankan dan mengamalkan agamanya sendiri, atau menggunakan bahasa mereka sendiri).

Dalam Pasal 1 ICCPR dan ICESCR tidak menunjukkan Hak menentukan nasib sendiri bagi kaum minoritas, hanya terletak pada Pasal 27 yang memandang bahwa hak kaum minoritas, hak-hak orang-orang yang termasuk dalam minoritas etnis, agama atau bahasa untuk menikmati kebudayaan mereka, praktek agama, atau penggunaan bahasa yang hendaknya tidak diabaikan. Dalam Pasal 27 tidak sama sekali mengandung pengertian dalam hak kelompok melainkan secara individual. Pasal 27 memandang hak minoritas sangat berbeda dengan Pasal 1 ICCPR untuk kata "*peoples*". Pasal 27 dirumuskan untuk membiarkan suatu minoritas untuk mempertahankan identitasnya. Dalam hal ini hak menentukan nasib sendiri lebih bersifat dinamis dan dimaksudkan untuk menjamin satu komunitas berkembang di semua bidang: politik, ekonomi, sosial dan budaya.²⁵⁶

Suatu dimensi kolektif kepada hak-hak yang terrepresentasikan melalui satu media antara hak individu dan hak kolektif yang penuh. Akan tetapi tidak secara eksplisit menunjuk pada hak menentukan nasib sendiri. Karena ada dua perbedaan antara menentukan nasib sendiri dengan hak minoritas. Hak menentukan nasib sendiri secara penuh mengarah pada kemerdekaan sedangkan hak minoritas hak yang dapat dipergunakan untuk mempertahankan eksistensi kaum minoritas untuk mempertahankan segala aspek kehidupannya. Dalam perkembangan hukum internasional, menjelaskan bahwa hak minoritas tidak mempunyai hak menentukan nasib sendiri secara penuh. Akan tetapi dapat dilakukan dalam konteks suatu negara berdaulat.

²⁵⁵ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalime Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2006, hlm. 284.

²⁵⁶ Ifdhal Kasim (Editor), *Hak Sipil dan Politik (Esai-Esai Pilihan)*, Buku 1, Elsam, Jakarta, 2001, hlm. 91.

2. Prinsip *Utī Possidetis*

Konsep kedaulatan teritorial menandakan bahwa di dalam wilayah kekuasaan ini yurisdiksi dilaksanakan oleh negara terhadap orang-orang dan harta benda yang menyampingkan kekuasaan negara lain. Konsep ini memiliki kemiripan dengan pemikiran patrimonial pemilikan menurut hukum perdata, dalam kenyataan memang para penulis pelopor dalam bidang hukum internasional banyak memakai prinsip-prinsip pemilikan dari hukum sipil dalam pembahasan mengenai kedaulatan teritorial negara. Hingga saat ini, pengaruh mereka masih bertahan khususnya mengenai perolehan dan hilangnya kedaulatan teritorial yang secara jelas mencerminkan adanya pengaruh hukum sipil seperti dalam penerapan prinsip *uti possidetis*.²⁵⁷

Prinsip *uti possidetis* yang berarti karena engkau memiliki maka engkau akan tetap memiliki. Penggunaan prinsip ini dalam pemilikan wilayah teritorial suatu negara. Prinsip ini diterapkan pada kasus Burkina Faso-Republik Mali, Kamar Khusus (*special chamber*) Mahkamah Internasional, yang sebagai kepentingan eksepsional bagi benua Afrika, dengan alasan bahwa tujuan utama dari prinsip tersebut adalah untuk menjamin penghormatan terhadap batas-batas teritorial pada saat suatu wilayah Afrika memperoleh kemerdekaan. Tujuannya adalah untuk memberikan hak hukum yang dibatasi oleh garis perbatasan atas kepemilikan efektif sebagai suatu landasan kedaulatan.²⁵⁸

3. Masyarakat Asli (*Indigenous People*)

José Martínez Cobo²⁵⁹ memformulasikan definisi dalam laporannya "*Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*" menyatakan bahwa :

"Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems."

Terminologi "*a historical continuity*" merupakan kunci definisi *indigenous peoples*. Keberlanjutan sejarah harus secara luas dalam periode waktu hingga sekarang.²⁶⁰ Dalam Draft Deklarasi tentang hak-hak *Indigenous Peoples*

²⁵⁷ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 157.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Sjørður Skaale (Editor), *The Right To National Self-Determination (The Faroe Islands and Greenland)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004, hlm. 100. lihat dalam http://www.dnag.dk/fileadmin/user_upload/PDF-udgivelseser/Skaale-book-ffinal.pdf, di akses pada tanggal 18 Juli 2008.

²⁶⁰ *Ibid.*

(*Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*)²⁶¹, merumuskan yang dimaksud dengan (*indigenous* atau *tribal*) *peoples* yang dapat dikategorikan mempunyai hak, tanpa adanya kebutuhan dalam menggunakan hak, susah untuk merumuskan *peoples* yang dapat menggunakan hak tersebut, dimensi kolektif yang dimaksud dalam deklarasi tentang minoritas juga terbatas dalam pengertian, sebagai berikut²⁶² :

- *Group description;*
- *Protection of group identity and existence;*
- *Exercise of rights individually as well as collectively;*
- *Freedom to form associations; and*
- *The contact rights necessary to support the whole conception.*

Pengaturan Hak *indigenous peoples* menurut hukum internasional berdasarkan dua konvensi *International Labour Organization* (ILO), yaitu Konvensi ILO No. 107 Tahun 1957 dan Konvensi ILO No. 169 Tahun 1989. Terakhir *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (UNDRIP).

F. Wilayah Negara

Kedaulatan teritorial suatu negara mencakup tiga dimensi, yaitu yang terdiri atas wilayah daratan, termasuk segala yang berada di dalam tanah tersebut dan yang terdapat di atas permukaan tanah tersebut, wilayah laut dan wilayah udara.

1. Wilayah Darat

Tidak akan ada negara tanpa penduduk. Juga tidak dapat dikatakan ada negara tanpa wilayah. Adanya wilayah tertentu mutlak bagi pembentukan suatu negara. Batas-batas wilayah suatu negara tentunya harus jelas untuk menghindari kemungkinan sengketa dengan negara-negara lain. Bahkan kejelasan batas-batas wilayah ini mutlak karena hanya ada di atas wilayah itu dapat berlaku wewenang suatu negara.²⁶³

Daratan merupakan wilayah yang terpenting dari suatu negara, karena pada daratan lah tempat tinggal dari penduduk dan benda di atasnya. Di daratan melekat pula perbatasan antar negara. Cara-cara perolehan secara tradisional yang paling sering digunakan untuk mendapatkan kedaulatan teritorialnya, yaitu²⁶⁴ Okupasi, preskripsi, Penambahan (*accretion*) wilayah, aneksasi dan penyerahan (*Cession*).

²⁶¹ Sekarang telah menjadi *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* berdasarkan Resolusi MU-PBB A/61/L.67 7 September 2007.

²⁶² Alan Phillips dan Allan Rosas (Editor), *Universal Minority Rights*, Åbo Akademi University Institute for Human Rights Minority Group (International), Turku dan London, 1995, hlm. 54.

²⁶³ Boer Mauna, *op.cit.*, hlm.20.

²⁶⁴ Lihat pada pembahasan sebelumnya.

2. Wilayah Perairan

a. Laut Teritorial

Lahirnya Konvensi Hukum Laut 1982 memberikan peluang bagi negara-negara berkembang terutama negara berkembang yang mempunyai pantai (*coastal states*) untuk menerapkan wilayah teritorialnya selebar 12 mil dari garis pangkal, akan tetapi Konvensi memberikan juga hak akses kepada negara-negara yang tidak mempunyai pantai (*land-locked states*). Konvensi Hukum Laut 1982 menetapkan bahwa setiap Negara pantai mempunyai laut teritorial (*territorial sea*). Laut teritorial telah diatur oleh Konvensi, yaitu yang terdapat dalam Bab II dari mulai Pasal 2-32. Bab II Konvensi Hukum Laut 1982 berjudul "*Territorial Sea and Contiguous Zone*". Pasal 2 Konvensi Hukum Laut 1982 berbunyi sebagai berikut:

1. *The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory and internal waters and, in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea;*
2. *This sovereignty extends to the air space over the territorial sea as well as to its bed and subsoil.*
3. *The sovereignty over the territorial sea is exercised subject to this Convention and to other rules of international law.*

Pasal 2 (1) menyatakan bahwa kedaulatan negara pantai mencakup wilayah darat, perairan pedalaman, perairan kepulauan kalau negara kepulauan, dan sampai laut teritorial atau laut wilayah. Selanjutnya dalam Pasal 2 (2) menyatakan bahwa kedaulatan tersebut meliputi ruang udara di atasnya dan dasar laut serta tanah di bawahnya.

Dalam Pasal 3 Konvensi Hukum Laut 1982 menegaskan bahwa "*Every State has the right to establish the breadth of its territorial sea up to a limit not exceeding 12 nautical miles, measured from baselines determined in accordance with this Convention*". Bahwa setiap negara mempunyai hak untuk menetapkan lebar laut teritorialnya tidak melebihi 12 mil laut yang diukur dari garis pangkal.

Penerapan garis pangkal normal (*normal baseline*) dan garis pangkal lurus (*straight baseline*) adalah untuk menetapkan lebar laut teritorial dan rejim-rejim maritim lainnya, seperti zona tambahan (*contiguous zone*), zona ekonomi eksklusif (*exclusive economic zone*), landas kontinen (*continental shelf*). Garis pangkal normal ditentukan dalam Pasal 5 Konvensi Hukum Laut 1982 yang menyatakan bahwa: "*... the normal baseline for measuring the breadth of the territorial sea is the low-water line along the coast as marked on large-scale charts officially recognized by the coastal State*". Garis pangkal normal untuk mengukur lebar laut teritorial adalah garis air rendah sepanjang pantai sebagaimana terlihat pada peta skala besar yang resmi diakui oleh Negara pantai tersebut.

Penerapan garis pangkal lurus diatur dalam Pasal 7 Konvensi Hukum Laut 1982 yang menyatakan bahwa penarikan garis pangkal lurus harus pada pantai yang menjorok jauh ke dalam atau terdapat suatu deretan pulau panjang di dekatnya (*a fringe of islands along the coast in its immediate vicinity*) yang

menghubungkan titik-titik yang tepat, sehingga terbentang garis lurus. Penarikan garis pangkal lurus ini tidak boleh menyimpang terlalu jauh dengan arah umum pantai tersebut, juga tidak boleh ditarik ke dan dari elevasi surut kecuali terdapat mercu suar (*light houses*) atau instalasi serupa yang permanen. Cara penarikan garis pangkal lurus dapat dilakukan berdasarkan kepentingan ekonomi (*economic interest*) hal ini dibuktikan dengan praktik negara yang telah berlangsung lama. Penarikan garis pangkal lurus dibatasi dengan tidak boleh memotong laut teritorial negara lain.

Pada Konvensi Hukum Laut 1982 telah ditentukan persyaratan untuk dapat dikatakan sebagai teluk, sebagaimana terdapat dalam Pasal 10. Pasal 10 Konvensi menentukan bahwa teluk (*bay*) adalah suatu lekukan yang jelas (*well-marked indentation*) membentuk perairan pedalaman yang luasnya sama atau lebih luas dari setengah lingkaran yang garis tengahnya melintasi mulut lekukan tersebut. Apabila jarak antara titik-titik garis air rendah pada pintu masuk alamiah (*natural entrance points*) tidak melebihi 24 mil, maka garis penutup (*closing line*) dapat ditarik antara kedua garis air rendah tersebut sehingga menjadi perairan pedalaman, tetapi apabila melebihi 24 mil, maka dapat ditarik garis pangkal lurus. Ketentuan Pasal 10 Konvensi Hukum Laut 1982 tersebut tidak berlaku bagi teluk sejarah (*historic bay*) karena dapat menyangkut kepentingan ekonomi, politik, atau keamanan suatu negara pantai.

a.1. Perairan Pedalaman

Ketentuan dalam Konvensi Hukum Laut 1982 yang menyangkut mengenai Perairan Pedalaman sebagaimana tercantum dalam Pasal 8 menyatakan bahwa "... *waters on the landward side of the baseline of the territorial sea form part of the internal waters of the State*". Bahwa perairan pedalaman adalah perairan pada sisi darat garis pangkal laut territorial merupakan bagian perairan pedalaman negara tersebut. Maka perairan pedalaman adalah sepenuhnya berada di bawah kedaulatan suatu negara.

Perairan pedalaman (*internal waters*) adalah bagian dari perairan suatu negara yang tunduk pada kedaulatan negara tersebut, seperti halnya perairan pedalaman di Indonesia yang sudah diatur oleh Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1996 tentang Perairan Indonesia. Pasal 3 ayat (4) UU Nomor 6 Tahun 1996 menegaskan bahwa perairan pedalaman Indonesia adalah semua perairan yang terletak pada sisi darat dari garis air rendah dari pantai-pantai Indonesia termasuk ke dalamnya semua bagian dari perairan yang terletak pada sisi darat dari suatu garis penutup.

a.2. Perairan Kepulauan

Pengertian negara kepulauan terdapat dalam Pasal 46 huruf (a) dan (b) Konvensi Hukum Laut 1982 sebagai berikut :

- (a) "*archipelagic State*" means a State constituted wholly by one or more archipelagos and may include other islands;

(b) "archipelago" means a group of islands, including parts of islands, interconnecting waters and other natural features which are so closely interrelated that such islands, waters and other natural features form an intrinsic geographical, economic and political entity, or which historically have been regarded as such.

Berdasarkan Pasal 46 huruf (a) Negara kepulauan merupakan suatu negara yang seluruhnya terdiri dari satu atau lebih kepulauan (*archipelagos*) dapat mencakup pulau-pulau lain, sedangkan Pasal 46 (b) definisi kepulauan adalah suatu gugusan pulau termasuk bagian pulau, perairan dan wujud alami lainnya yang saling berhubungan satu sama lainnya dengan eratnya, sehingga pulau-pulau, perairan dan wujud alamiah tersebut membentuk kesatuan geografi, ekonomi, dan politik yang hakiki atau secara historis dianggap sebagai demikian.

Negara kepulauan dapat menarik garis pangkal lurus kepulauan yang menghubungkan titik-titik terluar pulau-pulau terluar termasuk pulau-pulau utama dengan perbandingan negara kepulauan tersebut adalah antara laut dan daratan dengan satu berbanding satu dan sembilan berbanding satu (1:1 dan 9:1).²⁶⁵ Panjang garis pangkal tersebut tidak boleh melebihi 100 mil laut kecuali 3 % dari jumlah seluruh garis pangkal yang mengelilingi setiap kepulauan dapat melebihi panjang tersebut sampai maksimum 125 mil laut.²⁶⁶ Penarikan garis pangkal ini tidak boleh menyimpang terlalu jauh dari konfigurasi umum,²⁶⁷ dan juga tidak boleh ditarik ke dan dari elevasi surut (*low-tide elevations*) kecuali terdapat mercu suar atau instalasi permanen dan jaraknya tidak melebihi lebar laut territorial dari pulau terdekat,²⁶⁸ lebar laut territorial yaitu 12 mil. Negara kepulauan tidak boleh menarik garis pangkal itu yang memotong laut territorial, atau zona ekonomi eksklusif negara lain.²⁶⁹ Konvensi Hukum Laut 1982 mewajibkan Negara kepulauan untuk menghormati hak-hak dan kepentingan sah dari Negara tetangganya.²⁷⁰ Penetapan garis pangkal ini harus dicantumkan dalam peta negara tersebut dengan daftar koordinat geografis yang secara jelas merinci datum geodetikanya. Oleh karena itu, Negara kepulauan harus mengumumkan peta atau daftar koordinat tersebut dan mendepositkan salinanannya di Sekretaris PBB.²⁷¹

Kapal-kapal dari semua negara mempunyai hak untuk lintas damai (*the right of innocent passage*) melalui perairan kepulauan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 52 Konvensi yang berbunyi : " 1 . . . ships of all States enjoy the right of innocent passage through archipelagic waters... 2. The archipelagic State may, without discrimination in form or in fact among foreign ships, suspend temporarily in specified areas of its archipelagic waters the innocent passage of foreign ships if

²⁶⁵ Pasal 47 (1) Konvensi Hukum Laut 1982.

²⁶⁶ Pasal 47 (2) Konvensi Hukum Laut 1982.

²⁶⁷ Pasal 47 (3) Konvensi Hukum Laut 1982.

²⁶⁸ Pasal 47 (4) Konvensi Hukum Laut 1982.

²⁶⁹ Pasal 47 (5) Konvensi Hukum Laut 1982.

²⁷⁰ Pasal 47 (6) Konvensi Hukum Laut 1982.

²⁷¹ Pasal 47 (9) Konvensi Hukum Laut 1982.

such suspension is essential for the protection of its security. Such suspension shall take effect only after having been duly published.

Pasal 52 (2) menegaskan bahwa negara kepulauan dapat menunda sementara hak lintas damai di perairan kepulauan tersebut tanpa diskriminasi kepada semua kapal yang dimaksudkan untuk perlindungan keamanan Negara kepulauan tersebut, dengan catatan penundaan tersebut harus diberitahukan terlebih dahulu.

b. Zona Tambahan

Pembentukan rezim zona tambahan mempunyai sejarah tersendiri terutama bermula dari praktik Inggris dan Amerika Serikat. Inggris pernah mengeluarkan peraturan pemberantasan penyelundupan tahun 1669 dan 1673 di mana Inggris dapat menahan kapal yang diduga telah melakukan penyelundupan wool, teh, minuman keras (*liquor*), dan barang-barang terlarang lainnya yang terjadi pada jarak 6-12 mil dari pantainya. Inggris memperluas yurisdiksi anti-penyelundupan terhadap kapal yang berlabuh atau mondar-mandir (*hovering*) dan kapal tersebut dapat diperiksa oleh petugas Bea Cukai dalam jarak 12-25 mil karena Inggris sudah mempunyai "*Hovering Acts*". Sementara itu AS mengeluarkan peraturan tahun 1790 yang menetapkan bahwa kapal-kapal dapat diperiksa oleh petugas Bea Cukai dalam jarak 12 mil bahkan AS dapat menembak kapal yang tidak memperhatikan perintah petugas apabila melanggar seperti dalam kasus kapal yang membawa budak belian (*slavery*) yang mondar-mandir dalam jarak 12 mil. Oleh karena itu, AS membuat *Prohibition Act* tahun 1919 yang melarang kapal asing membawa minuman keras, minuman keras menjadi jarang dan mahal, sehingga mengundang terjadinya penyelundupan dari Kanada, Bahama, Kuba. Kasus yang terkenal adanya pelanggaran di zona tambahan tersebut adalah kasus *the Grace and Ruby* tahun 1922 Massachusetts. Dengan adanya peraturan tersebut timbul kasus yang terkenal dengan "*the Grace and Ruby*" : dimana pengadilan menyatakan sebagai berikut : "*the mere fact, therefore, that the Grace and Ruby was beyond the three mile limit, does not of it self make the seizure unlawful and establish a lack of jurisdiction ... In directing that she be seized ... and brought into the country to answer for her offence I am not prepared to say that the Treasury Department exceeded its power*", bahwa penangkapan kapal Grace and Ruby ketika berada 3 mil bukan merupakan penangkapan illegal karenanya dapat ditangkap langsung dan Treasury Department tidak melebihi kekuasaannya.

Setiap negara pantai yang laut teritorialnya melebihi 12 mil laut berarti suatu negara akan mempunyai zona tambahan (*contiguous zone*) yang mempunyai peranan penting dalam keamanan dan pembangunan ekonominya. Zona tambahan diatur dalam Konvensi Hukum Laut 1982, sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 33, sebagai berikut:

1. *In a zone contiguous to its territorial sea, described as the contiguous zone, the coastal State may exercise the control necessary to:*

- (a) *prevent infringement of its customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations within its territory or territorial sea;*
 - (b) *punish infringement of the above laws and regulations committed within its territory or territorial sea.*
2. *The contiguous zone may not extend beyond 24 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured.*

Setiap negara pantai di zona tambahan dapat melaksanakan pengawasan yang diperlukan untuk mencegah pelanggaran peraturan perundang-undangan bea cukai, fiskal, imigrasi atau sanitasi, dan menghukum para pelakunya. Setiap negara pantai mempunyai zona tambahan yang jauhnya tidak boleh melebihi 24 mil yang diukur dari garis pangkal di mana lebar laut teritorial diukur atau sejauh 12 mil diukur dari laut teritorial suatu negara pantai. Status zona tambahan berbeda dengan status laut teritorial, kalau laut teritorial adalah milik kedaulatan suatu negara pantai secara mutlak, sedangkan status zona tambahan adalah tunduk pada rejim yurisdiksi pengawasan negara pantai, bukan bagian dari kedaulatan negara.

Fungsi zona tambahan adalah mencegah pelanggaran peraturan perundang-undangan tentang bea cukai, fiskal, imigrasi, dan sanitasi yang dapat merugikan suatu negara, serta menegakkan hukumnya, sehingga para pelaku pelanggaran tersebut dapat diadili. Penggunaan kata "*may*" adalah bukan kewajiban, tetapi hak, melainkan hak untuk mengawasi yang diperlukan terjadinya pelanggaran empat bidang tersebut dan memproses pelaku pelanggarannya. Pencegahan tersebut sudah barang tentu memerlukan sarana dan prasarananya, seperti sumber daya manusia dan armada kapalnya yang mampu mengawasi dan menjaga yurisdiksinya di zona tambahan tersebut, sehingga tidak terjadi transaksi ilegal dan kejahatan lainnya.

c. **Zona Ekonomi Eksklusif**

Perkembangan hukum laut mengenai zona ekonomi eksklusif (*exclusive economic zone*) yang berasal dari kebiasaan internasional (*international customs*), dan kemudian diterima menjadi hukum kebiasaan internasional (*customary international law*), karena sudah terpenuhi dua syarat penting, yaitu praktik negara-negara (*state practice*) dan *opinio juris sive necessitatis*. Zona ekonomi eksklusif bagi negara berkembang seperti Indonesia adalah vital karena di dalamnya terdapat kekayaan sumber daya alam hayati dan non-hayati, sehingga mempunyai peranan sangat penting bagi pembangunan ekonomi bangsa dan negara.

Di dunia terdapat 15 negara yang mempunyai *leading exclusive economic zone*, yaitu Amerika Serikat, Prancis, Indonesia, Selandia Baru, Australia, Rusia, Jepang, Brasil, Kanada, Meksiko, Kiribati, Papua Nugini, Chili, Norwegia, dan India. Indonesia beruntung sekali termasuk 1 dari 15 negara yang mempunyai zona

ekonomi eksklusif sangat luas bahkan termasuk tiga besar setelah Amerika Serikat dan Prancis, yaitu sekitar 1.577.300 *square nautical miles*.²⁷²

Zona ekonomi eksklusif suatu negara sudah diatur secara lengkap oleh Konvensi Hukum Laut 1982 yang terdapat dalam Pasal 55-75 Konvensi Hukum Laut 1982, yang mempunyai sifat *sui generis* atau *specific legal regime*. Pasal 55 Konvensi yang menyatakan sebagai berikut :

the exclusive economic zone is an area beyond and adjacent to the territorial sea, subject to the specific legal regime established in this Part, under which the rights and jurisdiction of the coastal State and the rights and freedoms of other States are governed by the relevant provisions of this Convention.

Zona ekonomi eksklusif adalah daerah di luar dan berdamping dengan laut territorial yang tunduk pada rejim hukum khusus di mana terdapat hak-hak dan yurisdiksi negara pantai, hak dan kebebasan Negara lain yang diatur oleh Konvensi. Lebar zona ekonomi eksklusif bagi setiap negara pantai adalah 200 mil sebagaimana ditegaskan Dalam Pasal 57 Konvensi yang menyatakan bahwa: *the exclusive economic zone shall not extend beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured*, yang artinya bahwa zona ekonomi eksklusif tidak boleh melebihi 200 mil laut dari garis pangkal di mana laut territorial diukur.

Negara mempunyai hak-hak, yurisdiksi, dan kewajiban di zona ekonomi eksklusif karena sudah terikat oleh Konvensi Hukum Laut 1985 dengan Indonesia melalui Undang-undang Nomor 17 Tahun 1985. Hak-hak, yurisdiksi, dan kewajiban Indonesia pada Konvensi tersebut sudah ditentukan oleh Pasal 56 yang berbunyi sebagai berikut :

1. *In the exclusive economic zone, the coastal State has:*
 - (a) *sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the seabed and of the seabed and its subsoil, and with regard to other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents and winds;*
 - (b) *jurisdiction as provided for in the relevant provisions of this Convention with regard to:*
 - i. *the establishment and use of artificial islands, installations and structures;*
 - ii. *marine scientific research;*
 - iii. *the protection and preservation of the marine environment;*
2. *In exercising its rights and performing its duties under this Convention in the exclusive economic zone, the coastal State shall have due regard to the rights and duties of other States and shall act in a manner compatible with the provisions of this Convention.*

²⁷² R.R. Churchill and A.V. Lowe, *the Law of the Sea*, 3rd edition, Juris Publishing, Machester University Press, 1999, hlm. 178.

Setiap negara pantai di zona ekonomi eksklusif mempunyai hak berdaulat untuk tujuan eksplorasi, eksploitasi, konservasi, dan mengelola sumber daya alam baik hayati maupun non-hayati di perairannya, dasar laut dan tanah di bawahnya serta untuk keperluan ekonomi di zona tersebut seperti produksi energi dari air, arus, dan angin. Sedangkan yurisdiksi negara di zona ekonomi eksklusif adalah yurisdiksi membuat dan menggunakan pulau buatan, instalasi, dan bangunan, riset ilmiah kelautan, perlindungan dan pelestarian lingkungan laut. Dalam melaksanakan hak berdaulat dan yurisdiksinya di zona ekonomi eksklusif itu, Indonesia harus memperhatikan hak dan kewajiban Negara lain. Hal yang tidak kalah pentingnya adalah kewajiban menetapkan batas-batas zona ekonomi eksklusif Indonesia dengan negara tetangga berdasarkan perjanjian, pembuatan peta dan koordinat geografis serta menyampaikan salinannya ke Sekretaris Jenderal PBB.

Hak dan kewajiban negara lain di zona ekonomi eksklusif diatur dalam Pasal 58 Konvensi Hukum Laut 1982, sebagai berikut :

1. *In the exclusive economic zone, all States, whether coastal or land-locked, enjoy, subject to the relevant provisions of this Convention, the freedoms referred to in article 87 of navigation and overflight and of the laying of submarine cables and pipelines, and other internationally lawful uses of the sea related to these freedoms, such as those associated with the operation of ships, aircraft and submarine cables and pipelines, and compatible with the other provisions of this Convention.*
2. *Articles 88 to 115 and other pertinent rules of international law apply to the exclusive economic zone in so far as they are not incompatible with this Part.*
3. *In exercising their rights and performing their duties under this Convention in the exclusive economic zone, States shall have due regard to the rights and duties of the coastal State and shall comply with the laws and regulations adopted by the coastal State in accordance with the provisions of this Convention and other rules of international law in so far as they are not incompatible with this Part.*

Pada zona ekonomi eksklusif, semua negara baik negara pantai maupun tidak berpantai mempunyai hak kebebasan pelayaran dan penerbangan, kebebasan memasang kabel dan pipa bawah laut dan penggunaan sah lainnya menurut hukum internasional dan Konvensi Hukum Laut 1982. Dalam melaksanakan hak-hak dan kebebasan tersebut, Negara lain harus menghormati peraturan perundang-undangan Indonesia sebagai negara pantai yang mempunyai zona ekonomi eksklusif tersebut.

d. Landas Kontinen

Perkembangan sebelumnya landas kontinen (*continental shelf*) diatur dalam Konvensi-Konvensi Jenewa 1958 yang sekarang sudah tidak berlaku lagi karena digantikan dengan Konvensi Hukum Laut 1982. Pengertian landas kontinen mengalami perubahan sebagaimana terdapat dalam Konvensi Hukum Laut 1982.

Menurut Pasal 1 Konvensi Jenewa (*Convention on the Continental Shelf*) 1958 pengertian landas kontinen adalah sebagai berikut :

"For the purpose of these articles, the term continental shelf is used as referring

- (a) *to the seabed and subsoil of the submarine areas adjacent to the coast but outside the area of the territorial sea, to a depth of 200 metres or, beyond that limit, to where the superjacent waters admits of the exploitation of the natural resources of the said areas;*
- (b) *to the seabed and subsoil of similar submarine areas adjacent to the coasts of islands".*

Pengertian landas kontinen menurut Konvensi Jenewa 1958 tersebut adalah :

- (a) dasar laut dan tanah di bawahnya yang berhadapan dengan pantai tapi di luar laut territorial sampai kedalaman 200 meter atau di luar batas itu sampai dimungkinkan eksploitasi sumber daya alam tersebut;
- (b) sampai dasar laut dan tanah di bawahnya yang berhadapan dengan pantai dari pulau-pulau.

Pada umumnya pengertian landas kontinen tersebut akan mempunyai kedalaman 130-500 meter, di sambung dengan lereng kontinen (*continental Slope*) dengan kedalaman 1200-3500 meter, dan di terakhir adalah tanjakan kontinen (*continental rise*) dengan kedalaman 3500-5500 meter. Ketiga Kontinen tersebut membentuk *continental margin* atau pinggir kontinen.

Semua ketentuan tentang landas kontinen menurut Konvensi Jenewa 1958 diubah oleh Konvensi Hukum Laut 1982. Landas kontinen di atur oleh Pasal 76-85 Konvensi Hukum Laut 1982 yang di dalamnya terdapat pengertian landas kontinen, hak negara pantai di landas kontinen, penetapan batas landas kontinen oleh setiap negara, pembuatan peta dan koordinat geografis dan menyampaikan ke Sekretaris Jenderal PBB. Pengertian landas kontinen menurut Pasal 76 Konvensi Hukum Laut 1982 adalah sebagai berikut :

1. The continental shelf of a coastal state comprises the sea-bed and subsoil of the submarine areas that extend beyond its territorial sea throughout the natural prolongation of its land territory to the outer edge of the continental margin, or to a distance of 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured where the outer edge of the continental margin does not extend up to that distance.

5. The fixed points comprising the line of the outer limits of the continental shelf on the sea-bed, drawn in accordance with paragraph 4 (a) (i) and (ii), either shall not exceed 350 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured or shall not exceed 100 nautical miles from the 2,500 metre isobath, which is a line connecting the depth of 2,500 metres

Pengertian Landas kontinen menurut Pasal 76 ayat (1), ayat (2) Konvensi Hukum Laut 1982 tersebut adalah landas kontinen yang meliputi sebagai berikut :

- (a) dasar laut dan tanah di bawahnya yang terletak di luar laut territorialnya sepanjang adanya kelanjutan ilmiah dari wilayah daratannya sampai ke pinggir tepi kontinen; atau

- (b) dasar laut dan tanah di bawahnya sampai jarak 200 mil laut dari garis pangkal di mana laut teritorial diukur;
- (c) landas kontinen dimungkinkan mencapai 350 mil laut dari garis pangkal di mana laut teritorial diukur; atau
- (d) tidak melebihi 100 mil laut dari kedalaman (*isobath*) 2500 meter.

Negara mempunyai hak eksplorasi dan eksploitasi kekayaan sumber daya alam di landas kontinen sebagaimana diatur dalam Pasal 77 Konvensi Hukum Laut 1982, tetapi di samping itu Indonesia mempunyai kewajiban untuk menetapkan batas terluar landas kontinen sejauh 350 mil dan menyampaikan kepada Komisi Landas Kontinen (*Commission on the Limits of the Continental Shelf*) yang selanjutnya diatur oleh Lampiran (*Annex*) II Konvensi Hukum Laut 1982. Penetapan batas-batas landas kontinen baik sejauh 200 mil maupun 350 mil tersebut wajib disampaikan salinannya kepada Sekretaris Jenderal PBB yang di dalamnya memuat informasi yang relevan seperti data geodetik dan peta-peta lainnya.

3. Wilayah Udara

Wilayah udara menjadi bagian dari yurisdiksi nasional berdasarkan perjanjian internasional melalui Perjanjian Paris (Convention Relating to The Regulation of Aerial Navigation, Paris 13 Oktober 1919. Perjanjian ini berlandaskan adagium Romawi: *Cuius est Solum, eius usque adcoelum et ad inferos*. "Bahwa Negara melaksanakan hak-haknya sampai pada suatu ketinggian di mana ia Masih memiliki kontrol secara efektif Terhadap ruang udara. Tujuan Utamanya adalah Menegakkan kedaulatan negara terhadap ruang udara diatas wilayahnya.

Perkembangan selanjutnya dalam Konvensi Chicago Tahun 1944, Pasal 1 menyatakan bahwa setiap negara mempunyai kedaulatan yang utuh dan penuh (*complete and exclusive sovereignty*) atas ruang udara atas wilayah kedaulatannya. Dari Pasal tersebut memberikan pandangan bahwa perwujudan dari kedaulatan yang penuh dan utuh atas ruang udara di atas wilayah teritorial, adalah : (1) setiap negara berhak mengelola dan mengendalikan secara penuh dan utuh atas ruang udara nasionalnya; (2) tidak satupun kegiatan atau usaha di ruang udara nasional tanpa mendapatkan izin terlebih dahulu atau sebagaimana telah diatur dalam suatu perjanjian udara antara negara dengan negara lain baik secara bilateral maupun multilateral.

Konvensi Hukum Laut 1982 dalam Pasal 49 menegaskan status hukum perairan kepulauan, udara di atasnya, dan dasar laut di bawahnya, yaitu berbunyi sebagai berikut :

1. *The sovereignty of an archipelagic State extends to the waters enclosed by the archipelagic baselines drawn in accordance with article 47, described as archipelagic waters, regardless of their depth or distance from the coast.*
2. *This sovereignty extends to the air space over the archipelagic waters, as well as to their bed and subsoil, and the resources contained therein.*

4. *The regime of archipelagic sea lanes passage established in this Part shall not in other respects affect the status of the archipelagic waters, including the sea lanes, or the exercise by the archipelagic State of its sovereignty over such waters and their air space, bed and subsoil, and the resources contained therein.*

Negara kepulauan berdaulat penuh atas perairan kepulauannya tanpa memperhatikan kedalaman atau jaraknya dari pantai dan kedaulatan penuh tersebut meliputi ruang udara di atasnya, dasar laut dan tanah di bawahnya, serta sumber kekayaan yang terkandung di dalamnya. Negara kepulauan harus menetapkan alur laut kepulauan (*archipelagic sea lanes*) dan lintas damai bagi pelayaran internasional. Negara kepulauan mempunyai kewajiban untuk menghormati perjanjian yang sudah ada dengan Negara lain dan harus mengakui hak penangkapan ikan tradisional (*traditional fishing rights*), serta menghormati kabel laut yang dipasang Negara lain di perairan kepulauan tersebut sebagaimana diatur oleh Pasal 51 Konvensi Hukum Laut 1982. Pengakuan Negara kepulauan terhadap hak-hak tersebut harus dilaksanakan karena mengingat status perairan tersebut semula adalah tunduk pada rezim laut lepas, tetapi setelah berlaku Konvensi Hukum Laut 1982 sejak tanggal 16 November 1994 maka yang semula statusnya laut lepas sekarang menjadi perairan kepulauan yang tunduk pada rezim kedaulatan penuh Negara kepulauan.

G. Wilayah Lain

1. Laut Lepas

Perkembangan laut lepas (*high seas*) sebelumnya di atur dalam Konvensi-Konvensi Jenewa yang merupakan hasil dari Konferensi PBB tentang Hukum Laut (UNCLOS) I tanggal 24 Februari-27 April 1958. Pasal 1 Konvensi Jenewa 1958 tersebut memberikan pengertian laut lepas yang menyatakan : "*the term high seas means all parts of the sea that are not included in the territorial sea or in the internal waters of a State*", bahwa laut lepas adalah semua bagian laut yang tidak termasuk laut teritorial atau perairan pedalaman suatu Negara.

Sejak berlakunya Konvensi Hukum Laut 1982, maka Konvensi Jenewa 1958 ini sudah tidak berlaku lagi. Dalam hal pengertian laut lepas menurut Konvensi Jenewa 1958 sangat jauh dengan pengertian laut lepas menurut Konvensi Hukum Laut 1982. Konvensi Hukum Laut 1982 dalam Pasal 86 menyatakan pengertian laut lepas sebagai berikut : "*the provisions of this Part apply to all parts of the sea that are not included in the exclusive economic zone, in the territorial sea or in the internal waters of a State, or in the archipelagic waters of an archipelagic State*", bahwa laut lepas adalah semua bagian laut yang tidak termasuk zona ekonomi eksklusif, laut teritorial atau perairan pedalaman suatu negara dan perairan kepulauan dalam Negara kepulauan. Pengertian laut lepas menurut Konvensi Hukum Laut 1982 ini sangat jauh statusnya dengan pengertian laut lepas menurut Konvensi Jenewa 1958. Laut lepas menurut Konvensi Jenewa 1958 adalah hanya 3 mil dari laut teritorial, sedangkan laut lepas menurut Konvensi Hukum Laut 1982 adalah dimulai dari zona ekonomi eksklusif yang berarti dimulai dari 200 mil.

Menurut Konvensi Hukum Laut 1982, laut territorial yang sejauh 12 mil itu tunduk pada kedaulatan penuh suatu Negara, sedangkan zona ekonomi eksklusif yang sejauh itu mempunyai status *sui generis*, yaitu bahwa sifat khusus yang bukan bagian dari kedaulatan Negara, tetapi juga tidak tunduk pada rejim internasional. Dalam zona ekonomi eksklusif, setiap Negara mempunyai hak-hak berdaulat dan yurisdiksi sebagaimana dijelaskan di atas.

Pasal 87 Konvensi Hukum Laut 1982 menegaskan bahwa laut lepas adalah terbuka bagi semua Negara baik Negara pantai (*costal States*) maupun Negara tidak berpantai (*land-locked States*). Semua negara mempunyai kebebasan di laut lepas (*freedom of the high seas*), yaitu sebagai berikut :

- (a) kebebasan pelayaran (*freedom of navigation*);
- (b) kebebasan penerbangan (*freedom of overflight*);
- (c) kebebasan memasang kabel dan pipa bawah laut (*freedom to lay submarine cables and pipelines*);
- (d) kebebasan membangun pulau buatan dan instalasi lainnya sesuai dengan hukum internasional (*freedom to construct artificial islands and other installations permitted under international law*);
- (e) kebebasan penangkapan ikan (*freedom of fishing*);
- (f) kebebasan riset ilmiah kelautan (*freedom of scientific research*).

Dalam melaksanakan kebebasan di laut lepas harus memperhatikan kepentingan negara lain. Karena pelaksanaan kebebasan tersebut harus dilaksanakan untuk tujuan-tujuan damai (*peaceful purposes*) dan tidak boleh negara melaksanakan kedaulatannya di laut lepas sebagaimana ditegaskan oleh Pasal 88-89 Konvensi Hukum Laut 1982. Setiap kapal yang berlayar di laut lepas harus ada kebangsaannya karena ada ikatan antara kapal dengan Negara (*genuine link*) dan apabila kapal menggunakan dua negara atau lebih bendera Negara karena ingin mendapat kemudahan (*flag of convenience*) dianggap sebagai kapal tanpa kebangsaan. Pendaftaran kapal kepada negaranya menurut Konvensi Hukum Laut 1982 ini tidak berlaku bagi kapal-kapal yang digunakan untuk melaksanakan tugas Perserikatan Bangsa-Bangsa, badan-badan dan lembaga khususnya atau bagi Badan Energi Atom Dunia (*the International Atomic Energy Agency*) sebagaimana diatur oleh Pasal 93 Konvensi Hukum Laut 1982.

Berdasarkan Pasal 94 Konvensi Hukum Laut 1982 (*Duties of the flag State*) yang menyatakan bahwa : *Every State shall effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag*, hal ini berarti bahwa setiap negara harus melaksanakan secara efektif yurisdiksinya dan mengendalikannya di bidang administratif, teknis, dan sosial di atas kapal yang mengibarkan benderanya. Di laut lepas, kapal perang dan kapal untuk dinas pemerintah memiliki kekebalan penuh terhadap yurisdiksi negara mana pun kecuali negara benderanya sebagaimana diatur oleh Pasal 95-96 Konvensi.

2. Antartika

Sebelum Antarctica Treaty Tahun 1959, Antartika yang berada di Kutub Selatan merupakan wilayah yang tidak berpenghuni atau tidak ada penduduk asli, dan tidak sedikit negara yang mengklaim kedaulatannya atas wilayah ini. Dengan berdasarkan teori yang digunakan negara-negara dalam mengklaim wilayah di Antartika, yaitu teori pendudukan (*occupation*), teori kontinuitas (*continuity*), teori kontiguitas (*contiguity*), teori sector (*sector principle*), penemuan (*discovery*) dan berdasarkan hak-hak historis (*historic rights*). Akan tetapi teori yang paling banyak digunakan sebagai berikut²⁷³:

b. Teori Kontinuitas

Menurut teori ini suatu pendudukan pada suatu wilayah (Antartika) dibenarkan guna memperluas kedaulatan negara yang mendudukinya sepanjang diperlukan untuk pengembangan alam dan keamanannya.

c. Teori kontiguitas

Teori ini menyatakan bahwa suatu kedaulatan negara yang dibenarkan untuk menduduki suatu wilayah karena negara tersebut adalah negara yang secara geografis berada paling dekat dengan wilayah yang diklaimnya itu.

d. Teori Sektor

Sedangkan menurut teori sektor mirip pendiriannya dengan teori kontiguitas, akan tetapi teori ini khusus di terapkan di wilayah kutub. Menurut teori ini negara yang terletak dekat dengan wilayah kutub memiliki hak untuk mengklaim kedaulatan atas wilayah tersebut.

Berdasarkan dasar-dasar teori ini, wilayah Artik (Kutub Utara) diklaim antara lain oleh Uni Soviet dan Kanada. Sedangkan Antartika (Kutub Selatan) diklaim oleh Argentina, Australia, Inggris, Chili, Perancis, Selandia Baru dan Norwegia. Pada umumnya negara-negara menggunakan teori sektor sebagai dasar klaimnya. Klaim-klaim negara atas wilayah Antartika yang pada umumnya dilakukan sebelum 1959, terjadi tumpang tindih dengan klaim negara lain. Selain itu dari wilayah itu tidak ada dari satu pun yang berada dalam pengawasan efektif (*effective control*) oleh negara-negara yang bersangkutan.²⁷⁴

Dengan banyaknya klaim kedaulatan wilayah atas Antartika, maka atas inisiatif Amerika Serikat, beserta negara-negara yang berkepentingan dengan Antartika mengadakan suatu pertemuan dan melahirkan Perjanjian Antarctic tahun 1959. Dalam perjanjian ini terdapat tiga prinsip utama²⁷⁵, Pertama, bahwa segala kegiatan yang dilakukan di Antartika hanya untuk maksud damai saja,²⁷⁶ Kedua,

²⁷³ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 157.

²⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 158

²⁷⁵ *Ibid.*, hlm 159.

²⁷⁶ Article I

1. Antarctica shall be used for peaceful purposes only. There shall be prohibited, *inter alia*, measures of a military nature, such as the establishment of military bases and

berlakunya kebebasan untuk melakukan penelitian dan kerjasama ilmiah di Antartika²⁷⁷, ketiga, Pemeliharaan lingkungan Antartika.²⁷⁸

3. Ruang Angkasa

Pengertian ruang angkasa berdasarkan perjanjian mengenai Prinsip-Prinsip kegiatan negara-negara dalam usaha penyelidikan dan penggunaan ruang angkasa tertanggal 27 Januari 1967 dalam Pasal 1 sebagai berikut²⁷⁹:

"outer Space, including the moon and other celestial bodies, shall be free for exploration and use by all States without discrimination of any kind, on a basis of equality and in accordance with international law, and there shall be free acces to all areas of celestial bodies."

fortifications, to carrying out of military manoeuvres as well as the testing of any type of weapons.

2. The Present Treaty shall not prevent the use of military personnel or equipment for scientific research or for any other peaceful purpose.

²⁷⁷ Article II

Freedom of scientific investigation in Antarctica and cooperation toward that end, as applied during the International Geophysical Year, shall continue, subject to the provisions of the present treaty.

²⁷⁸ Article IX

1. Representatives of the Contracting Parties named in the preamble to the present treaty shall meet at the City of Canberra within two months after the date of entry into force of the treaty, and thereafter at suitable intervals and places, for the purpose of exchanging information, consulting together on matters of common interest pertaining to Antarctica, and formulating and considering, and recommending to their Governments, measures in furtherance of the principles and objectives of the treaty, including measures regarding:
 - (a) use of Antarctica for peaceful purposes only;
 - (b) facilitation of scientific research in Antarctica;
 - (c) facilitation of international scientific cooperation in Antarctica;
 - (d) facilitation of the exercise of the rights of inspection provided for in Article VII of the treaty;
 - (e) questions relating to the exercise of jurisdiction in Antarctica;
 - (f) preservation and conservation of living resources in Antarctica.
2. Each Contracting Party which has become a party to the present treaty by accession under Article XIII shall be entitled to appoint representatives to participate in the meetings referred to in paragraph 1 of the present Article, during such time as that Contracting Party demonstrates its interest in Antarctica by conducting substantial scientific research activity there, such as the establishment of a scientific station or the despatch of a scientific expedition.
3. Reports from the observers referred to in Article VII of the present treaty shall be transmitted to the representatives of the Contracting Parties participating in the meetings referred to in paragraph 1 of the present Article.
4. The measures referred to in paragraph 1 of this Article shall become effective when approved by all the Contracting Parties whose representatives were entitled to participate in the meetings held to consider those measures.
5. Any or all of the rights established in the present treaty may be exercised from the date of entry into force of the treaty whether or not any measures facilitating the exercise of such rights have been proposed, considered or approved as provided in this Article.

²⁷⁹ Priyatna Abdurasyid, *Kedaulatan Negara di Ruang Angkasa*, Pusat Penelitian Hukum Angkasa, Jakarta 1972, hlm. 17.

Mengenai ruang angkasa itu sendiri, diatur dalam Space Treaty 1967. Dari pengertian-pengertian di atas, maka terasa tidaklah mungkin suatu negara tertentu dapat melaksanakan hak dan kedaulatannya di luar daripada batas-batas gaya tarik bumi, yang diperkirakan berada pada jarak sekitar 260.000 kilometer dari permukaan laut, diukur secara tegak lurus.²⁸⁰ Adapun pendapat ini bersumber kepada suatu doktrin klasik yang menyatakan bahwa : "adalah menjadi hak dan kewajiban suatu negara untuk melindungi dirinya dan perlindungan tersebut dipandang perlu dan wajar kalau negara tersebut mempunyai hak-hak untuk mengawasi bagian dari wilayahnya".²⁸¹

Ruang angkasa tunduk kepada rezim internasional yang penerapannya dilaksanakan dengan dua prinsip utama yaitu²⁸²:

a. Tidak dapat dimiliki (*Non-Appropriation*)

Batasan prinsip ini tercantum jelas dalam Pasal 2 yang menyatakan bahwa: "*outer space, including the moon and the other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means.*" Ruang angkasa termasuk bulan dan benda-benda langit lainnya tidak dapat dijadikan milik nasional baik pernyataan kedaulatan, pendudukan ataupun pendudukan maupun cara-cara lain apapun.

b. Kebebasan penggunaan

Prinsip tidak boleh memiliki menyebabkan ruang angkasa di gunakan secara bebas oleh semua negara tanpa adanya perbedaan dan atas kesamaan yang adil seperti yang tercantum dalam Pasal 1 Paragraf 2 Perjanjian Ruang Angkasa 1967.

Bila dibandingkan kebebasan ini dengan kebebasan di laut lepas, ini berarti bahwa akses ke ruang angkasa adalah bebas dan kegiatan-kegiatan spasial lainnya, termasuk riset ilmiah. Walaupun penggunaan ruang angkasa dapat dilakukan secara bebas akan tetapi mempunyai batasan-batasan menurut hukum internasional yaitu penggunaan antariksa harus bersifat damai dengan tujuan memelihara perdamaian dan keamanan internasional.

H. Servitut (*Servitudes*)

Servitut muncul manakala diwilayah suatu negara terdapat hak-hak (*legal rights*) negara lain. Negara yang menikmati servitut berhak untuk melakukan suatu perbuatan di wilayah negara lain. Misalnya suatu negara mempunyai hak melewati di dalam wilayah suatu negara. Sebaliknya, negara-negara yang mempunyai beban untuk memberikan servitut ini kepada suatu negara berkewajiban untuk tidak melakukan perbuatan yang menghalangi hak-hak negara lain. Misal saja membangun pangkalan militer di wilayah yang melekat servitut di atasnya sehingga negara yang menikmati servitut jadi terhalang.²⁸³

²⁸⁰ *Ibid.*, hlm 14.

²⁸¹ *Ibid.*, hlm 15.

²⁸² Boer Mauna, *op.cit.*, hlm 445.

²⁸³ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 159.

J.G. Starke berpendapat bahwa servitut sebagai suatu pembatasan eksepsional yang dibebankan oleh perjanjian terhadap kedaulatan teritorial negara tertentu dimana wilayah negara tersebut dibebani kewajiban-kewajiban atau restriksi-restriksi yang melayani kepentingan-kepentingan negara lain, atau kesatuan non negara.²⁸⁴

Menurut Oppenheim-Lauterpacht²⁸⁵ servitut merupakan kebiasaan internasional, yaitu hak untuk melewati secara bebas dan damai wilayah negara lain untuk berlayar dan berdagang. Hak ini lahir karena adanya sifat saling ketergantungan negara-negara. Beliau juga membagi servitut kedalam 4 bentuk, yaitu:

1. Servitut positif (Servitut afirmatif atau aktif-*Positive Servitudes*), yaitu servitut yang member hak kepada suatu negara untuk melaksanakan tindakan-tindakan tertentu di wilayah negara lain, seperti membangun rel kereta api, membangun kantor bea cukai dan lain-lain. Termasuk dalam bentuk ini adalah hak pada suatu negara untuk meminta negara lain agar warga negaranya di bolehkan untuk melakukan suatu tindakan tertentu, misalnya menangkap ikan di bagian laut wilayah tertentu.
2. Servitut Negatif (*Negative Servitudes*) yaitu hak suatu negara untuk meminta negara lain agar tidak melakukan sesuatu di wilayahnya. Misalnya, suatu negara dapat meminta negara tetangganya untuk tidak membangun benteng pertahanan dikota-kota yang berada didekat perbatasan.
3. Servitut Militer (*Military State Servitudes*), yaitu hak untuk tujuan-tujuan militer, seperti misalnya hak untuk tetap mempertahankan kehadiran tentaranya di wilayah negara lain atau hak untuk meminta negara lain agar tentaranya dapat melewati wilayahnya. Servitut militer sebagaimana dalam perjanjian 1960 tentang berdirinya Republik Cyprus (*Treaty concerning the Establishment of the Republic of Cyprus 1960*). Perjanjian yang ditandatangani oleh Yunani, Turki, Inggris serta Cyprus memberikan hak kepada angkatan bersenjata Inggris untuk tetap berada di Cyprus.
4. Servitut Ekonomi (*Economic Servitudes*) yaitu hak untuk tujuan atau kepentingan perniagaan, lalu lintas perdagangan dan hak-hak ekonomi lainnya, hak untuk menikmati pembebasan bea cukai di wilayah atau zona ekonomi tertentu, hak untuk berlayar di sungai, hak untuk membangun kabel-kabel telepon atau telegraf di wilayah negara lain.

²⁸⁴ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 196

²⁸⁵ Sebagaimana dikutip Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 160-161

TANGGUNG JAWAB NEGARA

A. Hakikat dan Pengertian

Latar belakang timbulnya tanggung jawab negara dalam hukum internasional yaitu bahwa tidak ada satu negara pun yang dapat menikmati hak-haknya tanpa menghormati hak-hak negara lain. Setiap pelanggaran terhadap hak negara lain, menyebabkan negara tersebut wajib untuk memperbaiki pelanggaran hak itu. Dengan kata lain negara harus mempertanggungjawabkannya. Suatu negara bertanggung jawab, misalnya, karena telah melanggar kedaulatan wilayah negara lain, merusak wilayah atau harta benda negara lain dan lain-lain.²⁸⁶

Pertanggungjawaban adalah mengenai satu kewajiban untuk menebus pembalasan dendam dari seseorang yang kepadanya telah dilakukan suatu tindakan yang merugikan (*injury*), baik dilakukan oleh orang yang disebut pertama maupun oleh sesuatu yang ada di bawah kekuasaannya. Dengan kata lain perkataan seseorang yang telah melakukan suatu tindakan yang merugikan orang lain harus menebus kerugian itu atau menderita pembalasan dendam dari pihak yang dirugikan. Pembayaran tebusan kemudian menjadi kewajiban lebih dahulu daripada suatu hak istimewa.²⁸⁷

Menurut Rosalyn Higgins, hukum tentang tanggung jawab negara tidak lain adalah hukum yang mengatur akuntabilitas (*accountability*) terhadap suatu pelanggaran hukum internasional. Jika suatu negara melanggar suatu kewajiban internasional, negara tersebut bertanggung jawab (*responsibility*) untuk pelanggaran yang dilakukannya. Menurut beliau, kata *accountability* mempunyai dua pengertian. Pertama, negara memiliki keinginan untuk melaksanakan perbuatan dan/atau kemampuan mental (*mental capacity*) untuk menyadari apa yang dilakukannya. Kedua, terdapat suatu tanggung jawab (*liability*) untuk

²⁸⁶ Hingorani, *Modern International Law*, 2nd.ed., 1984, hlm. 241. Sebagaimana juga dikutip dalam Huala Adolf, *Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, Edisi Revisi, Rajawali Press-PT. RajGrafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm. 255.

²⁸⁷ Roscoe Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, Terjemahan Mohamad Rajab, Bhatara Karya Aksara, Jakarta, 1989, hlm. 80-81. Lihat juga dalam Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Hukum Internasional (Bunga Rampai)*, PT. Alumni, Bandung, 2003, hlm. 1.

tindakan negara yang melanggar hukum internasional (*internationally wrongful behaviour*) dan bahwa tanggung jawab tersebut (*liability*) harus dilaksanakan.²⁸⁸

Hal-hal praktis tanggung jawab negara dalam batas-batas antara hukum internasional dan hukum nasional. Perbedaan ini secara khusus ada kaitannya dengan dua hal²⁸⁹:

- a. Pelanggaran kewajiban atau dilaksanakannya beberapa tindakan oleh suatu negara yang dianggap menimbulkan tanggung jawab.
- b. Kewenangan atau kompetensi badan negara yang melakukan kesalahan.

Pertanggungjawaban negara menurut hukum internasional hanya timbul karena terjadinya pelanggaran terhadap hukum internasional. Pertanggungjawaban itu tetap timbul meskipun menurut hukum nasional suatu negara yang bersangkutan perbuatan itu tidak merupakan pelanggaran hukum. Perbedaan itu mungkin disebabkan oleh karena perbuatan itu oleh hukum nasional negara tersebut tidak ditetapkan sebagai perbuatan yang melanggar hukum atau karena pelaku perbuatan itu menurut hukum nasional negara tersebut tidak menimbulkan pertanggungjawaban negara. Pelaku pelanggaran menurut hukum nasional tidak menimbulkan pertanggungjawaban negara misalnya adalah alat perlengkapan negara yang bertindak melampaui batas wewenang yang ditetapkan hukum nasionalnya. Akibat dari perbedaan tanggung jawab negara menurut hukum internasional dan hukum nasional ialah bahwa suatu negara tidak dapat menghindari tanggung jawab internasional dengan beralihkannya kebenaran menurut hukum nasionalnya. Dengan kata lain suatu negara tidak dapat menjadikan hukum negaranya untuk menghindari tanggung jawab yang ditetapkan menurut hukum internasional. Alasan yang dapat dipergunakan untuk menolak tanggung jawab negara ialah dalam keadaan darurat dan pembelaan diri.²⁹⁰

Menurut Malcolm N. Shaw, yang menjadi karakteristik penting adanya tanggung jawab (negara) ini bergantung kepada faktor-faktor sebagai berikut²⁹¹:

- 1) Adanya suatu kewajiban hukum internasional yang berlaku antara dua negara tertentu.
- 2) Adanya suatu perbuatan atau kelalaian yang melanggar kewajiban hukum internasional tersebut yang melahirkan tanggung jawab negara.
- 3) Adanya kerusakan atau kerugian sebagai akibat adanya tindakan yang melanggar hukum atau kelalaian.

Setiap negara memiliki hak untuk melindungi dan memelihara eksistensinya dalam masyarakat internasional. Disamping itu Negara juga memiliki kewajiban-kewajiban untuk tidak melakukan tindakan-tindakan yang melahirkan adanya suatu permusuhan antara satu Negara dengan Negara lainnya. Tidak ada

²⁸⁸ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 256.

²⁸⁹ J.G. Starke, *Introduction to International Law*, 10th ed, Butterworths, London, 1989, hlm. 296-297.

²⁹⁰ *Ibid.* lihat juga dalam F. Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Atma Jaya Yogyakarta, Yogyakarta, 1998, hlm. 78.

²⁹¹ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 257.

satu negarapun yang dapat menikmati hak-haknya tanpa menghormati Negara lain. Setiap pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban internasional itu menimbulkan kewajiban untuk memperbaiki keadaan karena pelanggaran tersebut. Dengan kata lain negara pelanggar kewajiban tersebut memiliki pertanggungjawaban internasional akibat tindakannya yang merugikan Negara lain. Dengan demikian pertanggungjawaban Negara dapat didefinisikan sebagai pertanggungjawaban Negara dapat didefinisikan sebagai pertanggungjawaban yang dibebankan kepada suatu Negara karena tindakan Negara tersebut yang telah melakukan tindakan yang merugikan Negara lain. Pertanggungjawaban Negara terdapat istilah yang dapat diterjemahkan secara sama yaitu *responsibility* dan *liability*. Kedua istilah tersebut dapat diterjemahkan sebagai pertanggungjawaban, tetapi masing-masing istilah memiliki makna yang berbeda sekalipun berkaitan satu sama lainnya. Istilah *responsibility* lebih merujuk pada norma pertanggungjawaban negara menurut hukum internasional dalam arti luas dapat diwujudkan dalam bentuk permintaan maaf, pemberian ganti rugi, atau perbaikan keadaan. Sedangkan istilah *liability* lebih menunjuk pada norma pertanggungjawaban menurut hukum perdata yang diwujudkan, antara lain dengan pemberian ganti rugi berupa uang atau pemberian ganti rugi secara konkret bentuk lain.²⁹²

Dengan menggunakan istilah pertanggungjawaban negara, F. Sugeng Istanto mengartikan tanggung jawab negara sebagai: "...kewajiban memberikan jawaban yang merupakan perhitungan atas suatu hal yang terjadi dan kewajiban untuk memberikan pemulihan atas kerugian yang mungkin ditimbulkannya."²⁹³

Menurut hukum internasional, pertanggungjawaban negara timbul dalam hal suatu negara merugikan negara lain. Pertanggungjawaban negara dibatasi pada pertanggungjawaban atas perbuatan yang melanggar hukum internasional. Perbuatan suatu negara yang merugikan negara lain tetapi tidak melanggar hukum internasional, tidak menimbulkan pertanggungjawaban negara. Misalnya, perbuatan negara yang menolak masuknya orang asing ke dalam wilayahnya, tidak menimbulkan pertanggungjawaban negara. Hal itu disebabkan, negara menurut hukum internasional berhak menolak atau menerima orang asing masuk ke dalam wilayahnya.²⁹⁴

Teori tanggung jawab negara merupakan kaidah hukum internasional yang bersumber pada hukum kebiasaan internasional. Pada awalnya tanggung jawab negara berkembang melalui praktek negara-negara dan putusan-putusan pengadilan internasional. International Law Commission (ILC) merancang dan merumuskan seluruh pasal secara aklamasi. Pengadilan-pengadilan internasional bahkan telah sejak lama mengutip dan menyetujui rancangan tanggung jawab negara (*Draft Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*) yang

²⁹² FX. Adji Samekto, *Negara Dalam Dimensi Hukum Internasional*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2009, Hlm. 101.

²⁹³ F. Sugeng Istanto, *op.cit.*, hlm. 77.

²⁹⁴ *Ibid.*, hlm. 77.

dibuat oleh ILC. Secara umum dikatakan, negara bertanggung jawab dalam hukum internasional untuk perbuatan atau tindakan yang bertentangan dengan kewajiban internasional negara itu. Komisi Hukum Internasional (*International Law Commission*, ILC) telah membahas persoalan tanggung jawab negara ini sejak tahun 1956 namun baru pada tahun 2001 berhasil merumuskan Tanggung Jawab Negara atas Perbuatan melanggar Hukum Internasional (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*)²⁹⁵ yang kemudian disahkan sebagai lampiran (annex) melalui Resolusi Majelis Umum PBB 56/83 2001 (A/RES/ 56/83), 12 Desember 2001. Dengan demikian sejak disahkannya melalui Resolusi MU PBB, kedudukan Tanggung Jawab Negara atas Perbuatan melanggar Hukum Internasional (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*) sebagai kaidah hukum internasional yang disahkan melalui sebuah resolusi merupakan suatu bentuk perjanjian internasional. terdapat ada tiga hal penting, semacam prinsip umum, yang perlu mendapatkan perhatian, yaitu:

- (1) bahwa tanggung jawab negara bersifat *residual*, maksudnya tanggung jawab negara tidak berlaku dalam hal syarat-syarat atau kondisi bagi adanya suatu perbuatan melanggar hukum internasional (*internationally wrongful act*) atau isi maupun implementasi tanggung jawab internasional suatu negara diatur oleh ketentuan hukum internasional khusus;²⁹⁶
- (2) bahwa aturan hukum internasional dapat dipakai melanjutkan dalam hal mengatur masalah terhadap tanggung jawab negara atas perbuatan melanggar hukum internasional untuk memperluas hal tersebut jika tidak diatur dalam resolusi tanggung jawab negara, sehingga tetap terbuka bagi perkembangan hukum internasional yang mengatur tentang tanggung jawab negara, misalnya mengenai tanggung jawab atas akibat-akibat yang merugikan atau membayakan yang ditimbulkan oleh suatu tindakan yang tidak dilarang oleh hukum internasional;²⁹⁷
- (3) bahwa, tanpa mengabaikan ketentuan dalam Piagam PBB, kewajiban-kewajiban yang tertuang dalam Pasal 103²⁹⁸, Resolusi tanggung jawab negara diutamakan berlakunya daripada kewajiban-kewajiban yang timbul dari perjanjian-perjanjian internasional lainnya.²⁹⁹ Maksud ketentuan ini adalah untuk menyatakan secara tegas bahwa ketentuan-

²⁹⁵ Untuk selanjutnya disebut sebagai Resolusi Tanggung Jawab Negara atau Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

²⁹⁶ Pasal 55 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

²⁹⁷ Pasal 56 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

²⁹⁸ Pasal 103 Piagam PBB menyatakan bahwa “apabila terdapat pertentangan antara kewajiban-kewajiban daripada anggota-anggota PBB menurut piagam ini dan kewajiban-kewajiban mereka menurut sesuatu perjanjian internasional lainnya, maka yang berlaku ialah kewajiban-kewajiban mereka menurut Piagam ini.

²⁹⁹ Pasal 59 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

ketentuan dalam Resolusi tanggung jawab negara tidak mengesampingkan tindakan yang diambil oleh PBB mengenai pembayaran kompensasi oleh suatu negara.

Pengertian tanggung jawab Negara menurut Pasal 1 Resolusi Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) mengenai *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* menyatakan bahwa "*Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State*". Selanjutnya Pasal 2 mengenai *Elements of an internationally wrongful act of a State* menyatakan bahwa "*There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:*

(a) is attributable to the State under international law; and

(b) constitutes a breach of an international obligation of the State."

Pada Pasal 3 mengenai *Characterization of an act of a State as internationally wrongful*. Pasal ini menyatakan bahwa "*The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.*"

Resolusi tanggung jawab negara menentukan bahwa setiap tindakan atau perbuatan suatu negara yang melanggar hukum internasional melahirkan pertanggungjawaban internasional negara yang bersangkutan. Perbuatan tersebut dikatakan salah hanya jika (a) berdasarkan hukum internasional ia dapat diatribusikan kepada negara itu, dan (b) melahirkan suatu pelanggaran terhadap suatu kewajiban internasional. Namun Resolusi tanggung jawab negara tidak memberi pembatasan kapan suatu negara melakukan suatu pelanggaran hukum internasional. Hal itu ditentukan melalui penerapan sumber-sumber ketentuan primer (ketentuan perjanjian internasional, hukum kebiasaan internasional, dan sumber-sumber hukum internasional lainnya). Ketentuan di atas tidak berlaku terhadap pertanggungjawaban organisasi internasional dan individu atau orang-perorangan.³⁰⁰

B. Kerugian Yang Menimbulkan Tanggung Jawab Negara

Dalam keadaan suatu perbuatan dapat diatribusikan kepada suatu negara. Secara umum, ketentuan yang berlaku dalam hal ini adalah bahwa hanya perbuatan organ negara atau pemerintah atau pejabatnya (orang maupun entitas yang bertindak berdasarkan perintah/arahan, anjuran, atau pengawasan organ-organ itu) yang dapat diatribusikan kepada negara. Organ-organ itu mencakup organ-organ pemerintahan nasional, daerah, maupun lokal dan orang-orang maupun entitas dalam tingkatan apa pun, ataupun setiap orang maupun entitas yang menyandang status sebagai organ pemerintahan berdasarkan hukum nasional suatu negara. Juga termasuk di dalamnya orang-orang yang secara nyata

³⁰⁰ Pasal 1, Pasal 2, Pasal 3 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

bertindak sebagai organ pemerintahan meskipun mereka tidak diklasifikasikan demikian oleh hukum nasional negara yang bersangkutan.³⁰¹

Perbuatan atau tindakan yang murni merupakan tindakan pribadi yang dilakukan seseorang, meskipun orang yang bersangkutan adalah pejabat suatu negara, tidak dapat diatribusikan kepada suatu negara. Namun, perbuatan yang dilakukan oleh orang atau entitas yang bukan merupakan organ negara tetapi diberi kewenangan oleh hukum nasional suatu negara untuk melaksanakan "unsur-unsur kewenangan pemerintah" (*elements of governmental authority*) akan dianggap sebagai perbuatan negara jika dalam kasus tertentu orang atau entitas tadi bertindak dalam kapasitas demikian.³⁰² Sementara itu, jika organ suatu negara sedang melaksanakan tugas untuk membantu negara lain, maka perbuatan organ negara tadi akan dianggap sebagai perbuatan negara yang disebut terakhir sepanjang organ negara itu bertindak atas persetujuan serta berada di bawah kewenangan, perintah, dan pengawasan negara yang disebut terakhir dan untuk mencapai tujuan-tujuan negara yang disebut terakhir tadi.³⁰³

Tindakan organ negara, atau orang maupun entitas yang diberi wewenang untuk melaksanakan unsur-unsur kewenangan pemerintahan, dipandang sebagai tindakan negara jika organ negara, orang atau entitas tersebut bertindak dalam kapasitas itu bahkan jika mereka bertindak melampaui kewenangannya atau melanggar perintah.³⁰⁴ Ketentuan ini dimaksudkan agar suatu negara tidak menghindar dari tanggung jawabnya dengan mengatakan bahwa tindakan yang dilakukan oleh organ-organnya itu adalah tindakan yang tidak sah. Namun, dalam hal ini, tidak mencakup tindakan yang murni merupakan tindakan atau perbuatan pribadi, melainkan tindakan yang diakui atau tampak dilakukan pada saat organ-organ negara, orang, atau entitas tadi sedang melaksanakan fungsi-fungsi resminya.

Bahkan tindakan seseorang atau sekelompok orang yang tidak merupakan tindakan pemerintah pun dapat dianggap sebagai tindakan negara jika orang atau kelompok orang itu bertindak berdasarkan perintah negara atau berada di bawah perintah atau pengawasan negara.³⁰⁵ Dengan demikian, suatu negara bertanggung jawab atas tindakan sekelompok orang yang, misalnya, melakukan teror berdasarkan perintah negara itu. Juga, suatu perbuatan yang sesungguhnya tidak dapat diatribusikan kepada suatu negara akan dapat diatribusikan kepada negara

³⁰¹ Pasal 4 ayat (1) dan (2) Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³⁰² Pasal 5 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83)

³⁰³ Pasal 6 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83)
. Ketentuan ini berlaku terhadap angkatan bersenjata suatu negara untuk membantu negara lain jika dan hanya jika angkatan bersenjata tersebut berada di bawah perintah dan pengawasan eksklusif negara yang disebut terakhir.

³⁰⁴ Pasal 7 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83)

³⁰⁵ Pasal 8 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83)

jika negara tersebut mengakui dan menerima tindakan tersebut sebagai tindakannya.³⁰⁶ Namun, dalam hubungan ini, jika sekadar berupa pernyataan dukungan yang dinyatakan oleh suatu negara tidak cukup untuk menyatakan perbuatan itu diatribusikan kepada negara tersebut.

Sekalipun suatu perbuatan dapat diatribusikan kepada suatu negara, untuk melahirkan adanya tanggung jawab negara, perbuatan itu harus dibuktikan merupakan melanggar suatu kewajiban internasional negara yang bersangkutan. Untuk menentukan ada tidaknya pelanggaran suatu kewajiban internasional, Resolusi tanggung jawab negara menentukan bahwa hal itu harus ditentukan secara kasus demi kasus.³⁰⁷

Sementara itu ditentukan pula bahwa perbuatan suatu negara tidak dianggap pelanggaran kewajiban internasional jika perbuatan itu terjadi sebelum terikatnya suatu negara oleh suatu kewajiban internasional.³⁰⁸ Hal ini sudah merupakan asas hukum internasional yang berlaku umum yaitu bahwa suatu perbuatan harus dinilai menurut hukum yang berlaku pada saat perbuatan itu terjadi, bukan ketika terjadinya sengketa akibat perbuatan itu (yang bisa saja baru terjadi bertahun-tahun setelah perbuatan itu).

C. Unsur-Unsur Tanggung Jawab Negara

Menurut M. N. Shaw³⁰⁹, yang menjadi karakteristik penting adanya tanggung jawab (negara) bergantung pada faktor-faktor dasar berikut, antara lain adanya suatu kewajiban hukum internasional yang berlaku antara dua negara tertentu; adanya suatu perbuatan atau kelalaian yang melanggar hukum internasional tersebut yang melahirkan tanggung jawab negara; adanya kerusakan atau kerugian sebagai akibat tindakan yang melanggar hukum atau kelalaian.

Dalam Resolusi Majelis Umum PBB 56/83 tertanggal 12 Desember 2001 tentang Tanggung Jawab Negara atas Tindakan-tindakan melanggar hukum Internasional (*Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*) yang disusun oleh Komisi Hukum Internasional (International Law Commission/ILC) tahun 2001, dinyatakan bahwa tanggung jawab negara timbul manakala terjadi pelanggaran yang dikategorikan sebagai tindakan melanggar hukum internasional dan timbul akibat dari satu atau beberapa tindakan (*actions*) atau pengabaian (*omissions*) atau kombinasi dari keduanya. Hal tersebut dirumuskan dalam Pasal 1 sebagai berikut: "*Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.*"³¹⁰ Adapun yang dimaksud dengan *act*

³⁰⁶ Pasal 11 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83)

³⁰⁷ Pasal 13-15 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³⁰⁸ Pasal 13 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³⁰⁹ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 4th Ed, Cambridge University Press, United Kingdom, 1997, Hlm. 542.

³¹⁰ Pada bagian commentary dari Resolusi MU PBB tersebut, dijelaskan bahwa: "...a breach of international law by a State entails its international responsibility. An internationally wrongful act of a State may consist in one or more actions or omissions or a combination of

adalah suatu tindakan yang melanggar suatu kewajiban yang timbul dari kebiasaan atau perjanjian menyangkut kepentingan negara tertentu.³¹¹

Penentuan karakteristik *act* sebagai tindakan yang merupakan *internationally wrongful act* diatur menurut hukum internasional dan hal ini tidak dipengaruhi oleh ketentuan hukum nasional. Artinya, sekalipun hukum nasional menyatakan bahwa tindakan tersebut adalah sah, tetapi apabila hukum internasional menyatakan sebaliknya, maka yang berlaku adalah apa yang telah ditentukan oleh hukum internasional.³¹²

Berdasarkan Resolusi Majelis Umum PBB 56/83 tertanggal 12 Desember 2001 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts, dalam Pasal 2 mengenai *Elements of an internationally wrongful act of a State. There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:*

- (a) *is attributable to the State under international law; and*
- (b) *constitutes a breach of an international obligation of the State.*

Unsur-unsur suatu negara melakukan perbuatan melanggar hukum internasional. Perbuatan melanggar hukum internasional ketika melakukan terdiri dari tindakan atau kelalaian: a. berkaitan dengan negara menurut hukum internasional dan b. merupakan pelanggaran terhadap kewajiban internasional suatu negara.

D. Jenis-Jenis Tanggung Jawab Negara

Secara garis besar, tanggung jawab negara dapat dibagi menjadi³¹³:

1. Tanggung Jawab Perbuatan Melawan Hukum (*Delictual Liability*)

Tanggung jawab seperti ini dapat lahir dari setiap kesalahan atau kelalaian suatu negara terhadap orang asing di dalam wilayahnya atau wilayah negara lain. Hal ini dapat timbul karena:

a. Ekplorasi Ruang Angkasa

Negara peluncur satelit selalu bertanggung jawab terhadap setiap kerugian yang disebabkan oleh satelit terhadap benda-benda (obyek) di wilayah negara lain. Sistem tanggung jawabnya adalah tanggung jawab absolut (*absolut liability*). Ketentuan hukum yang mengatur tanggung jawab atas kegiatan-kegiatan peluncuran satelit (benda-benda ruang angkasa) ini diatur oleh Konvensi tentang

both...” Lihat the United Nations, *Report of the International Law Commission Fifty-third Session* (23 April-1 June and 2 July- 10 August 2001), New York, 2001, hlm. 63.

³¹¹ *Ibid.* sebagaimana Dinyatakan bahwa: “...an act considered internationally wrongful if its author violates an obligation which custom or treaty establishes in favour of another specific State; in that case the author is internationally responsible to the victim and to the victim alone.”

³¹² “The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.” Lihat Pasal 3 ILC Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts, 2001. Pendapat yang sama dikemukakan oleh F. Sugeng Istanto, *op.cit.*, hlm. 82.

³¹³ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 262.

Tanggung Jawab Internasional untuk Kerusakan yang Disebabkan oleh Benda-Benda Ruang Angkasa tahun 1972 (*Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*).³¹⁴

b. Eksplorasi Nuklir

Negara bertanggung jawab terhadap setiap kerusakan yang disebabkan karena kegiatan-kegiatannya dalam bidang eksplorasi nuklir. Sistem tanggung jawabnya pun adalah tanggung jawab absolut. Perjanjian internasional yang mengatur eksplorasi nuklir adalah the Vienna Convention on Civil Liability, tanggal 21 Mei 1963. Konvensi mulai berlaku efektif tanggal 27 November 1977. Menurut Konvensi, operator nuklir bertanggung jawab atas kerusakan (reaktor) nuklir (Pasal II). Tanggung jawab tersebut sifatnya adalah absolut (Pasal IV).³¹⁵

c. Kegiatan-kegiatan Lintas Batas Nasional

Setiap negara harus mengawasi dan mengatur setiap kegiatan di dalam wilayahnya, baik yang sifatnya publik maupun perdata, yang tampaknya kegiatan tersebut dapat melintasi batas negaranya dan menimbulkan kerugian terhadap negara lain. Sistem tanggung jawab yang berlaku di sini bergantung kepada bentuk kegiatan yang bersangkutan.³¹⁶

2. Tanggung Jawab Atas Pelanggaran Perjanjian (*Contractual Liability*)

a. Pelanggaran Suatu Perjanjian

Tanggung jawab negara dapat timbul karena pelanggaran perjanjian internasional (*treaty*). Dalam hal ini berlaku asas bahwa setiap pelanggaran suatu perjanjian menimbulkan kewajiban untuk mengganti kerugian yang timbul dari tindakan atau perbuatan yang melanggar hukum.³¹⁷ Pada sengketa Chorzow Factory (1927), pelanggaran terhadap perjanjian melahirkan suatu kewajiban untuk membayar ganti rugi. Sifat dan berapa ganti rugi untuk pelanggaran suatu internasional dapat ditentukan oleh Mahkamah Internasional, pengadilan, peradilan arbitrase atau melalui perlindungan. Pelanggaran seperti ini dapat pula dikategorikan sebagai pelanggaran terhadap prinsip *pacta sunt servanda* atau *bone fides* dalam hukum internasional.³¹⁸

b. Pelanggaran Kontrak

Pelanggaran atas suatu perjanjian kontrak antara negara dan warganegara atau korporasi asing tidak selalu menimbulkan tanggung jawab negara menurut hukum internasional. Kiranya dapat timbul tanggung jawab negara menurut hukum internasional. Tanggung jawab negara tidak timbul atas dasar kontrak tersebut. tanggung jawab negara timbul bila negara itu melanggar kewajiban diluar perjanjian tersebut. misalnya karena pengingkaran keadilan (*denial of justice*).³¹⁹

³¹⁴ *Ibid.*, hlm. 262.

³¹⁵ *Ibid.*, hlm. 262-263.

³¹⁶ *Ibid.*, hlm. 263.

³¹⁷ F. Sugeng Istanto, *op.cit.*, hlm. 79.

³¹⁸ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 264.

³¹⁹ F. Sugeng Istanto, *op.cit.*, hlm. 79.

Dalam hal pelanggaran kontrak, hukum internasional dapat memainkan perannya dalam dua hal kemungkinan berikut³²⁰:

Pertama, para pihak (negara dan negara atau negara dan perusahaan asing) sepakat untuk memberlakukan prinsip-prinsip hukum internasional dalam kontrak mereka. Sejak hukum internasional diberlakukan, hukum internasional akan memberi perlindungan hukum kepada pihak yang lemah dalam suatu kontrak.

Kedua, hukum internasional akan memainkan peran pentingnya manakala suatu negara melakukan tindakan-tindakan yang melanggar kontrak menurut hukum internasional. Tindakan tersebut umumnya dilakukan berupa tindakan untuk menghindari kewajiban negara sebagaimana tertuang dalam kontrak.

1) Kontrak dengan indikasi KKN

Masalah lain timbul manakala pejabat negara atau pejabat pemerintah yang menandatangani kontrak ternyata menyalahgunakan jabatannya. Praktek seperti ini tampak cukup subur di negara-negara berkembang.³²¹

2) Internasionalisasi Kontrak

Istilah ini diperkenalkan secara formal oleh guru besar hukum internasional ternama kebangsaan Perancis, Profesor Dupuy dalam sengketa *Texaco v Libya* (1977). Internasionalisasi kontrak adalah suatu kontrak yang dibuat oleh negara dengan perusahaan asing (*foreign private person*) yang di dalamnya termuat 3 hal berikut³²²:

- 1) Para pihak sepakat untuk menerapkan prinsip-prinsip hukum umum (*general principles of law*) yang dikenal dalam hukum internasional untuk mengatur kontrak.
- 2) Para pihak sepakat untuk menyerahkan sengketanya kepada arbitrase internasional.
- 3) Kontrak yang dibuat antar negara dengan individu (perusahaan) termasuk ke dalam bentuk atau kategori yang dinamakan dengan perjanjian pembangunan ekonomi (*economic development agreements*). Kontrak seperti ini misalnya adalah perjanjian eksploitasi minyak.

3. Pengecualian Tanggung Jawab Negara

a. Adanya persetujuan dari negara yang dirugikan (*consent*)

Contoh yang umum tentang hal ini adalah pengiriman tentang negara lain atas permintaannya. Persetujuan ini harus diberikan sebelum atau pada saat pelanggaran terjadi. Persetujuan yang diberikan setelah terjadinya pelanggaran sama artinya dengan penanggalan hak untuk mengklaim ganti rugi. Namun dalam hal ini, persetujuan yang diberikan kemudian itu tidak menghilangkan unsur pelanggaran hukum internasional.³²³

b. Diterapkannya sanksi-sanksi yang sah

³²⁰ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 265.

³²¹ *Ibid.*, hlm. 267.

³²² *Ibid.*, hlm. 269.

³²³ *Ibid.*, hlm. 271.

Suatu tindakan pelanggaran dikesampingkan manakala tindakan itu dilakukan sebagai suatu upaya yang sah menurut hukum internasional sebagai akibat adanya pelanggaran internasional yang dilakukan oleh negara lainnya.³²⁴

c. Keadaan Memaksa (*Force Majeure*)

Pasal 23 Rancangan Komisi Hukum Internasional tentang tanggung jawab negara menentukan bahwa kesalahan negara dapat dihindari apabila tindakan itu disebabkan karena adanya kekuatan yang dapat diduga sebelumnya di luar kontrol/pengawasan suatu negara yang membuatnya dan yang secara materiil tidak mungkin bagi negara yang bersangkutan untuk memnuhi kewajiban internasional tersebut.³²⁵

d. Tindakan yang sangat diperlukan (*Doctrine of necessity*)

Doctrine of necessity menyatakan bahwa suatu negara dapat melakukan suatu tindakan yang merupakan satu-satunya jalan untuk menyelamatkan kepentingan yang esensial terhadap bahaya yang sangat besar.³²⁶

Ada perbedaan antara *doctrine of necessity* dengan *force majeure*. Dalam *doctrine of necessity* tindakan pelanggaran hukum suatu negara terpaksa dilakukan karena tindakan tersebut adalah satu-satunya cara untuk melindungi kepentingan vitalnya. Sedangkan *force majeure* adalah suatu keadaan di mana kekuatan yang bersifat di luar kemampuan dan tidak dapat dihindari serta suatu tindakan pelanggaran yang dilakukan karena adanya kondisi yang berada di luar kontrol atau pengawasan negara.³²⁷

e. Tindakan Bela Diri (*Self-defense*)

Suatu negara dapat juga dibebaskan dari tanggung jawab atas perbuatan yang tidak sah apabila tindakan tersebut dilakukan untuk membela diri. Yang menjadi tolak ukur dari suatu tindakan tersebut harus sesuai dengan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB). Jika tidak, tindakan tersebut harus menghapus tindakan tanggung jawab negara.³²⁸ Dasar hukum penggunaan tindakan bela diri ini sebagaimana tercantum dalam Pasal 51 Piagam PBB yang menyatakan bahwa:

"tidak ada suatu ketentuan dalam piagam ini yang boleh merugikan hak perseorangan atau bersama untuk membela diri apabila suatu serangan bersenjata terjadi terhadap suatu anggota PBB, sampai Dewan Keamanan mengambil tindakan-tindakan yang diperlukan untuk memelihara perdamaian serta keamanan internasional. Tindakan-tindakan yang diambil oleh anggota-anggota dalam melaksanakan hak bela diri harus segera dilaporkan kepada Dewan Keamanan dengan cara bagaimanapun tidak dapat mengurangi kekuasaan dan tanggung jawab Dewan Keamanan menurut Piagam ini untuk pada setiap waktu mengambil

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ *Ibid.*, hlm. 272.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*, hlm. 273.

³²⁸ *Ibid.*, hlm. 274.

tindakan yang dianggap perlu untuk memelihara atau memulihkan perdamaian serta keamanan internasional.”

4. Teori Kesalahan

a. Teori Subyektif (Teori Kesalahan)

Menurut teori subyektif, tanggung jawab negara ditentukan oleh adanya unsur keinginan atau maksud untuk melakukan suatu perbuatan (kesengajaan atau *dolus*) atau kelalaian (*culpa*) pada pejabat atau agen negara yang bersangkutan.³²⁹

b. Teori Obyektif (Teori Risiko)

Menurut teori obyektif, tanggung jawab negara adalah selalu mutlak (strict). Manakala suatu pejabat atau agen negara telah melakukan tindakan yang merugikan orang (asing) lain, maka negara bertanggung jawab menurut hukum internasional tanpa dibuktikan apakah tindakan tersebut terdapat unsur kesalahan atau kelalaian.³³⁰

Dari kasus-kasus yang timbul, kedua teori tersebut mendapat pengakuan dalam hukum internasional. Namun demikian, kecenderungan penerapan yang lebih banyak dianut adalah teori obyektif.

5. *Exhaustion of Local Remedies*

Sehubungan dengan lahirnya tanggung jawab negara ini, hukum kebiasaan internasional menetapkan bahwa sebelum diajukannya klaim/tuntutan ke pengadilan internasional, langkah-langkah penyelesaian sengketa (*local remedies rule*) yang tersedia atau yang diberikan oleh negara tersebut harus terlebih dahulu ditempuh (*exhausted*). Tindakan ini dilakukan baik untuk memberi kesempatan kepada negara itu untuk memperbaiki kesalahannya menurut sistem hukumnya dan untuk mengurangi tuntutan-tuntutan internasional. Ketentuan *Local remedies* ini tidak belaku manakala³³¹:

- 1) Suatu negara telah melakukan pelanggaran langsung hukum internasional yang menyebabkan kerugian terhadap negara lainnya.
- 2) Ketentuan *local remedies* ini dapat ditarik berdasarkan suatu perjanjian internasional, misalnya saja pasal XI ayat (1) *Space Treaty 1972*.
- 3) Suatu upaya penyelesaian setempat (*local remedies*) tidak perlu dipergunakan manakala pengadilan setempat tampaknya tidak menunjukkan akan memberi ganti-kerugian.
- 4) Upaya penyelesaian setempat tidak perlu digunakan apabila hasil atau putusan dari pengadilan setempat sudah dipastikan akan memberi putusan yang sama dengan putusan-putusan sebelumnya.
- 5) Upaya penyelesaian setempat tidak perlu dilakukan manakala upaya tersebut memang tidak tersedia.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.*, hlm. 275.

³³¹ *Ibid.*, hlm. 276-277.

- 6) Apabila suatu pelanggaran dilakukan oleh pemerintah (eksekutif) yang tidak tunduk kepada yurisdiksi pengadilan setempat.
- 7) Negara-negara dapat menyepakati untuk menanggalkan upaya penyelesaian setempat (*local remedies*).

E. Perwujudan Tanggung Jawab Negara

Ketika suatu perbuatan yang dipersalahkan menurut hukum internasional terjadi maka lahirlah suatu hubungan hukum baru antara negara-negara yang terkait, terutama kewajiban untuk melakukan perbaikan (*reparation*). Akibat hukum dari suatu perbuatan yang dipersalahkan menurut hukum internasional tidak menghilangkan keharusan untuk mematuhi kewajiban yang dilanggar.³³² Dengan kata lain, pelanggaran terhadap suatu kewajiban tidaklah menghilangkan kewajiban itu. Selanjutnya, Pasal 30 Resolusi tanggung jawab negara menentukan bahwa suatu negara yang dipertanggungjawabkan atas suatu perbuatan melanggar hukum internasional diwajibkan untuk (a) mengakhiri perbuatan itu, (b) menawarkan jaminan yang memadai atau jaminan tidak akan mengulangi perbuatan itu. Bentuk tanggung jawab negara menurut Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001 pada *Chapter II Reparation For Injury*

Pasal 34 Bentuk-Bentuk Reparasi (*Forms of reparation*) yang menyatakan bahwa :

“Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter.”

Isu tanggung jawab negara akan selalu terkait dengan langkah-langkah yang ditempuh oleh negara sebagai wujud dari tanggung jawabnya atas suatu tindakan salah yang menimbulkan kerugian terhadap negara lain. Dalam hukum tanggung jawab negara hal tersebut dikenal sebagai *reparation*.

Dalam Black’s Law Dictionary, *reparation* diartikan sebagai tindakan untuk memberikan ganti rugi atas suatu kesalahan atau kompensasi atas kerugian atau kesalahan yang timbul dari perang atau sebagai pelanggaran atas suatu kewajiban internasional.³³³ Sedangkan menurut Ian Brownlie, *reparation* memiliki pengertian yang berhubungan dengan keseluruhan tindakan yang berupa pembayaran kompensasi atau restitusi, suatu permintaan maaf, penghukuman terhadap orang-orang yang bertanggung-jawab, langkah-langkah untuk mencegah terulangnya pelanggaran kewajiban dan bentuk-bentuk lain dari tanggung jawab yang bersifat non-material (*satisfaction*).³³⁴ *Reparations* dapat pula berarti sebagai

³³² Pasal 29 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³³³ Hal itu dinyatakan sebagai berikut: “1. *The act of making amends for a wrong*; 2. *Compensation for an injury or wrong, especially for wartime damages or breach of an international obligation.*” Bryan A. Garner, (edit.), *Black’s Law Dictionary*, Seventh Edition, St. Paul Minn: West Group, 1999, hlm. 1301.

³³⁴ Selengkapanya ia menyatakan: “*Reparation*’ will be used to refer to all measures which a plaintiff may expect to be taken by a defendant state: payment of compensation (or

tindakan atau proses menyediakan suatu *remedy* atau berarti *remedy* itu sendiri. Terdapat suatu kecenderungan untuk menggunakan '*reparations*' sebagai suatu istilah umum untuk 'berbagai metode yang tersedia bagi suatu negara untuk membebaskan atau melepaskan diri' dari tanggung jawab internasional.³³⁵

1. Restitusi

Negara yang dipertanggungjawabkan karena melakukan kesalahan menurut hukum internasional berkewajiban untuk melakukan perbaikan penuh atas kerugian yang diakibatkan oleh perbuatannya itu. Kerugian itu mencakup kerugian material maupun moral. Bentuk atau jenis perbaikan (*reparation*) itu mencakup restitusi (*restitution*), kompensasi (*compensation*), dan pemenuhan (*satisfaction*).³³⁶

Selanjutnya dalam Pasal 35 Mengenai Restitusi menyatakan bahwa:
A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution:

- (a) *is not materially impossible;*
- (b) *does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.*

Suatu negara yang bertanggung jawab terhadap perbuatan melanggar hukum internasional atas tindakan kewajiban internasional untuk melakukan restitusi, yaitu, untuk membangun kembali situasi yang ada sebelum tindakan melanggar hukum dilakukan, yang disediakan dan sejauh bahwa restitusi: (a) tidak dapat dianggap material, (b) tidak melibatkan beban di luar proporsi semua keuntungan yang berasal dari restitusi bukan kompensasi atau tidak menyiratkan beban semua sebanding dengan manfaat yang berasal dari restitusi bukan kompensasi. Restitusi adalah tindakan untuk mengembalikan keadaan seperti sebelum terjadinya pelanggaran sepanjang hal itu tidak mustahil secara material atau sepanjang tidak merupakan suatu beban yang tidak proporsional. Restitusi hanya mencakup pengembalian hal-hal sebelum kejadian, sedangkan kerugian lebih lanjut merupakan masalah kompensasi.³³⁷

restitution), an apology, the punishment of the individuals responsible, the taking steps to prevent a recurrence of the breach of duty, and any other forms of satisfaction." Lihat Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th Ed, Clarendon Press. Oxford, 1998, hlm. 460.

³³⁵ Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 1999, hlm. 4.

³³⁶ Pasal 34 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³³⁷ Pasal 35 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

2. Kompensasi

Kadang-kadang istilah '*reparations*' digunakan secara sempit dengan pengertian ganti rugi berupa uang; lebih umum, hal itu mengacu kepada seluruh upaya remedies yang tersedia atas pelanggaran suatu kewajiban internasional.³³⁸

Erat kaitannya dengan reparation adalah masalah kompensasi atau ganti rugi. Menurut Schwarzenberger, kompensasi (ganti rugi) dapat berupa *monetary compensation* (ganti rugi dalam bentuk sejumlah uang), atau berupa *satisfaction*, yaitu ganti rugi dalam bentuk, misalnya saja, permintaan maaf yang biasanya dimintakan untuk kerugian-kerugian non-material atau moral (kepribadian suatu bangsa).³³⁹

Monetary compensation dapat terdiri dari: (a) Penggantian biaya pada waktu keputusan pengadilan dikeluarkan, meskipun jumlah penggantian tersebut menjadi lebih besar dari nilai pada waktu perbuatan melawan hukum oleh negara lain terjadi. Ketentuan ini tampak dalam kasus *the Corzów* (P.C.I.J., 1928); (b) Kerugian tak langsung atau *indirect damages*. Sepanjang kerugian ini mempunyai kaitan langsung dengan tindakan tidak sah tersebut (Pengadilan Arbitrase antara Portugal dan Jerman tahun 1930); (c) Hilangnya keuntungan yang diharapkan, sepanjang keuntungan tersebut mungkin dalam situasi atau perkembangan yang normal. Dalam kasus *the Corzów Factory Merits*, Mahkamah Internasional Permanen mempertimbangkan pula hal ini dalam putusannya; (d) Pembayaran terhadap kerugian atas bunga yang hilang karena adanya tindakan melanggar hukum. Salah satu bentuk *reparation* adalah *satisfaction*. Ian Brownlie mendefinisikan *satisfaction* sebagai setiap upaya yang dilakukan oleh si pelanggar suatu kewajiban untuk mengganti kerugian menurut hukum kebiasaan atau suatu perjanjian yang dibuat oleh para pihak yang bersangkutan, yang bukan berupa *restitution* (restitusi atau pemulihan) atau *compensation*.³⁴⁰

Pasal 36 mengenai kompensasi yang menyatakan bahwa:

1. *The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution.*
2. *The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established.*

Adapun kompensasi pengertiannya adalah bahwa suatu negara berkewajiban untuk memberi kompensasi atas kerugian yang disebabkan oleh

³³⁸ Ibid., hlm. 93. Lihat juga Pasal 31 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83) yang menyatakan bahwa "1. *The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act; 2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.*"

³³⁹ Sebagaimana dikutip Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 288. Menurut Ian Brownlie istilah kompensasi digunakan untuk menggambarkan "*reparation*" dalam arti sempit, seperti dikatakannya, bahwa: "*Compensation*" will be used to describe reparation in the narrow sense of the payment of money as a valuation of the wrong done. Lihat Brownlie, *op.cit.*, hlm. 461.

³⁴⁰ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 289.

perbuatannya yang dipersalahkan menurut hukum internasional sepanjang hal itu tidak menyangkut hal-hal yang telah dilakukan secara baik melalui restitusi. Kompensasi meliputi segala gantirugi keuangan atas kerusakan termasuk kehilangan keuntungan.³⁴¹

3. Pemuasan (*Satisfaction*)

Satisfaction merupakan pemulihan atas perbuatan yang melanggar kehormatan negara. Satisfaction dilakukan melalui perundingan diplomatik dan cukup diwujudkan dengan permohonan maaf secara resmi atau jaminan tidak akan terulangnya perbuatan. Pecuniary reparation dilakukan apabila pelanggaran itu menimbulkan kerugian material.³⁴²

Article 37 Satisfaction

1. *The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation.*
2. *Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality.*
3. *Satisfaction shall not be out of proportion to the injury and may not take a form humiliating to the responsible State.*

Sementara itu, menyangkut soal pemenuhan (*satisfaction*), Resolusi tanggung jawab negara menentukan bahwa hal itu dilakukan sepanjang restitusi atau kompensasi tidak berlangsung baik atau tidak memuaskan. Ia dapat berupa pengakuan telah melakukan pelanggaran, pernyataan menyesal, atau permohonan maaf secara formal atau sarana-sarana lain yang dipandang tepat.

4. Tindakan balasan (*Countermeasures*)

Negara yang menderita kerugian karena perbuatan negara lain diperbolehkan melakukan tindakan balasan yakni berupa tindakan tidak melaksanakan kewajiban internasional tertentu dalam hubungan dengan negara yang melakukan pelanggaran namun semata-mata dengan tujuan agar negara yang melakukan pelanggaran itu berhenti melakukan pelanggaran dan melakukan perbaikan penuh.³⁴³ Namun tindakan balasan ini mengandung bahaya atau risiko yaitu jika ternyata terbukti bahwa justru tindakan negara yang mulanya dianggap melanggar itu adalah tindakan yang sah menurut hukum internasional maka tindakan balasan itulah yang menjadi tindakan yang tidak sah. Di samping itu, harus dibedakan pengertian tindakan balasan dalam rangka tanggung jawab negara ini dan pembalasan (*reprisal*) yang dikenal dalam hukum yang berlaku dalam sengketa bersenjata atau hukum humaniter, juga berbeda dengan tindakan

³⁴¹ Pasal 36 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³⁴² F. Sugeng Istanto, *op.cit.*, hlm. 77-78.

³⁴³ Pasal 49 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

penjatuhan sanksi, penghentian atau pengakhiran suatu perjanjian. *Countermeasures* ini lazimnya terjadi dalam konteks bilateral.

F. Doktrin Imputabilitas

Doktrin ini merupakan salah satu fiksi dalam hukum internasional. Latar belakang doktrin ini yaitu, bahwa negara sebagai suatu kesatuan hukum yang abstrak tidak dapat melakukan "tindakan-tindakan" yang nyata. Dalam sengketa *the German Settlers in Poland case* (1923), Mahkamah Internasional Permanen mengeskakan bahwa " *State can only act by and through their agents and representatives*. Jadi tampak disini adanya ikatan atau mata rantai yang erat antara negara dengan subjek hukum (pejabat atau perwakilannya) yang bertindak untuk negara.³⁴⁴

Sebagai contoh doktrin ini adalah Pasal 4 Resolusi Tanggung Jawab Negara. Rumusan dalam ILC dari suatu tindakan organ atau pejabat negara tidak bergantung pada : (1). Kelembagaan suatu negara, apakah ia dari legislatif, eksekutif, atau yudikatif ; (2) Besar kecilnya jabatan (pangkat) suatu organ atau pejabat, apakah ia pegawai sipil berpangkat rendah atau jenderal dalam militer; (3) Kedudukan pegawai yang bersangkutan, apakah ia pegawai pusat atau daerah (lokal, federal, dan lain-lain) (ayat 1); (4) dan status lainnya yang menurut hukum nasional suatu negara dianggap sebagai pegawai atau pejabat negara atau pemerintah (ayat 2).³⁴⁵ Suatu negara dapat pula bertanggung jawab kepada agen-agen rahasianya. Misalnya dalam *the rainbow Warrior case* (1987).

Negara baru dapat melakukan tindakan hukum tertentu melalui pejabat-pejabat atau perwakilan-perwakilannya yang sah. Jadi tampak di sini adanya ikatan atau mata rantai yang erat antara negara dengan subjek hukum yang bertindak untuk negara. Ikatan atau mata rantai yang dimaksud adalah bahwa subjek hukum tersebut bertindak dalam kapasitasnya sebagai petugas atau wakil negaranya. Negara tidak bertanggung jawab menurut hukum internasional atas semua tindakan atau perbuatan yang dilakukan oleh warga negaranya. Jadi, doktrin ini "mengasimilasikan" tindakan-tindakan pejabat-pejabat negara dengan negaranya yang menyebabkan negara tersebut bertanggung jawab atas semua kerugian atau kerusakan terhadap harta benda atau orang asing.³⁴⁶

Mengenai doktrin imputabilitas, F. Sugeng Istanto berpendapat³⁴⁷ bahwa untuk menentukan adanya pertanggungjawaban negara atas kejahatan internasional itu dikenal itu dengan beberapa contoh, yaitu sebagai berikut: " *Thus, for example, the act that gives rise to the questions of international responsibility may have been committed by an administrative official, such as a customs official or a policeman, by a legislative organ, or by a court of law. In these cases, it is international law, not domestic law, which determines the circumstances in which*

³⁴⁴ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 279-280.

³⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 281.

³⁴⁶ Huala Adolf, *op. cit.*, hlm. 190-191.

³⁴⁷ F. Sugeng Istanto, *op.cit.*, hlm. 81.

the State is internationally responsible. Thus, the capacity of the State organ incur State liability may exist when officials act illegally as well as when they act legally during their office."

Ajaran pembebanan kesalahan kepada petugas negara ("*the doctrine of imputability*" atau "*attributability*"). Ajaran ini menyatakan bahwa kejahatan yang dilakukan oleh petugas negara atau orang yang bertindak atas nama negara dapat dibebankan kepada negara. Karena pembebanan itu, kejahatan yang dilakukan oleh petugas tersebut menimbulkan pertanggung jawaban negara." Doktrin imputabilitas menegaskan bahwa tindakan salah dari organ negara (yang melaksanakan fungsi: legislatif, eksekutif, yudikatif atau fungsi-fungsi lainnya) dianggap merupakan suatu tindakan negara.³⁴⁸

Menurut F. Sugeng Istanto, tidak setiap kejahatan petugas negara dapat membebani pertanggungjawaban negara. Pembebanan itu dapat terjadi apabila perbuatan yang dilakukan oleh petugas negara merupakan pelanggaran atas kewajiban yang ditetapkan hukum internasional dan hukum internasional membebankan kejahatan itu kepada negaranya.³⁴⁹

Adanya suatu tanggung jawab negara, antara lain, ditentukan apabila tindakan untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu dapat diatribusikan kepada negara. Untuk menentukan hal itu secara tepat, sebaiknya diperhatikan kompetensi atau kewenangan dari organ negara yang diatur dalam konstitusi maupun di dalam praktiknya.³⁵⁰

G. Ekspropriasi (Nasionalitas)

Tanggung jawab suatu negara terhadap pengambilalihan (*expropriation*) hak milik swasta asing merupakan suatu hal yang sama sekali berbeda. Pada masa sekarang dengan semakin luasnya kontrol oleh negara-negara terhadap ekonomi nasional dan terhadap hampir semua aspek swasta, serta tindakan nasionalisasi bermacam industri telah dilakukan sejumlah negara.³⁵¹ Ekspropriasi mengacu pada pengertian pengambilalihan suatu kepemilikan harta kekayaan orang asing berupa

³⁴⁸ Pasal 4 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83) mengatur hal itu sebagai berikut: "1. *The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State;* 2. *An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.*"

³⁴⁹ F. Sugeng Istanto, *op.cit.*, hlm. 81. 89.

³⁵⁰ Dalam Pasal 4 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83), imputabilitas tindakan dari negara atau *attribution of conduct of a State* meliputi: "...conduct of organs of a State; conduct of persons or entities exercising element of governmental authority; conduct of organs placed at the disposal of a State by another State; excess of authority or contravention of instructions; conduct directed or controlled by a State; conduct carried out in the absence or default of the official authorities; conduct of an insurrectional or other movement; conduct acknowledged and adopted by a State as its own."

³⁵¹ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 299.

suatu aset tertentu, misalnya perkebunan karet atau pembangunan suatu gedung. Pengambilalihan suatu perusahaan asing adalah suatu pelanggaran hukum. Namun demikian dalam hal-hal tertentu tindakan ini dapat pula dianggap dibenarkan apabila dipenuhinya syarat-syarat sebagai berikut ³⁵²:

a. Untuk Kepentingan Umum (*Public Purpose*)

Hal ini dilakukan untuk kepentingan umum. Suatu tindakan nasionalisasi tidak sah dalam hukum internasional, kecuali tindakan itu memenuhi syarat-syarat sebagai berikut³⁵³ :

- (1) Ekspropriasi dilakukan untuk kepentingan umum sehubungan dengan kebutuhan dalam negeri tersebut;
- (2) Ekspropriasi harus diikuti oleh pembayaran ganti rugi yang "*prompt, Adequate, and effective*" .

b. Ganti Rugi yang Tepat (*Appropriate Compensation*)

Suatu pengambilan perusahaan asing dapat dibenarkan mana kala tindakan itu diikuti oleh ganti rugi yang *prompt, adequate, and effective*. Yaitu³⁵⁴:

- *Adequate* berarti bahwa jumlah ganti rugi adalah mempunyai nilai yang sama dengan usahanya pada waktu dinasionalisasi, ditambah dengan bunganya sampai keputusan pengadilan dikeluarkan.
- *Prompt* berarti pembayaran yang dibayarkan secepat mungkin.
- *Effective* berarti pihak yang menerima pembataran tersebut harus dapat memanfaatkannya.

Pendapat ini ditentang oleh negara berkembang. Ganti rugi cukuplah dilakukan menurut prinsip ganti rugi yang sewajarnya dan menurut hukum nasionalnya.

Menurut Schwarzenberger, kompensasi (ganti rugi) dapat berupa *monetary compensation* (ganti rugi dalam bentuk sejumlah uang), atau berupa *satisfaction*. *Monetary compensation* dapat terdiri dari ³⁵⁵:

- a. Penggantian biaya pada waktu putusan pengadilan dikeluarkan.
- b. Kerugian tak langsung (*indirect damages*), sepanjang kerugian ini mempunyai kaitan yang langsung dengan tindakan tak sah tersebut.
- c. Hilangnya keuntungan yang diharapkan, sepanjang keuntungan tersebut mungkin dalam situasi atau perkembangan yang normal.
- d. Pembayaran terhadap kerugian atas bunga yang hilang karena adanya tindakan melanggar hukum.

Satisfaction menurut Ian Brownlie ini adalah setiap upaya yang dilakukan oleh si pelanggar suatu kewajiban untuk mengganti kerugian menurut hukum kebiasaan atau suatu perjanjian yang dibuat oleh para pihak yang bersangkutan yang bukan berupa *restitution* (restitusi/pemulihan) atau *compensation*.³⁵⁶

³⁵² Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 284. Bandingkan juga dengan J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 300.

³⁵³ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 284.

³⁵⁴ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 285-286.

³⁵⁵ *Ibid.*, hlm. 288-289.

³⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 289.

c. *Non Diskriminasi (Non-Discrimination)*

Bahwa non-diskriminasi merupakan suatu prasyarat agar ekspropriasi sah. Pengadilan arbitrase dalam sengketa the *Liamco* (1987) menyatakan bahwa suatu tindakan nasionalisasi yang diskriminasi adalah tidak sah.³⁵⁷

H. **Keadaan-keadaan yang menghapuskan kesalahan (*Circumstances Precluding Wrongfulness*)**

Keadaan-keadaan tertentu, meski tidak mempengaruhi suatu kewajiban internasional, dapat menjadi alasan pembenar atas terjadinya pelanggaran terhadap suatu kewajiban internasional, yang dengan demikian menghapuskan unsur kesalahan dari perbuatan itu. Beban pembuktiannya berada pada negara yang hendak membebaskan dirinya dari pertanggungjawaban.

Contohnya, adanya persetujuan dari suatu negara atas perbuatan yang dilakukan oleh negara lain yang jika tidak ada persetujuan tersebut perbuatan tadi adalah perbuatan yang dapat dipersalahkan.³⁵⁸ Demikian pula tindakan yang dilakukan dalam rangka pembelaan diri sesuai dengan ketentuan Piagam PBB.³⁵⁹ Namun, dalam hubungan ini penting dicatat bahwa kendatipun penggunaan kekuatan bersenjata (misalnya dalam rangka pembelaan diri tadi) itu sah, tanggung bagi terjadinya pelanggaran terhadap hukum humaniter yang berlaku dalam sengketa bersenjata (*jus in bello*) atau pelanggaran terhadap hak asasi yang tergolong ke dalam *non-derogable* tetap berlaku.³⁶⁰

Terdapat beberapa hal lain yang dapat membebaskan suatu negara dari kesalahan, yaitu jika perbuatan itu dilakukan karena keadaan terpaksa (*force majeure*), atau jika pelaku tidak mempunyai pilihan lain yang masuk akal, dalam keadaan tertekan (*distress*), guna menyelamatkan hidupnya atau pihak lain yang berada di bawah pengawasannya.³⁶¹ Yang juga dapat membebaskan negara dari kesalahan adalah jika tindakan yang dilakukan itu merupakan keharusan (*necessity*). Hal ini bisa terjadi dalam hal adanya pertentangan yang tidak dapat didamaikan antara kepentingan mendasar suatu negara dan kewajiban internasional negara itu. Oleh karenanya, dalil *necessity* ini rentan terhadap kemungkinan penyalahgunaan. Untuk menghindari penyalahgunaan itulah Resolusi tanggung jawab negara menentukan bahwa dalil *necessity* baru dapat diterima sepanjang: (a) hal itu merupakan satu-satunya tindakan untuk menyelamatkan kepentingan esensial suatu negara dari bahaya besar dan segera terjadi (*grave and imminent peril*), (b) tidak menimbulkan gangguan serius terhadap kepentingan

³⁵⁷ *Ibid.*, hlm. 290.

³⁵⁸ Pasal 20 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³⁵⁹ Pasal 21 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³⁶⁰ Pasal 22 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³⁶¹ Pasal 23 dan 24 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

esensial negara yang terikat oleh kewajiban internasional itu atau masyarakat internasional secara keseluruhan.³⁶²

Selanjutnya ditegaskan pula oleh Resolusi tanggung jawab negara bahwa hal apa pun tidak dapat membebaskan suatu negara untuk melanggar suatu norma hukum internasional yang sudah pasti (*jus cogens, peremptory norms*), misalnya larangan melakukan genosida, perbudakan, agresi, atau kejahatan terhadap kemanusiaan.³⁶³

I. Tanggung Jawab Negara: Perdata dan Pidana

1. Tanggung Jawab Negara secara Perdata

Menurut para sarjana penganut aliran hukum internasional tradisional, sepanjang menyangkut perbuatan atau tindakan suatu negara yang bertentangan dengan hukum internasional, maka tanggung jawab yang lahirnya daripadanya selalu akan berupa tanggung jawab perdata. Aliran tradisional tidak mengenal pembedaan tanggung jawab negara dalam arti tanggung jawab pidana. Sarjana hukum internasional ternama, seperti Shaw dan Brownlie, berpendapat bahwa konsep suatu negara dapat dipertanggungjawabkan secara pidana tidak mempunyai nilai hukumnya sama sekali dan tidak ada justifikasi (pembenaran) terhadapnya. Pertanggungjawaban suatu negara terbatas untuk membayar ganti rugi.³⁶⁴

Namun, penulis-penulis selain penganut ajaran tradisional, berpendapat bahwa pembedaan tersebut seyogyanya diadakan. Pendapat ini didasarkan pada adanya perkembangan serta perubahan yang terjadi dalam konsep hukum internasional khususnya sejak tahun 1945. Perkembangan yang dimaksud yaitu³⁶⁵:

- 1) Perkembangan konsep *Jus Cogens*
- 2) Lahirnya tanggung jawab pidana individu menurut hukum internasional
- 3) Lahirnya piagam PBB dan ketentuan-ketentuannya untuk tindakan penegakan hukum (*enforcement*) terhadap suatu negara sehubungan dengan tindakannya yang mengancam atau melanggar perdamaian atau tindakan agresi.

Sanksi terhadap tanggung jawab negara dalam bidang pidana bisa berupa sanksi embargo ekonomi atau diadakannya persidangan terhadap pelaku atau organ negara (misalnya, individu atau tentara) yang melanggar hukum internasional.³⁶⁶

Tanggung jawab perdata tampak misalnya dari tanggung jawab negara terhadap negara lain atau pengusaha asing sehubungan dengan tidak dipenuhinya kewajiban-kewajibannya dalam pelaksanaan perjanjian atau kontrak komersil.

³⁶² Pasal 25 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³⁶³ Pasal 26 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³⁶⁴ Hualá Adolf, *op.cit.*, hlm. 259.

³⁶⁵ *Ibid.*, hlm. 260.

³⁶⁶ *Ibid.*, hlm. 261.

Lahirnya perbedaan perbuatan negara ke dalam *jure imperii* dan *jure gestionis* juga memperkuat kesimpulan perlu adanya perbedaan tanggung jawab negara. Dalam hal *jure gestionis* suatu negara diperlakukan sebagai halnya 'orang perorangan' yang melakukan kegiatan atau transaksi komersial.³⁶⁷

2. Tanggung Jawab Negara Menurut Hukum Pidana

Hal terakhir ini sesuai dengan doktrin *imputabilitas*. Dengan kata lain, tanggung jawab negara di bidang pidana dapat diwujudkan ke dalam tanggung jawab pejabat pemerintahnya (yang berkuasa pada waktu pelanggaran hukum internasional terjadi). Seseorang yang bertindak atas nama suatu negara juga dapat dipertanggung-jawabkan secara individual.³⁶⁸ Sehingga, meskipun suatu negara bertanggung jawab atas suatu perbuatan yang dipersalahkan (*a wrongful act*) yang dilakukan oleh para pejabatnya, para pejabat itu secara individual juga dapat dipertanggungjawabkan secara pidana untuk perbuatan yang sama, khususnya yang menyangkut pelanggaran terhadap hukum sengketa bersenjata (hukum humaniter) dan tindak pidana internasional lainnya.³⁶⁹

Dengan demikian, berdasarkan ketentuan-ketentuan Resolusi tanggung jawab negara, jika seorang individu melakukan suatu tindak pidana internasional ia tetap dapat dituntut pertanggung-jawabannya secara individual, meskipun orang yang bersangkutan pada saat melakukan perbuatan itu berkedudukan sebagai organ negara. Ketentuan ini menjadi penting untuk mencegah terjadinya keadaan di mana seseorang beralih di balik statusnya sebagai organ negara untuk menghindarkan diri dari tanggung jawabnya atas tindak pidana yang telah dilakukannya. Selain pertanggung jawaban individu negara juga bertanggung jawab atas pemulihan bagi korban-korban atas kejahatan internasional dan proses hukum terhadap pelaku kejahatan internasional.

Jenis-jenis kejahatan internasional terdapat tiga sumber untuk menemukan perbuatan-perbuatan yang digolongkan sebagai tindak pidana internasional, yaitu:³⁷⁰

- (1) tindak pidana internasional yang berasal dari kebiasaan yang berkembang dalam praktik hukum internasional;
- (2) tindak pidana internasional yang berasal dari konvensi-konvensi internasional;
- (3) tindak pidana internasional yang lahir dari sejarah perkembangan konvensi mengenai hak asasi manusia.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ Pasal 58 Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83).

³⁶⁹ Responsibility of States for internationally Wrongful Acts 2001, (A/RES/56/83) membiarkan persoalan tanggung jawab perdata bagi kejahatan-kejahatan tadi tetap terbuka. Dengan demikian, bukan tidak mungkin apabila suatu ketika di masa yang akan datang seseorang di samping dapat dituntut secara pidana berdasarkan hukum internasional, ia juga dapat dipertanggungjawabkan secara perdata.

³⁷⁰ Romli Atmasasmita, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Refika Aditama, 2000, hlm. 40.

Dengan telah berlakunya Statuta Roma (*Rome Statute*, selanjutnya disebut "Statuta"), yang mendirikan Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court*, ICC), pada tanggal 17 Juli 1998, jenis-jenis tindak pidana menurut ketiga sumber itu terangkum dalam Pasal 5 Statuta, walaupun tidak seluruhnya, yang mengatur tentang yurisdiksi ICC, yaitu:

- (a) Kejahatan Genosida
- (b) Kejahatan terhadap Kemanusiaan;
- (c) Kejahatan Perang;
- (d) Agresi.

Yang dimaksud dan termasuk ke dalam kejahatan Genosida adalah salah satu atau lebih dari perbuatan berikut yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, etnis, ras, atau agama, seperti :

- (a) membunuh anggota kelompok;
- (b) menyebabkan penderitaan fisik atau mental yang berat terhadap anggota kelompok;
- (c) sengaja menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik, baik seluruhnya atau sebagian;
- (d) memaksa tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran dalam suatu kelompok;
- (e) memindahkan secara paksa anak-anak dari suatu kelompok ke kelompok lainnya.³⁷¹

Sedangkan yang dimaksud dan yang termasuk ke dalam Kejahatan terhadap Kemanusiaan adalah salah satu dari beberapa perbuatan berikut yang dilakukan dengan sengaja sebagai bagian dari serangan yang sistematis dan meluas yang langsung ditujukan terhadap penduduk sipil:

- (a) pembunuhan;
- (b) pembasmian;
- (c) perbudakan;
- (d) deportasi atau pemindahan penduduk secara paksa;
- (e) pengurangan atau pencabutan kemerdekaan fisik secara sewenang-wenang dan melanggar aturan-aturan dasar hukum internasional;
- (f) penyiksaan;
- (g) pemerkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, kehamilan secara paksa, sterilisasi secara paksa, atau berbagai bentuk kekerasan seksual lainnya;
- (h) penindasan terhadap suatu kelompok yang dapat dikenali atau terhadap suatu kelompok politik, ras, bangsa, etnis, kebudayaan, agama, jender/jenis kelamin, atau kelompok-kelompok lainnya, yang secara universal tidak diperbolehkan dalam hukum internasional;
- (i) penghilangan orang secara paksa;
- (j) kejahatan rasial (*apartheid*);

³⁷¹ Pasal 6 Statute International Criminal Court.

- (k) perbuatan tidak manusiawi yang serupa, yang dengan sengaja mengakibatkan penderitaan yang berat, luka serius terhadap badan, mental, atau kesehatan fisik seseorang.³⁷²

Adapun yang dimaksud dan yang termasuk ke dalam kejahatan perang adalah mencakup sejumlah perbuatan atau tindakan yang sangat luas yakni:

- (a) pelanggaran berat terhadap Konvensi Jenewa 12 Agustus 1949, yaitu:
1. sengaja melakukan pembunuhan;
 2. penyiksaan atau perlakuan secara tidak manusiawi, termasuk percobaan-percobaan biologis;
 3. sengaja menimbulkan penderitaan yang berat, atau luka badan maupun kesehatan yang serius;
 4. merusak secara luas dan perampasan terhadap harta benda, yang tidak dibenarkan oleh kepentingan militer dan dilakukan secara melawan hukum dan semena-mena;
 5. pemaksaan terhadap tawanan perang atau orang-orang yang dilindungi lainnya untuk berdinam dalam ketentaraan negara musuh;
 6. sengaja melakukan pencabutan hak tawanan perang atau orang-orang yang dilindungi lainnya atas pengadilan yang adil dan wajar;
 7. deportasi atau pemindahan atau penahanan secara melawan hukum;
 8. penyanderaan.
- (b) pelanggaran berat terhadap hukum dalam kerangka hukum internasional, mencakup 26 jenis perbuatan, yaitu:
1. dengan sengaja melakukan penyerangan terhadap penduduk sipil atau terhadap orang sipil yang tidak secara langsung terlibat dalam pertempuran;
 2. dengan sengaja melakukan penyerangan terhadap sasaran sipil yang bukan merupakan sasaran militer;
 3. dengan sengaja melakukan penyerangan terhadap personel, instalasi-instalasi, bangunan, unit-unit atau kendaraan bantuan kemanusiaan dan misi penjaga perdamaian sesuai dengan Piagam PBB, sepanjang mereka berhak atas perlindungan yang diberikan sebagai orang sipil atau sasaran sipil menurut hukum internasional tentang konflik bersenjata;
 4. dengan sengaja melancarkan serangan yang diketahuinya bahwa serangan itu akan menimbulkan kematian atau cedera terhadap penduduk sipil, atau kerusakan terhadap sasaran sipil, atau mengakibatkan kerusakan yang meluas, sangat berat dan berjangka waktu lama terhadap lingkungan alam yang secara tegas melampaui batas dalam kaitannya dengan upaya mengantisipasi keuntungan-keuntungan militer yang nyata dan langsung;
 5. penyerangan atau peledakan kota, desa-desa, tempat tinggal, dan gedung yang tidak dilindungi dan bukan sasaran militer;

³⁷² Pasal 7 ayat (1) *Statute International Criminal Court*.

6. pembunuhan atau melukai kombatan yang sudah menyerah yaitu mereka yang sudah meletakkan senjatanya atau sudah tidak lagi memiliki sarana untuk melawan;
7. penggunaan bendera gencatan senjata, tanda-tanda atau seragam militer musuh atau PBB, juga emblem pembeda (*distinctive emblem*) yang diatur dalam Konvensi Jenewa, dengan tidak semestinya, yang mengakibatkan kematian atau luka berat;
8. pemindahan secara langsung maupun tidak langsung oleh kekuatan pendudukan (*occupying power*) terhadap sebagian penduduk sipilnya ke dalam wilayah yang diduduki, atau deportasi maupun pemindahan seluruh atau sebagian penduduk yang tinggal di daerah yang diduduki di dalam maupun keluar daerah mereka;
9. secara sengaja melakukan penyerangan terhadap tempat-tempat ibadah, pendidikan, kebudayaan, ilmu pengetahuan, atau amal, bangunan bersejarah, rumah sakit, dan tempat-tempat di mana orang-orang yang sakit dan luka-luka dikumpulkan, sepanjang tempat-tempat itu bukan untuk kepentingan militer;
10. mewajibkan orang yang dalam kekuasaan pihak lawan untuk melakukan mutilasi fisik, atau untuk percobaan medis atau keilmuan apa pun yang tidak dibenarkan secara oleh medis, kesehatan gigi, atau perawatan rumah sakit terhadap seseorang yang dilakukan di luar kehendak orang tersebut dan menyebabkan kematian atau bahaya serius terhadap kesehatan orang itu;
11. membunuh atau melukai orang sipil dari negara atau tentara musuh;
12. menyatakan bahwa tidak ada tempat tinggal yang akan diberikan;
13. penghancuran dan penyitaan barang milik musuh kecuali perusakan atau penyitaan tersebut terpaksa dilakukan demi kepentingan atau keperluan konflik;
14. menyatakan penghapusan, penangguhan, atau tidak dapat diterimanya hak-hak dan tindakan warga negara dari pihak musuh dalam suatu pengadilan;
15. melakukan pemaksaan terhadap penduduk pihak lawan untuk ikut dalam operasi perang melawan negaranya sendiri, bahkan jikaalaupun mereka berdinis dalam tentara musuh sebelum permulaan perang;
16. perampasan kota atau tempat bahkan dengan penyerangan;
17. penggunaan racun atau senjata beracun;
18. penggunaan *asphyxiating*, gas beracun atau gas-gas lainnya dan semua cairan, bahan-bahan, atau peralatan-peralatan yang beracun;
19. penggunaan peluru yang dengan mudah meluas dan hancur dalam tubuh manusia, seperti peluru dengan selubung keras yang tidak seluruhnya menutupi ujung peluru atau ujung peluru tersebut ditoreh;
20. menggunakan senjata, proyektil, atau bahan dan metode perang yang pada dasarnya dapat menyebabkan luka yang berlebihan atau tidak

- perlu atau secara inheren dan membabitnya, dianggap sebagai pelanggaran hukum internasional mengenai konflik bersenjata, yang mana senjata, proyektil peluru, dan bahan-bahan, serta metode tersebut secara komprehensif dilarang dan dicantumkan dalam lampiran Statuta ini melalui amandemen berkaitan dengan Pasal 121 dan 123;
21. penghinaan terhadap martabat seseorang, khususnya perlakuan yang mempermalukan dan merendahkan; atau
 22. pemerkosaan, perbudakan seksual, pelacuran dan kehamilan secara paksa, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (2) f, sterilisasi paksa, atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lainnya yang juga diatur dalam Konvensi Jenewa;
 23. penggunaan penduduk sipil atau orang yang dilindungi untuk membuat suatu wilayah militer atau pasukan militer *immune* dari operasi militer;
 24. dengan sengaja melakukan penyerangan terhadap bangunan, bahan-bahan, unit-unit, alat transportasi, dan personel medis yang menggunakan emblem pembeda (*distinctive emblem*) dalam Konvensi Jenewa sesuai dengan hukum internasional;
 25. dengan sengaja menggunakan kelaparan penduduk sipil sebagai metode berperang dengan cara menghentikan persediaan bahan-bahan yang dibutuhkan mereka untuk bertahan hidup, termasuk menghalangi bantuan bahan-bahan sebagaimana diatur dalam Konvensi Jenewa;
 26. mempekerjakan atau melibatkan anak-anak di bawah umur limat belas tahun ke dalam angkatan bersenjata atau menggunakan mereka untuk ikut serta secara aktif dalam pertempuran;
- (c) dalam hal konflik bersenjata nasional (*non-international armed conflict*), pelanggaran berat terhadap Pasal 3 ketentuan yang bersamaan (*common articles*)³⁷³ dari keempat Konvensi Jenewa 12 Agustus 1949 adalah perbuatan-perbuatan sebagai berikut yang dilakukan terhadap orang-orang yang tidak ikut serta secara aktif dalam pertempuran, termasuk di dalamnya anggota tentara yang telah meletakkan senjatanya serta mereka yang tidak lagi turut serta (*hors de combat*) karena sakit, luka, ditahan atau sebab-sebab lainnya:
1. kekerasan terhadap jiwa dan raga, khususnya segala macam pembunuhan, mutilasi, perlakuan kejam, dan penyiksaan;
 2. penghinaan terhadap martabat seseorang, khususnya perlakuan yang mempermalukan dan merendahkan;
 3. penyanderaan;

³⁷³ Ketentuan-ketentuan yang bersamaan (*common articles*) adalah ketentuan-ketentuan yang karena pentingnya diulangi dan dirumuskan secara sama atau dengan sedikit modifikasi dalam keempat Konvensi Jenewa 1949.

4. penghukuman dan pelaksanaan hukuman tanpa didahului dengan putusan dari pengadilan yang dibentuk secara teratur yang memberikan segenap jaminan hukum yang diakui sebagai keharusan.
- (d) pelanggaran berat lainnya terhadap hukum dan kebiasaan-kebiasaan yang berlaku dalam konflik bersenjata nasional dalam kerangka hukum internasional, yang mencakup 12 macam perbuatan, yaitu:
1. dengan sengaja melancarkan serangan terhadap penduduk sipil atau orang sipil yang tidak terlibat langsung dalam peperangan;
 2. dengan sengaja menyerang bangunan, material, unit-unit, dan transportasi serta personel medis yang menggunakan emblem pembeda (*distinctive emblem*) dalam Konvensi Jenewa sesuai dengan hukum internasional;
 3. dengan sengaja menyerang personel, instalasi, bangunan, unit-unit atau kendaraan bantuan kemanusiaan dan misi penjaga perdamaian PBB, sepanjang mereka berhak atas perlindungan yang diberikan sebagai orang sipil atau sasaran sipil menurut hukum internasional tentang konflik bersenjata;
 4. dengan sengaja melakukan penyerangan terhadap tempat-tempat ibadah, pendidikan, kebudayaan, ilmu pengetahuan, atau amal, bangunan bersejarah, rumah sakit, dan tempat-tempat di mana orang-orang yang sakit dan luka-luka dikumpulkan, sepanjang tempat-tempat itu bukan untuk keperluan militer;
 5. merampas kota atau tempat bahkan dengan penyerangan;
 6. melakukan pemerkosaan, perbudakan seksual, pelacuran dan kehamilan secara paksa, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (2) f, sterilisasi secara paksa, atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lainnya yang dianggap sebagai pelanggaran berat terhadap Pasal 3 ketentuan yang bersamaan yang terdapat dalam keempat Konvensi Jenewa;
 7. mempekerjakan atau melibatkan anak-anak di bawah umur limat belas tahun ke dalam angkatan bersenjata atau menggunakan mereka untuk turut serta secara aktif dalam pertempuran;
 8. memerintahkan pemindahan lokasi penduduk sipil untuk alasan-alasan yang berkaitan dengan konflik, kecuali untuk alasan keamanan atau alasan militer mengharuskannya;
 9. membunuh atau melukai tentara lawan dengan curang;
 10. menyatakan bahwa tidak akan ada tempat tinggal yang diberikan;
 11. mewajibkan orang yang berada dalam kekuasaan pihak lawan untuk melakukan mutilasi fisik, atau untuk percobaan medis atau keilmuan apa pun yang tidak dibenarkan oleh perawatan medis, gigi, atau rumah sakit terhadap seseorang yang dilakukan di luar

- kehendak orang tersebut dan menyebabkan kematian atau bahaya serius terhadap kesehatan orang itu;
12. mengharuskan atau merampas harta benda pihak lawan kecuali tindakan-tindakan tersebut terpaksa dilakukan demi kepentingan atau kebutuhan konflik.

J. Tanggung Jawab Negara Terhadap Orang Asing

Di dalamnya terdapat dua pandangan yang saling berbeda, yaitu pandangan negara sedang berkembang dan negara maju. Negara-negara berkembang cenderung untuk tidak mengakui perlakuan yang khusus kepada warga negara asing di dalam negerinya. Mereka menekankan perlunya persamaan perlakuan sebagaimana halnya (seorang) warganya. Sementara negara-negara maju umumnya menginginkan perlindungan yang lebih besar terhadap warga negaranya di luar negeri.³⁷⁴

Latar belakang atau alasan dimungkinkannya suatu negara melindungi warga negaranya dari perlakuan yang kurang baik dari negara asing serta menuntut ganti rugi adalah karena adanya doktrin tentang tanggung jawab negara yang terkait dengan kebangsaan (*Nationality of Claims*). Hal ini terjadi karena doktrin tanggung jawab negara ini bersandar pada 2 pilar kembar, yaitu³⁷⁵:

1. Hubungan suatu negara dengan tindakan-tindakan yang melanggar hukum atau kelalaian yang dilakukan pejabat-pejabatnya.
2. Kemampuan negara untuk mengklaim atas nama warga negaranya.

1. Standar Minimum Internasional Dan Standar Perlakuan Nasional

a. *International Minimum Standard*

Arti standar standar disini bukan saja berarti standar hukumnya (yaitu hukum internasional), tetapi juga standar dalam arti penegakan hukumnya (*enforcement*), yakni perlindungan yang efektif menurut ketentuan hukum internasional.³⁷⁶

b. *National Treatment Standard*

Standar ini lahir sebagai reaksi atas standar minimum internasional. Standar ini tampak dalam³⁷⁷:

- 1) Pasal 9 the Montevideo Convention on Rights and Duties of States tahun 1933.
- 2) *Draff articles* yang diusulkan oleh pemerintah Panama yang diserahkan kepada ILC (Komisi Hukum Internasional) dalam pembahsan mengenai *Draff Declaration on Rights and Duties of States* tahun 1949.

³⁷⁴ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 291.

³⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 292.

³⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 293.

³⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 294.

Upaya untuk menyatukan kembali pemikiran mengenai standar ini, Amador merumuskan dua prinsip perlakuan terhadap orang/warga negara asing³⁷⁸:

1. Bahwa orang asing harus menikmati hak-hak serta jaminan yang sama dengan warga negara yang bersangkutan.
2. Tanggung jawab internasional suatu negara akan timbul apabila hak-hak asasi / fundamental manusia tersebut dilanggar.

2. Doktrin Calvo

Doktrin ini menegaskan prinsip non intervensi yang disertai penegasan bahwa orang asing hanya berhak diberlakukan seperti halnya warga negaranya. Latar belakang Carlo Calvo mengeluarkan pendapat hukumnya tersebut karena ada dua alasan yakni sebagai berikut³⁷⁹:

- a. Bahwa setiap orang asing yang berada di suatu negara mempunyai hak perlindungan yang sama dengan warga negara tersebut dan orang asing tidak dapat menuntut perlindungan yang lebih besar dari pada yang diterima oleh warga negara tersebut;
- b. Setiap orang asing yang mengklaim hak perlindungan yang lebih besar daripada yang diberikan oleh negara dimana ia tinggal adalah bertentangan dengan hak persamaan antara negara (*the right of equality of nation*).

Tujuan dari klausul Calvo ini adalah untuk menghindari campur tangan diplomatik negara asing kepada warga negaranya.

3. Pengusiran Orang Asing

Salah satu hak yang dimiliki oleh negara adalah hak untuk menolak seorang asing yang memasuki wilayahnya dan mengenakan syarat-syarat bagi masuknya orang asing ke dalam wilayahnya, serta mengusir atau memulangkan orang asing tersebut.³⁸⁰

Menurut Goodwin-Gill, praktek negara mengakui pengusiran ini apabila³⁸¹:

- a. Masuk ke dalam suatu negara dengan cara melanggar hukum;
- b. Melanggar syarat-syarat izin masuk;
- c. Terlibat dalam tindak kriminal;
- d. Berdasarkan pertimbangan politik dan keamanan orang asing tersebut harus diusir.

Sebagai perbandingan, pasal 3 Konvensi Eropa, 1956 menetapkan bahwa suatu negara dapat mengusir warga negara asing yang ebrdiam di wilayahnya jika ia telah melakukan tindakan yang mengganggu keamanannya atau ketertiban atau moralitas di dalam negerinya.

³⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 295.

³⁷⁹ *Ibid.*, hlm. 297.

³⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 299.

³⁸¹ *Ibid.*, hlm. 299-300

K. Tanggung Jawab Negara Terhadap Lingkungan

Ketentuan internasional yang mengatur hal ini tampak dalam pasal 30 Piagam Hak-hak dan Kewajiban Ekonomi Negara Tahun 1974. Bunyi pasal ini mengandung lima prinsip penting sehubungan dengan tanggung jawab negara terhadap lingkungan yakni³⁸²:

1. Bahwa perlindungan, pemeliharaan, dan peningkatan lingkungan untuk generasi sekarang dan akan datang adalah tanggung jawab semua negara;
2. Bahwa semua negara harus berupaya membuat kebijakan-kebijakan lingkungan dan pembangunan sesuai dengan prinsip pertama di atas;
3. Bahwa kebijakan lingkungan semua negara tidak boleh merugikan pembangunan negara sedang berkembang sekarang atau yang akan datang;
4. Bahwa semua negara berkewajiban untuk menjaga kegiatan-kegiatan di dalam wilayahnya agar tidak merugikan lingkungan negara lain;
5. Bahwa semua negara perlu bekerja sama untuk mengembangkan norma-norma atau aturan-aturan di bidang lingkungan hidup.

Perkembangan Peraturan Tanggung Jawab Negara terhadap Lingkungan

Tanggung jawab negara terhadap lingkungan dipertegas lagi dalam Konferensi PBB tentang Lingkungan dan Pembangunan (UNCED atau *United Nations Conference on Environment and Development*) tahun 1992.³⁸³

Adapun hasil dari KTT Bumi 1992 ini adalah³⁸⁴:

- a. Deklarasi Rio tentang Lingkungan dan Pembangunan (*Rio Declaration on Environment and Development*);
- b. Konvensi tentang perubahan iklim (*Framework Convention on Climate Change*);
- c. Konvensi tentang keanekaragaman Hayati (*Convention on Biological Diversity*);
- d. Agenda 21 termasuk ketentuan implementasi tanggung jawab negara dalam berbagai aspek pengelolaan lingkungan;
- e. Prinsip-prinsip manajemen, konservasi, dan pembangunan berkelanjutan (*Statement of principles on the Management, Conservation and Sustainable of All Types of Forest*).

L. Tanggung Jawab Negara Terhadap Hak Asasi Manusia

Pertanggungjawaban negara berhubungan erat dengan suatu keadaan bahwa terhadap prinsip fundamental dari hukum internasional, negara atau suatu pihak yang dirugikan menjadi berhak untuk mendapatkan ganti rugi atas kerugian yang dideritanya. Karena itu, tanggung jawab negara akan berkenaan dengan penentuan tentang atas dasar apa dan pada situasi yang bagaimana negara dapat dianggap telah melakukan tindakan yang salah menurut hukum internasional.³⁸⁵

³⁸² *Ibid.*, hlm. 301.

³⁸³ *Ibid.*, hlm. 303.

³⁸⁴ *Ibid.*, hlm. 304.

³⁸⁵ Yudha Bhakti Ardhiwisastro, *op.cit.*, hlm. 4.

Perbuatan yang salah atau tindakan yang menimbulkan kerugian maka melahirkan tanggung jawab negara yang mencakup pelanggaran perjanjian internasional berkaitan dengan tidak dilaksanakannya kewajiban-kewajiban kontraktual dan tanggung jawab karena kerugian atas warga dari suatu negara lain. Pelanggaran kewajiban dapat berupa (a) suatu tindakan atau (b) kelalaian.³⁸⁶

Perkembangan tanggung jawab negara terhadap hak asasi manusia bukan hanya terjadi ketika terdapat adanya suatu bentuk pelanggaran terhadap hak asasi manusia akan tetapi upaya-upaya pemenuhan hak asasi manusia yang merupakan langkah-langkah yang sesuai dengan konstitusi dan perundang-undangan masing-masing negara di dunia sebagai upaya tanggung jawab negara.

Hak asasi manusia merupakan hak yang timbul dari kaedah hukum (perjanjian) internasional. Kaedah ini secara hukum mengikat negara-negara yang telah meratifikasinya dan mengakibatkan lahirnya tanggung jawab bagi negara yang bersangkutan untuk memenuhinya. Sifat, bentuk, dan luas lingkup tanggung jawab negara untuk memenuhi hak asasi manusia ditentukan dalam perjanjian internasional, seperti the International Covenant on Civil and Political Rights 1966 dan International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966 dan sebagainya.

Sifat melekatnya kewajiban negara yang menimbulkan kerugian untuk membayar ganti rugi, misalnya, diatur dalam Pasal 2 ayat (3) Perjanjian Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (International Covenant on Civil and Political Rights). Pasal tersebut mengatur bahwa korban pelanggaran hak asasi manusia harus mendapatkan pemulihan efektif, meskipun pelanggaran tersebut dilakukan oleh pejabat resmi negara. Ini mewajibkan negara untuk mengizinkan aksi sipil dalam bentuk mengganti kerugian terhadap pelanggaran yang dilakukannya tergolong kejahatan terhadap kemanusiaan. Sebab, diyakini tidak ada vonis pengadilan yang dapat menghukum secara efektif kejahatan seperti itu.³⁸⁷

Tanggung jawab negara menurut hukum internasional juga memiliki perbedaan dengan tanggung jawab negara menurut hukum nasional. Menurut hukum internasional, tanggung jawab negara timbul akibat dari pelanggaran terhadap hukum internasional. Walaupun hukum nasional menganggap suatu perbuatan bukan merupakan pelanggaran hukum, namun apabila hukum internasional menentukan sebaliknya maka negara harus tetap bertanggung jawab.³⁸⁸

³⁸⁶ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 294.

³⁸⁷ Geoffrey Robertson Q.C., *Kejahatan terhadap Kemanusiaan Perjuangan untuk Mewujudkan Keadilan Global*, Komnas HAM, Jakarta, 2002, hlm. 307-308.

³⁸⁸ Lihat F. Sugeng Istanto, *op.cit.*, hlm. 78.

PENGAKUAN DALAM HUKUM INTERNASIONAL

B. Pengantar

Lahirnya pengakuan banyak dipengaruhi adanya kebiasaan internasional dalam hal negara-negara lama hilang atau bergabung dengan negara lain dan membentuk suatu negara baru, atau terpecah yang menjadi beberapa negara baru, atau wilayah-wilayah jajahan melalui proses emansipasi memperoleh status negara. Contoh yang lainnya juga dapat terjadi dalam suatu negara, yaitu terjadinya revolusi atau berkuasanya pihak militer, dan status dari pemerintah-pemerintah yang baru tersebut menjadi persoalan bagi negara-negara lain yang sebelumnya menjalin hubungan dengan pemerintahan yang digantikannya.³⁸⁹

Pengakuan dalam bahasa Inggris *recognition*, dalam bahasa Perancis *Reconnaissance*, dan bahasa Jerman *Anerkennung*. Fungsi pengakuan adalah untuk menjamin suatu Negara baru dapat menduduki tempat yang wajar sebagai organism politik yang merdeka dan berdaulat di tengah-tengah keluarga bangsa-bangsa, sehingga secara aman dan sempurna dapat mengadakan hubungan dengan Negara lainnya, tanpa mengkhawatirkan bahwa kedudukannya sebagai kesatuan politi itu akan diganggu oleh Negara-negara yang telah ada.³⁹⁰

1. Teori Pengakuan Dalam Hukum Internasional

Pengakuan menurut D. P. O'Connell³⁹¹ sebagaimana dikemukakan : *"Recognition is a political action whereby the recognising state indicates a willingness to acknowledge the factual situation and to bring about certain legal consequences of that acknowledgement."*

Pengakuan merupakan perbuatan politik di mana suatu negara menunjukkan kesediaannya untuk mengakui suatu situasi fakta dan menerima akibat hukum dari pengakuan tersebut. Hal lainnya juga dikemukakan De

³⁸⁹ J. G. Starke, *Introduction to International Law*, Tenth Edition, Butterworths, London, 1989, hlm. 129.

³⁹⁰ S. Tasrif, *Hukum Internasional Tentang Pengakuan Dalam Teori dan Praktek*, Abardin, Bandung, 1987. hlm. 3.

³⁹¹ D. P. O'Connell, *International Law*, Volume I, Stevens & Sons Ltd, London, 1965, hlm. 137, lihat juga dalam Boer Mauna, *Hukum Internasional (Pengertian, peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global)*, Edisi ke 2, PT.Alumni, Bandung, 2005. hlm. 60.

Visscher³⁹² bahwa pengakuan internasional itu memenuhi dua kebutuhan sosial dalam kehidupan antarnegara, yakni pertama, untuk tidak mengasingkan suatu kumpulan manusia dari hubungan-hubungan internasional, kedua untuk menjamin kontinuitas hubungan-hubungan internasional dengan jalan mencegah adanya suatu kekosongan (*vacuum*) hukum yang dapat merugikan, baik bagi kepentingan individu maupun bagi hubungan antar negara.

Sedangkan menurut J.G. Starke³⁹³ pengakuan terhadap Negara baru di definisikan oleh beberapa penulis sebagai:

"...sebagai tindakan bebas oleh suatu Negara atau lebih yang mengakui eksistensi suatu wilayah tertentu dari masyarakat manusia yang terorganisir secara politis, yang tidak terikat dengan Negara lain, dan mempunyai kemampuan untuk menaati kewajiban-kewajiban menurut hukum internasional, dan dengan cara itu Negara-negara yang mengakui menyatakan kehendak mereka untuk menganggap wilayah yang diakuiinya sebagai salah satu anggota masyarakat internasional".

Ray Agust³⁹⁴ berpendapat bahwa "*recognition is simply the willingness of one government to accept the fact, and the political consequences, of another state or government coming into being*". Sedangkan menurut Alina Kaczorowska³⁹⁵ "*recognition is the willingness to deal with the new state as a member of the international community or with the new government as the representative of the state*".

Kesimpulan definisi pengakuan dalam buku bunga rampai hukum internasional menurut Frans E. Likadja adalah:³⁹⁶

1. Pengakuan merupakan suatu perbuatan, *wilsverklaring, free act*, dimaksudkan agar suatu bentuk himpunan manusia akan menerima kenyataannya sebagai satu Negara dan masuk dalam pergaulan antara Negara-negara dalam dunia internasional. Artinya bila suatu Negara hendak berhubungan dengan Negara lain, senantiasa terbuka jalan, asal saja semua hak dan kewajiban yang timbul sebagai akibat dari perjanjian dengan Negara lain itu harus dihormati atas dasar asas timbal balik.
2. Pengakuan yang diberikan oleh suatu Negara bukanlah didasarkan atas penilaian Negara lain, akan tetapi berdasarkan dari Negara pemberi pengakuan itu sendiri.
3. Pengakuan merupakan tindakan sepihak dan nyata. Pernyataan kehendak itu ditujukan kepada suatu bentuk himpunan manusia yang telah memenuhi syarat untuk dapat dipandang sebagai negara.

³⁹² Sebagaimana dikutip, S. Tasrif, *op.cit.*, hlm. 4.

³⁹³ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm.131.

³⁹⁴ Ray Agust, *Public International Law (Text, Cases, and Readings)*, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, hlm.101.

³⁹⁵ Alina Kaczorowska, *Text Book Public International Law*, Old Bailey Press, London, 2002, hlm. 71.

³⁹⁶ Frans E. Likadja, *Bunga Rampai Hukum Internasional*, Binacipta, Bandung, 1987, hlm. 4.

Sedangkan menurut penulis, pengakuan adalah suatu perbuatan atau tindakan secara bebas diberikan suatu negara atau lebih yang mengakui eksistensi suatu negara baru, pemerintahan baru, pemberontak, dan gerakan pembebasan nasional sebagai masyarakat yang terorganisir secara politis, yang mempunyai kemampuan untuk menaati kewajiban-kewajiban menurut hukum internasional, serta tindakan secara bebas negara-negara yang mengakui dan menyatakan kehendak mereka melahirkan akibat-akibat baik secara politik maupun hukum dengan entitas yang diakuinya.

a. Teori Konstitutif

Teori konstitutif dalam hukum internasional, apabila lahirnya suatu negara baru telah diakui oleh negara lain. Ini berarti suatu negara belum lahir sebelum adanya pengakuan terhadap negara tersebut. Dalam hal ini pengakuan mempunyai kekuatan konstitutif.³⁹⁷ Teori ini berpendapat bahwa suatu negara menjadi subjek hukum internasional hanya melalui pengakuan. Jadi hanya dengan pengakuanlah suatu negara itu dapat diterima sebagai anggota masyarakat internasional dan karenanya memperoleh statusnya sebagai subjek hukum internasional.³⁹⁸

Penganut teori ini, yaitu Oppenheim, Lauterpacht, Chen, Gugenheim, Anzilloti dan Hans Kelsen. Pernyataan terkenal Oppenheim tentang teori ini, yaitu bahwa *"A state is, and becomes, an international person through recognition only and exclusively."*³⁹⁹ Lebih lanjut Hans Kelsen⁴⁰⁰ berpendapat bahwa Teori Konstitutif merupakan tindakan pengakuan secara hukum, sebagaimana dikemukakan yakni:

"That a State Recognizes a community as a State legally means that it declares that community is a State in the sense of international law. ... According to international law, such recognition is indeed necessary. General international law determines under what conditions a community has to be considered a State;..."

Tindakan pengakuan hukum merupakan prosedur yang ditetapkan oleh hukum internasional untuk menetapkan fakta "negara" dalam suatu kasus konkret. Bahwa suatu negara mengakui suatu komunitas sebagai negara, berarti negara tersebut menganggap komunitas tersebut sebagai negara menurut pengertian hukum internasional. Menurut hukum internasional, pengakuan semacam itu diperlukan. Karena hukum internasional umum menentukan di bawah kondisi-kondisi apa komunitas harus dipandang sebagai suatu negara.

Teori konstitutif dalam prakteknya berkembang pada abad ke-19 dan permulaan abad ke-20, hukum internasional berlaku dalam hubungan antara

³⁹⁷ Boer Mauna, *op.cit.*, hlm. 62.

³⁹⁸ Huala Adolf, *Aspek-aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, Edisi Revisi, PT. RajaGrafindo Persada, Rajawali Press, Jakarta, 2002, hlm. 75.

³⁹⁹ R. C. Hingorani, *Modern International Law*, 2nd Ed, Oceana Publications, INC, New York, London, Rome, 1984, hlm. 96. sebagaimana dikutip dalam Huala Adolf, *Ibid*.

⁴⁰⁰ Hans Kelsen, *General Theory of Law And State*, Anders Wedberg (Penerjemah), Russell & Russell, New York, 1973, hlm. 223. lihat juga dalam Huala Adolf, *Ibid*.

negara-negara berkebudayaan Eropa, hal ini berkaitan dengan penggunaan istilah *civilized nations* dalam Piagam PBB dan Pasal 38 (l) huruf c, Statuta Mahkamah Internasional tentang prinsip-prinsip umum yang diakui oleh *civilized nations* sebagai salah satu sumber hukum internasional. berdasarkan hal tersebut negara-negara baru lahir tidak hanya bisa masuk kedalam kelompok bangsa-bangsa bila mereka diterima dan penerimaan tersebut diwujudkan dalam bentuk pengakuan dari negara yang menerima. Hal ini terutama bertujuan untuk mengucilkan negara-negara yang baru lahir setelah memberontak terhadap kekuasaan kolonial ataupun terhadap negara yang lahirnya dianggap melanggar hukum internasional, tentunya dengan tidak mendapatkan pengakuan secara hukum maka negara itu belum lahir. Namun pelaksanaan teori konstitutif yang sekarang ini sudah tidak dipakai dalam praktek-praktek negara-negara.⁴⁰¹

b. Teori Deklaratoir

Menurut teori deklaratoir atau *evidenter (declaratory atau evidentiary theory)*, adanya status kenegaraan atau otoritas pemerintahan yang baru telah ada sebelum adanya pengakuan dan status ini tidak bergantung pada pengakuan. Tindakan pengakuan semata-mata hanya pengumuman resmi terhadap situasi dari fakta yang telah ada.⁴⁰² Tindakan pengakuan ini disebut juga sebagai tindakan pengakuan politik, karena tidak mengandung akibat hukum apapun, dan bukan merupakan unsur pembentuk eksistensi hukum dari negara yang diakui. Pengakuan politik mensyaratkan eksistensi hukum dari negara yang akan diakui.⁴⁰³

Dalam Konvensi Montevideo 1933 juga menganut teori deklaratoir, Pasal 3 dalam konvensi itu menyatakan sebagai berikut⁴⁰⁴:

"The political existence of the state is independent of recognition by other states. Even before recognition the state has the right to defend its integrity and independence, to provide for its conservation and prosperity, and consequently to organize itself as it sees fit, to legislate upon its interest, administer its service, and to define the jurisdiction and competence of its courts."

Dalam pasal ini menjelaskan terbentuknya suatu negara secara politis tidak tergantung pada pengakuan negara lain. Bahkan sebelum adanya pengakuan negara mempunyai hak untuk mempertahankan integritas dan kemerdekaannya. Untuk membuktikan perlindungan dan kesejahteraan, sebagai akibatnya untuk mengorganisir diri sendiri sebagaimana untuk membuat undang-undang yang sesuai dengan kepentingannya, pelayanan administrasi dan memberikan kewenangan dan kompetensi pengadilan.

⁴⁰¹ Boer Mauna, *op.cit.*, hlm. 63.

⁴⁰² J. G. Starke, *op.cit.*, hlm. 132.

⁴⁰³ Hans Kelsen, *op.cit.*, hlm. 222.

⁴⁰⁴ S. Tasrif, *op.cit.*, hlm. 35. lihat juga dalam Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 78.

c. Teori Jalan Tengah

Teori jalan tengah memisahkan antara kepribadian internasional yang dimiliki oleh suatu negara dengan penggunaan hak-hak internasional yang melekat pada kepribadian itu. Oleh karena itu, disatu pihak diakui bahwa suatu negara dapat menjadi pribadi internasional tanpa melalui adanya suatu pengakuan (teori deklaratif), akan tetapi untuk menggunakan hak-hak sebagai pribadi internasional negara tersebut memerlukan pengakuan dari negara-negara lainnya (teori konstitutif).⁴⁰⁵ Suatu negara atau pemerintah tidak akan mendapatkan status hukum oleh negara lain kecuali negara tersebut diakui oleh negara bersangkutan (teori konstitutif). Hal ini tidak berarti bahwa negara atau pemerintah itu tidak ada sama sekali (teori deklaratif). Jadi suatu negara tetap ada meskipun tidak diakui, namun negara-negara tersebut hanya dapat mengadakan hubungan dengan negara yang mengakuinya.⁴⁰⁶

2. Bentuk-Bentuk Pengakuan

a. Pengakuan Terhadap Negara Baru

Pengakuan terhadap negara baru, berhubungan erat dengan teori tentang terbentuknya suatu negara baru. Suatu negara baru telah berdiri sepanjang telah dipenuhi syarat-syarat fakta tentang terbentuknya suatu negara, tanpa mengindahkan, apakah mereka diakui atau tidak oleh negara lain. Di dalam *Inter-American Convention on Rights and Duties of State Montevideo*, 1933, terdapat ketentuan-ketentuan tentang terbentuknya secara politis suatu negara, sebagai berikut⁴⁰⁷ :

Inter-American Convention On Rights And Duties Of State Montevideo, 1933

Article 3: The political existence of the state is independent of recognition by other states. Even before recognition the state has the right to defend its integrity and independence, to provide for its conservation and prosperity, and consequently to organize itself as it sees fit, to legislate upon its interest, administer its service, and to define the jurisdiction and competence of its courts.

Article 6: The recognition of state merely signifies that the state which recognizes it accept the personality of the other with all the right and duties determined by international law. Recognition is unconditional and irrevocable.

Article 7: The recognition of a state may be express or tacit. The latter result from any act which implies the intention of recognizing the new state.

Maksud dari Pasal 3 diatas menjelaskan bahwa terbentuknya suatu negara secara politis tidaklah tergantung dari pengakuan negara lain. Bahkan sebelum adanya pengakuan, negara tersebut telah mempunyai hak untuk mempertahankan integritasnya dan kemerdekaannya, melakukan hal-hal untuk kelangsungan hidup dan kemakmuran mereka, dan mengorganisir diri mereka

⁴⁰⁵ S. Tasrif, *Ibid.*, hlm. 37.

⁴⁰⁶ Huala Adolf, *Aspek-aspek Negara ...*, *op.cit.*, hlm. 78.

⁴⁰⁷ Chairul Anwar, *Hukum Internasional (Pengantar Hukum Bangsa-bangsa)*, Penerbit Djambatan, Jakarta, 1989. hlm. 44.

menurut apa yang mereka anggap baik, mengatur kepentingannya, menjalankan pemerintahan, mengatur yurisdiksi dan kewenangan dari pengadilan-pengadilan mereka. Dalam Pasal 6 menyatakan, bahwa pengakuan atas suatu negara tidak lebih dari merupakan suatu pernyataan bahwa negara yang mengakui menerima kedudukan sebagai subjek hukum negara lain dengan hak dan kewajiban yang ditentukan oleh hukum internasional. Sedangkan Dalam Pasal 7 menyatakan, bahwa pengakuan atas suatu negara dapat dilakukan secara terang-terangan atau dapat disimpulkan dari tindakan (negara lain) di mana tersimpul keinginan untuk mengakui suatu negara baru. Pengakuan atas suatu negara baru sekaligus merupakan pengakuan atas pemerintah dari negara yang diakui tersebut, oleh karena tindakan-tindakan suatu negara hanya dapat dilakukan melalui pemerintahannya⁴⁰⁸.

Dalam kasus lainnya pengakuan menjadi efek penting, sebagai contoh, pengakuan terhadap negara kecil/mikro seperti Monaco dan Kota Vatikan menjadi penting, karena jika tidak, bisa ditunda atau dibatalkan karena wilayah dan populasi tidak cukup besar untuk menjadi sebuah negara dalam pandangan hukum internasional. Pertimbangan yang sama diterapkan pada kasus perjuangan pemisahan diri, disatu sisi kemenangan yang tidak diakui atau satu sisi lainnya akan menimbulkan situasi baru yang mana tidak sah menurut hukum internasional, dan tidak ada ukuran besarnya jumlah pengakuan atau yang bukan pengakuan menjadi jaminan untuk mengubah posisi hukum. Pada kasus lainnya seperti Zimbabwe antara 1965 dan 1979, dimana negara induk berusaha untuk menekan kembali dengan mengontrol adalah cukup lemah. Pengakuan atau tanpa pengakuan negara lain boleh jadi bersifat mempengaruhi posisi hukum.⁴⁰⁹ Terdapat berbagai macam bentuk pengakuan terhadap negara, yaitu⁴¹⁰:

1. Pengakuan Kolektif

Pengakuan suatu negara dalam kategori ini dapat berupa dua bentuk, pertama, dalam deklarasi bersama oleh sekelompok negara. Misalnya pengakuan yang diberikan oleh Allied Supreme Council (Dewan Sekutu Tertinggi) terhadap suatu negara setelah perang dunia ke I, kedua yaitu pengakuan yang diberikan melalui penerimaan suatu negara baru untuk menjadi pihak/peserta ke dalam suatu perjanjian multilateral.

Dengan kata lain pengakuan kepada negara lain diberikan oleh sekelompok negara yang tergabung dalam organisasi tersebut. Sudah barang tentu dengan diberikannya pengakuan negara baru akan mempunyai dampak yang cukup berpengaruh terhadap hubungan antara negara baru dengan negara-negara anggota organisasi internasional.

2. Pengakuan Terpisah

⁴⁰⁸ Chairul Anwar, *Ibid.*, hlm. 45.

⁴⁰⁹ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Ed, Routledge, London, 1997, hlm. 80.

⁴¹⁰ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm.83-86.

Pengakuan terpisah dapat juga diberikan kepada suatu negara baru. Kata terpisah ini digunakan apabila pengakuan ini diberikan pada suatu negara baru, namun tidak pada pemerintahannya. Atau sebaliknya, pengakuan yang diberikan kepada suatu pemerintah baru yang berkuasa, namun pengakuan tidak berikan pada negaranya.

3. Pengakuan Mutlak

Yang dimaksud pengakuan mutlak adalah suatu pengakuan yang telah diberikan kepada suatu negara baru tidak dapat ditarik kembali. Institut hukum internasional dalam suatu resolusi yang disahkan pada tahun 1936 menyatakan bahwa pengakuan *de jure* suatu negara tidak dapat ditarik kembali. Moore menyatakan bahwa pengakuan sebagai suatu asas umum yang bersifat mutlak dan tidak dapat ditarik kembali (*absolute an irrevocable*).

4. Pengakuan Bersyarat

Pengakuan bersyarat yaitu suatu pengakuan yang diberikan pada suatu negara baru yang disertai dengan syarat-syarat tertentu untuk dilaksanakannya oleh negara baru tersebut sebagai imbalan pengakuan.

b. Pengakuan Terhadap Pemerintah Baru

Menurut Oppenheim Lauterpacht,⁴¹¹ mengenai terjadi pergantian kepemimpinan nasional suatu negara, baik itu Raja maupun Presiden dari suatu negara. Negara-negara lain biasanya diberitahukan tentang pergantian itu dan umumnya negara-negara lain mengakui kepala negara baru itu melalui suatu tindakan resmi, misalnya seperti ucapan selamat. Tetapi pemberitahuan ini dan pengakuan ini sebenarnya tidak perlu sama sekali dalam hukum internasional, karena seorang individu menjadi kepala negara bukan pengakuan dari negara lain, tetapi berdasarkan hukum nasionalnya (*municipal*) dari negaranya sendiri. Meskipun demikian pengakuan ini mempunyai arti hukum juga, sebab dengan pemberitahuan itu sebuah negara mengumumkan bahwa individu yang bersangkutan adalah organ-organ yang tertinggi, dan berdasarkan hukum nasionalnya mempunyai kekuasaan untuk mewakili negaranya dengan keseluruhan hubungan internasionalnya, dari negara lain tentunya dengan adanya pengakuan bahwa mereka menyatakan bersedia untuk melakukan hubungan antar negara tersebut.

Pergantian kepala negara atau kepemimpinan nasional suatu negara tentunya dengan berbagai cara seperti yang lazim dilakukan adalah dengan jalan Pemilihan Umum Nasional suatu negara atau penggulingan pemerintah yang sah (*kudeta*) yang dilakukan oleh pemberontak. Pemberontak mempunyai bermacam-macam tujuan yaitu : pertama, pemberontak yang mengatasnamakan gerakan pembebasan nasional bertujuan mendirikan sebuah negara atau menggantikan pemerintahan yang sah dari penjajah, untuk membentuk pemerintahan nasional. Hal ini erat kaitannya dengan adanya lahirnya suatu negara baru; Kedua, ada juga

⁴¹¹ S. Tasrif., *op.cit.*, hlm. 51.

pemberontak yang menginginkan menggulingkan pemerintahan yang sah serta mengganti konstitusi negara dengan jalan referendum nasional.

Terdapat berbagai macam bentuk pengakuan terhadap negara, yaitu⁴¹²:

1. Pengakuan *de facto*

Pengakuan *de facto* biasanya diberikan oleh suatu negara kepada pemerintah baru manakala masih timbul keragu-raguan terhadap stabilitas dan kelangsungan hidup suatu negara. Keraguan juga dapat timbul terhadap kemampuan pemerintah baru dalam memenuhi kewajiban-kewajiban internasional.

Pengakuan *de facto* diberikan oleh suatu negara semata-mata didasarkan bahwa pemerintah tersebut secara nyata berkuasa di dalam wilayah.

2. Pengakuan *de jure*

Pengakuan secara *de facto* dapat dianggap sebagai langkah awal untuk kemudian diberikan pengakuan *de jure*. Pengakuan *de jure* diberikan kepada suatu pemerintah baru apabila negara tersebut sudah tidak ragu-ragu lagi terhadap eksistensi pemerintahan baru. Dapat dikatakan bahwa pengakuan *de jure* diberikan atas dasar penilaian faktor-faktor faktual dan faktor-faktor hukum.

c. **Pengakuan Terhadap Pemberontak**

S. Tasrif dan Huala Adolf mengelompokkan pemberontak menjadi dua jenis yaitu yang pertama, pada terjadinya suatu perang sipil, negara ketiga tidak merasa harus memberikan pengakuan kepada pihak yang menentang pemerintah yang berkuasa (sah) dalam perang sipil tersebut. Hukum internasional juga tidak menganggap pemberontak dalam suatu negara sebagai penjahat-penjahat criminal biasa apabila dilihat dari kedudukan hukumnya. Hukum internasional memberikan kedudukan hukum tertentu kepada pemberontak dibawah konsep "*recognition of insurgency*".⁴¹³ Kedua, manakala suatu kelompok pemberontak dalam suatu negara telah berkembang menjadi cukup besar serta menentang pemerintah yang berkuasa maka kelompok yang besar tersebut dapat digolongkan sebagai belligerensi. Alasan menjadi cukup kuat dan besar belumlah cukup. Kelompok tersebut diisyaratkan harus menguasai beberapa wilayah dalam suatu negara, menjalankan pemerintahan yang teratur sebagai tandingan terhadap pemerintah yang berkuasa, menaati peraturan hukum perang dan mampu serta bersedia melindungi warga negara asing dan harta bendanya.⁴¹⁴

Salah satu ciri utama dalam hubungan internasional sesudah tahun 1945 adalah ditandai dengan berdirinya negara-negara baru yang membebaskan diri dari kekuasaan kolonial. Hukum internasional tidak melarang gerakan-gerakan

⁴¹² Huala Adolf, *op.cit.*, hlm.87-89.

⁴¹³ *Ibid.*, hlm.91

⁴¹⁴ *Ibid.*, hlm 92-93

pemberontak dan gerakan pembebasan nasional untuk menentang kekuasaan kolonial dan bahkan Majelis Umum PBB mengesahkan Resolusi 1514 (XV) 1960.⁴¹⁵

Pengakuan terhadap pemberontak dalam hubungannya dengan hak menentukan nasib sendiri, dilihat dari pengakuan internasional terhadap suatu pemberontakan. Pemberontakan yang dimaksud dengan suatu tujuan yang memperjuangkan hak-hak mereka dengan mengatasnamakan hak menentukan nasib sendiri.

Pemberontakan terdapat dua perbedaan yaitu pemberontakan yang bertujuan untuk mendirikan sebuah negara dan pemberontakan yang bertujuan untuk menggantikan pemerintahan yang ada. Menurut Brierly⁴¹⁶ syarat pengakuan terhadap pemberontak harus memenuhi dua syarat yaitu :

“Pertama : pertempuran antara pemberontak dan pemerintah telah menuju pada satu peperangan yang sebenarnya. Pemberontak telah mengorganisasi dalam satu pemerintahan yang menguasai satu wilayah tertentu dari negerinya. Yang kedua, peperangan yang terjadi telah meluas hingga masuk ke perbatasan negara lain. Akibatnya memaksa negara lain untuk menentukan sikap menginternir mereka atau tidak, dengan mengakui pemberontak sebagai pihak yang sedang berperang.”

Setelah diberikan pengakuan terhadap pemberontak, maka pemberontak mendapatkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban seperti yang dimiliki oleh suatu negara yang sedang berperang. Menurut hukum internasional, ini berarti legalisasi semua tindakan militer dari pihak pemberontak, dan karenanya tidak dapat dianggap sebagai perbuatan kejahatan. Pengakuan terhadap pemberontak ini pada hakekatnya mengandung kewajiban bagi pihak pemberontak untuk menaati setiap hukum dan kebiasaan perang. Diberikannya pengakuan ini, pihak-pihak ketiga wajib mengambil sikap netral dalam sengketa yang berlangsung. Pengakuan terhadap pemberontak hanya berlaku selama berlangsungnya peperangan itu.⁴¹⁷

d. Pengakuan Gerakan Pembebasan Nasional

Perkembangan terbaru dalam hukum internasional adalah diberikannya pengakuan terbatas kepada gerakan-gerakan pembebasan nasional yang memungkinkan untuk ikut dalam Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) atau organisasi internasional tertentu. Akan tetapi pengakuan ini belum bersifat universal dan masih ditolak oleh Negara-negara barat seperti Amerika dan Inggris dengan alasan bahwa Piagam PBB tidak berisi ketentuan mengenai peninjau dan gerakan pembebasan nasional adalah kelompok yang bukan Negara.⁴¹⁸

Melalui Resolusi Majelis Umum PBB No 3237 tanggal 1974, PLO (Palestine Liberation Organization) diberi status sebagai peninjau tetap pada PBB. Demikian

⁴¹⁵ Boer Mauna, *op.cit.*, hlm. 63.

⁴¹⁶ J. L. Brierly, *The Law of Nations (An Introduction to the International Law of Peace)*, 5th Ed, Clarendon Press, Oxford, London, 1955, hlm. 133. lihat juga dalam S. Tasrif., *op.cit.*, hlm 76.

⁴¹⁷ S. Tasrif, *Ibid.*, hlm. 78.

⁴¹⁸ Boer Mauna, *op.cit.*, hlm. 81.

juga SWAPO (South West Africa People's Organization) mendapatkan status yang sama melalui Resolusi No. 311 Tahun 1973 dan menyebutkannya sebagai the sole and authentic representative of Namibian people. Selanjutnya Palestina Council, pada tanggal 16 November 1988, di Alger memproklamasikan pembentukan negara Palestina dan keesokan harinya Indonesia secara resmi memberikan pengakuan terhadap proklamasi tersebut. Sebagai tindak lanjut proklamasi tersebut Menteri Luar Negeri Palestina Farouk Kaddoumi dan Menteri Luar Negeri Indonesia Ali Alatas menandatangani Komunike bersama tentang pembukaan hubungan diplomatik antara Indonesia dan Palestina pada tingkat duta besar.⁴¹⁹

e. Pengakuan Sebagai Bangsa

Pengakuan sebagai bangsa merupakan konsep pengakuan yang dikembangkan oleh para sarjana soviet. Dalam konsep ini, termasuk golongan-golongan rakyat yang baru mulai memperjuangkan kemerdekaannya dan berusaha mendirikan sebuah negara yang diakui sebagai subjek hukum internasional. Mereka tidak sepenuhnya memiliki unsur-unsur kenegaraan yang dianggap sebagai negara, tetapi baru pada tingkatan membangun negara mereka sendiri (*at the stage of establishing their own state*). Selama Perang Dunia I beberapa bangsa di Eropa yang sebelumnya merupakan bagian dari suatu negara multinasional, mulai berjuang untuk mendirikan negara nasionalnya sendiri yang merdeka, tentunya hal ini dilakukan di bawah gerakan pembebasan nasional atau suatu panitia nasional. sebagai contoh pengakuan terhadap *Czechoslovak National Council Abroad*, yang mendapat pengakuan oleh Perancis dan Inggris. Dan *Polish National Committee* yang mendapat pengakuan oleh Perancis, Inggris, Italia dan Amerika Serikat. Pengakuan sebagai bangsa yang diberikan, mempunyai akibat-akibat hukum yang sama dengan akibat hukum pengakuan sebagai *beligeren*.⁴²⁰

f. Pengakuan Hak-Hak Teritorial dan Situasi Internasional Baru

Pengakuan hak-hak teritorial dan situasi internasional baru. Bentuk pengakuan ini sebenarnya lebih tepat ditinjau dari segi negatifnya yang bersifat penolakan pemberian pengakuan atas hak-hak internasional baru, pengakuan ini lebih dikenal dengan nama *Stimson Doctrin of Non Recognition*.⁴²¹

Doktrin ini menolak diakuiinya suatu keadaan yang lahir sebagai akibat penggunaan kekerasan atau pelanggaran terhadap perjanjian-perjanjian yang ada. Henry Stimson adalah Menteri Luar Negeri Amerika Serikat yang mengirimkan nota ke Jepang dan Cina pada tanggal 7 Januari 1932 yang menolak pembentukan negara Manchukuo oleh Jepang, Manchukuo merupakan provinsi Cina yang diduduki oleh Jepang. Doktrin ini didukung oleh Inggris dan Perancis yang mengirimkan nota yang sama kepada pemerintah Jepang. Akan tetapi Pelaksanaan doktrin ini mengalami kemacetan karena tidak diakuiinya suatu keadaan tidak

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ *Ibid.*, hlm. 82.

⁴²¹ S. Tasrif, *op.cit.*, hlm.87

pernah menjadikan keadaan tersebut kembali seperti semula dan keadaan yang tidak diakui tersebut pada akhirnya diakui negara-negara beberapa waktu kemudian.⁴²²

3. Cara-Cara Pemberian Pengakuan

Tidak ada cara tertentu yang diharuskan menurut hukum internasional untuk memberikan pengakuan itu. Tetapi pada dasarnya pemberian pengakuan dapat dibagi menjadi dua macam. Pertama, pemberian pengakuan yang tegas dan nyata, kedua pemberian pengakuan yang dapat disimpulkan dari suatu tindakan tertentu.⁴²³ Baik pengakuan yang diberikan negara terhadap entitas lainnya.

Pengakuan yang tegas (*express*) dilakukan apabila dikirimkan sebuah nota resmi atau dikeluarkannya suatu pernyataan resmi yang mengumumkan niat pemberian pengakuan itu oleh Negara yang bersangkutan. Nota tersebut dialamatkan kepada pemerintah Negara yang meminta pengakuan tersebut.⁴²⁴

Pengakuan yang dapat disimpulkan dari suatu tindakan tertentu (*implied recognition*) terjadi apabila dilakukan perbuatan-perbuatan yang meskipun tidak secara tegas menyinggung soal pengakuan itu, tetapi tidak menimbulkan keraguan lagi tentang adanya niat untuk memberikan pengakuan. Tindakan yang dapat membeirkan kesan adanya niat untuk memberikan pengakuan antara lain⁴²⁵:

- a. Apabila ditandatangani suatu perjanjian bilateral, misalnya perjanjian perdagangan dan perkapalan, yang secara luas mengatur hubungan antar kedua Negara;
- b. Apabila dimulainya hubungan diplomatik secara resmi;
- c. Apabila dilakukan pemberian *exequatur konsuler*, yaitu ijin untuk melakukan pekerjaan-pekerjaan konsul;

Dalam hal memberikan pengakuan beligerensi suatu proklamasi mengenai sikap netral dapat dianggap sebagai pemberian pengakuan terhadap beligerensi itu sendiri.

4. Akibat Hukum Dari Pengakuan dan Tidak Mendapat Pengakuan

Pembahasan pada bagian ini, mencakup dua hal yang pertama akibat pengakuan itu sendiri dan yang kedua akibat tidak adanya pengakuan (*non-recognition*) terhadap pemerintah/Negara baru. Walaupun suatu pemberian pengakuan didasarkan pada pertimbangan-pertimbangan politik, namun dengan pemberian pengakuan dapat berakibat hukum berupa pemberian hak-hak tertentu kepada Negara yang diakui, adapun hak-hak tersebut adalah⁴²⁶:

1. Negara yang diakui dapat mengadakan hubungan-hubungan diplomatik dengan Negara yang mengakui;

⁴²² Boer Mauna, *op.cit.*, hlm.75-76.

⁴²³ S.Tasrif, *op.cit.*, hlm. 91.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 105.

2. Negara tersebut menikmati kekebalan diplomatik di Negara yang mengakui;
3. Negara yang diakui dapat menuntut di wilayah Negara yang diakui;
4. Negara yang diakui dapat mendapatkan harta benda yang berasal dari penguasa terdahulu yang berada di wilayah Negara yang mengakui;
5. Tindakan-tindakan Negara yang diakui diberlakukan sah dan keabsahan itu tidak dapat diuji;
6. Perjanjian-perjanjian yang telah diadakan oleh pemerintah terdahulu dapat berlaku kembali.

Dengan tidak mendapatkannya pengakuan melalui Negara dan organisasi internasional lainnya maka dapat menimbulkan akibat hukum sebagaimana dijelaskan sebagai berikut:

a. Negara

Kelemahan hukum yang utama dari suatu Negara yang tidak diakui adalah⁴²⁷:

1. Negara tidak dapat berperkara di pengadilan-pengadilan Negara yang belum mengakuinya. Prinsip yang melandasi kaidah ini secara tepat di tegaskan dalam satu kasus Amerika : "...suatu Negara asing yang mengajukan perkara di Mahkamah kita bukanlah karena persoalan hak. Kewenangan untuk melakukan hal tersebut merupakan komitas (kesopanan). Sebelum pemerintah tersebut diakui oleh Amerika, maka komitas itu tidak ada".
2. Dengan alasan prinsip yang sama, tindakan-tindakan dari suatu Negara yang belum diakui pada umumnya tidak akan berakibat hukum di pengadilan-pengadilan Negara yang tidak mengakuinya sebagaimana yang biasa diberikan menurut aturan-aturan komitas.
3. Perwakilannya tidak dapat menuntut imunitas dari suatu proses peradilan
4. Harta kekayaan yang menjadi hak suatu Negara yang pemerintahnya tidak diakui sesungguhnya dapat dimiliki oleh wakil-wakil dari rezim yang telah digulingkannya.

Selain itu menurut Huala Adolf bahwa akibat atau pengaruh dari non-recognition (tidak diakuiinya suatu negara) menyebabkan Negara tersebut mengalami beberapa ketidakmampuan sebagai berikut⁴²⁸:

1. Negara tersebut tidak dapat menuntut di dalam wilayah Negara yang tidak mengakui;
2. Negara tersebut tidak dapat mengadakan hubungan diplomatik yang tetap dengan Negara yang tidak mengakuinya;
3. Warga Negara tidak dapat memasuki wilayah Negara yang tidak mengakui dengan menggunakan passport dari Negara yang tidak diakui;
4. Perjanjian yang diadakan oleh pemerintah terlebih dahulu menjadi beku.

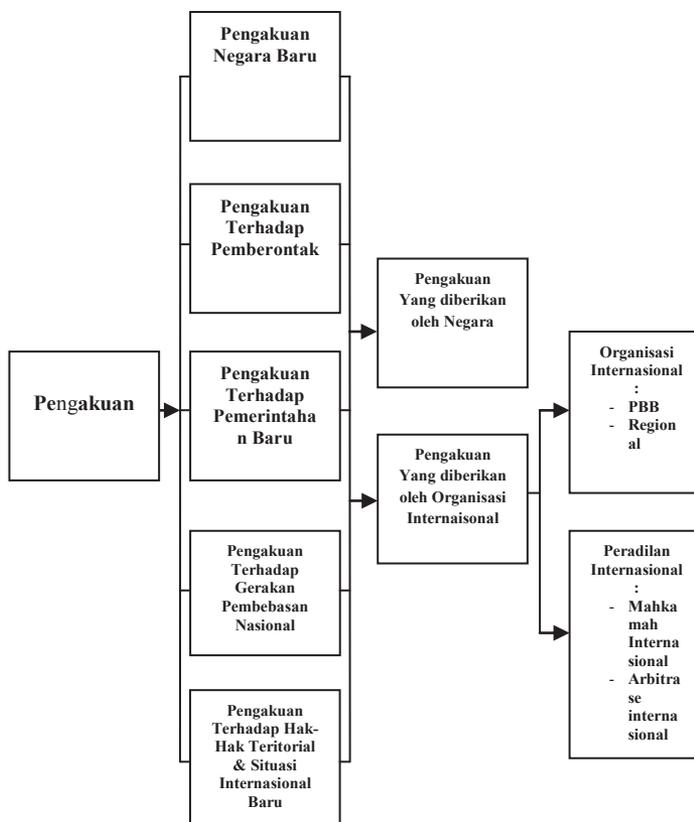
b. Pemerintah

Dalam hal ini pemerintah yang tidak diakui terdapat akibat-akibat hukum sebagai berikut⁴²⁹:

⁴²⁷ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm.146-147.

⁴²⁸ Huala Adolf, *op.cit.*,hlm. 105-106.

1. Pemerintah yang tidak diakui tidak dapat mengajukan tuntutan di wilayah Negara yang tidak mengakuinya.
2. Pemerintah yang tidak diakui tidak dapat mencairkan asset-aset negaranya yang ada diwilayah Negara yang tidak mengakuinya.
3. Perjanjian yang dibuat pemerintah lama dengan Negara yang tidak mau mengakuinya tidak dapat dilaksanakan.



B. Kesimpulan

1. Lebih bermanfaat Pengakuan itu sebagai tindakan pengakuan secara hukum bukan sebagai alat politik nasional. Sehingga tindakan pengakuan itu sendiri melahirkan hubungan hukum antara satu dengan yang lainnya.

⁴²⁹ Sefriani, *Hukum Internasional (Suatu Pengantar)*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm.201.

YURISDIKSI NEGARA

A. Pengertian Yurisdiksi

Yurisdiksi (*Jurisdiction*) menurut *Black's Law Dictionary*⁴³⁰ memiliki arti "a Government's general power to exercise authority over all persons and things within its territory." Kekuasaan umum pemerintah untuk melaksanakan kewenangan atas seluruh orang-orang dan benda di dalam wilayahnya.

Yurisdiksi menurut N. A. Maryan Green, diartikan sebagai kekuasaan dan dalam kaitannya dengan negara, kekuasaan itu merupakan cara atau tindakan yang diambil oleh suatu negara untuk melaksanakan kekuasaannya baik dalam menentukan peraturan perundang-undangan nasionalnya sendiri maupun memberlakukan peraturan tersebut.⁴³¹ Pada dasarnya Yurisdiksi negara merupakan pelaksanaan atas kedaulatan negara, atau menurut Hans Kelsen⁴³² yurisdiksi merupakan refleksi dari prinsip dasar kedaulatan negara, persamaan derajat negara dan prinsip tidak campur tangan suatu negara terhadap urusan domestic negara lain. Prinsip tidak turut campur negara terhadap urusan domestik negara lain. Prinsip-prinsip tersebut tersirat dari prinsip hukum "par in parem non habet imperium".⁴³³

Menurut Covey T Oliver⁴³⁴ *jurisdiction refers to the aspect of a state's authority to govern that involves the international legitimacy of the asserted reach and application of its internal law.* Jadi yurisdiksi mengacu pada aspek kewenangan

⁴³⁰ Bryan A. Garner., et.al., *Black's Law Dictionary*, 7th Ed, West Group, St. Paul, Minn, 1999, hlm. 855.

⁴³¹ Sebagaimana dikutip dalam, Sumaryo Suryokusumo, *Studi Kasus Hukum Internasional*, Cetakan Pertama, PT. Tatanusa, Jakarta, 2007, hlm. 239.

⁴³² Sebagaimana Dikutip dalam, Huala Adolf, *Aspek-aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, Edisi Revisi, PT. RajaGrafindo Persada, Rajawali Press, Jakarta, 2002, hlm. 183.

⁴³³ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm.183.

⁴³⁴ Mohammed Bedjaoui (Editor), *International Law: Acievements and Prospects*, Unesco, Paris, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, hlm. 307.

negara untuk mengatur yang menyangkut legitimasi internasional dari jangkauan dan penerapan hukum nasional.

Menurut Hans Kelsen, prinsip hukum "*par in parem non habet imperium*" ini memiliki beberapa pengertian. *Pertama*, suatu negara tidak dapat melaksanakan yurisdiksi melalui pengadilan terhadap tindakan-tindakan negara lain, kecuali negara tersebut menyetujuinya. *Kedua*, suatu pengadilan yang dibentuk berdasarkan perjanjian internasional tidak dapat mengadili tindakan suatu negara yang bukan merupakan anggota atau peserta dari perjanjian internasional tersebut. *Ketiga*, pengadilan suatu negara tidak berhak mempersoalkan keabsahan tindakan suatu negara lain yang dilaksanakan di dalam wilayah negaranya.⁴³⁵

Menurut J.G. Starke pelaksanaan yurisdiksi oleh negara-negara terhadap orang, harta benda atau tindakan-tindakan atau peristiwa-peristiwa berbeda di setiap negara dan perbedaan-perbedaan ini disebabkan faktor-faktor historis dan geografis, yang meskipun kurang memainkan peranan penting, dengan alasan perkembangan-perkembangan teknologi negara-negara secara geografis lebih bersatu. Dalam arti setiap negara dapat melaksanakan yurisdiksi terhadap orang dan harta benda di atgau terhadap tindakan atau peristiwa yang terjadi dalam wilayahnya.⁴³⁶ Sedangkan menurut F. Sugeng Istanto⁴³⁷, yurisdiksi adalah kekuasaan, hak atau wewenang untuk menetapkan hukum. Bila dihubungkan dengan ajaran "*Trias Politica*" yurisdiksi mencakup kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif. Pengertian yurisdiksi dalam arti sempit diartikan sebagai kekuasaan yudikatif.

Michael Akehurst⁴³⁸ menyatakan bahwa yurisdiksi mengacu pada pelaksanaan kekuasaan oleh negara atas seluruh orang, benda dan peristiwa. Dalam pengertian, pertama, bahwa kekuasaan diartikan membuat undang-undang dalam penghormatan atas seluruh orang, benda-benda dan peristiwa-peristiwa yang terjadi. Kedua, kekuasaan campur tangan secara fisik pelaksanaannya secara eksekutif (menangkap seseorang, penyitaan terhadap benda, dll), atau ketiga, kekuasaan atas pengadilan negara untuk memeriksa kasus terhadap orang-orang, benda-benda dan peristiwa-peristiwa.

Berdasarkan ketentuan Pasal 9 dari Konvensi Montevideo mengenai hak dan kewajiban negara-negara tahun 1933 menyatakan bahwa:

"the jurisdiction of states within the limits of national territory applies to all the inhabitants."

Yurisdiksi negara dalam batas-batas wilayahnya akan tetap melekat padanya karena ia berdaulat. Hal ini kembali ditegaskan dalam ketentuan Pasal 12

⁴³⁵ *Ibid.*, hlm.184.

⁴³⁶ J.G. Starke, *Introduction to International Law*, 10th Ed, Butterworths, London, 1989, hlm. 201.

⁴³⁷ F. Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Yogyakarta, 1994, hlm. 47.

⁴³⁸ Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, George Allen and Unwin ltd. London, 1970, hlm. 129.

Piagam Organisasi Negara-negara Amerika (Bogota Charter of the Organization of the American States, 1948) dalam Bab III mengenai *fundamental rights and duties*, menyatakan bahwa⁴³⁹:

"the jurisdiction of states within the limits of their national territory is exercised equally over all inhabitants within nationals or aliens."

Menurut Huala Adolf, yurisdiksi adalah kekuasaan atau kewenangan hukum negara terhadap orang, benda, atau peristiwa (hukum).⁴⁴⁰ Yurisdiksi menyebabkan suatu negara mempunyai hak terhadap seseorang, benda, peristiwa hukum yang ada dalam suatu negara ataupun yang ada di luar negara tersebut.

B. Jenis-jenis Yurisdiksi

Yurisdiksi berkaitan erat dengan masalah hukum, khususnya kekuasaan atau kewenangan yang dimiliki suatu badan peradilan atau badan-badan lainnya yang berdasarkan atas hukum yang berlaku. Di dalamnya terdapat pula batas-batas ruang lingkup kekuasaan itu untuk membuat, melaksanakan, dan menerapkan hukum kepada pihak-pihak yang tidak menaatinnya.

Meskipun yurisdiksi berkaitan erat dengan wilayah, namun keterkaitan ini tidaklah mutlak sifatnya. Negara-negara lain pun dapat mempunyai yurisdiksi untuk mengadili suatu perbuatan yang dilakukan di luar negeri. Disamping itu, ada beberapa orang (subyek hukum) tertentu memiliki kekebalan terhadap yurisdiksi wilayah suatu negara meskipun mereka berada di dalam negara tersebut.⁴⁴¹

Menurut Rebecca M.M Wallace, yurisdiksi merupakan atribut kedaulatan suatu negara. Yurisdiksi suatu negara menunjuk pada kompetensi negara tersebut untuk mengatur orang-orang dan kekayaan dengan hukum nasionalnya. Kompetensi ini mencakup yurisdiksi untuk menentukan (dan melarang), untuk mengadili dan melaksanakan undang-undang.⁴⁴² Menurut beliau Yurisdiksi di bagi menjadi 2 bagian yaitu:

1. Yurisdiksi perdata merupakan kewenangan hukum pengadilan terhadap perkara-perkara yang menyangkut hukum perdata baik yang bersifat nasional, maupun hukum perdata internasional jika terdapat konflik hukum, yaitu apabila para pihak atau obyek perkaranya terhadap unsur hukum asing.
2. Yurisdiksi pidana adalah kewenangan hukum untuk mengadili terhadap perkara-perkara yang bersifat hukum pidana, baik di dalamnya terdapat hukum nasional atau unsur asing.⁴⁴³

Selanjutnya Berdasarkan hak, kekuasaan dan kewenangan mengaturnya, yurisdiksi suatu negara di dalam wilayah negaranya dapat terbagi atau tergambar oleh kekuasaan atau kewenangan sebagai berikut⁴⁴⁴:

⁴³⁹ Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Hukum Internasional (Bunga Rampai)*, PT. Alumni, Bandung, 2003, hlm. 16.

⁴⁴⁰ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm.183.

⁴⁴¹ *Ibid.*, hlm. 185.

⁴⁴² Rebecca M.M. Wallace, *Hukum Internasional*, Bambang Arumanadi (Penerjemah), IKIP Semarang Press, Semarang, 1993. hlm. 119.

⁴⁴³ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm.186.

1. Yurisdiksi Legislatif.

Yaitu kekuasaan membuat peraturan atau perundang-undangan yang mengatur hubungan atau status hukum orang atau peristiwa-peristiwa hukum di dalam wilayahnya. Kewenangan seperti ini biasanya dilaksanakan oleh badan legislatif sehingga acapkali disebut pula sebagai yurisdiksi legislatif atau preskriptif (*legislative jurisdiction* atau *prescriptive jurisdiction*).

2. Yurisdiksi Eksekutif.

Yaitu kekuasaan negara untuk memaksakan atau menegakkan (*enforce*) agar subyek hukum menaati hukum. Tindakan pemaksaan ini dilakukan oleh badan eksekutif negara yang umumnya tampak pada bidang-bidang ekonomi, misalnya kekuasaan untuk menolak atau memberi izin, kontrak-kontrak, dan lain-lain. Yurisdiksi ini disebut sebagai yurisdiksi eksekutif (*executive jurisdiction*). Ada pula sarjana yang menyebutnya dengan *enforcement jurisdiction* (yurisdiksi pengadilan).

3. Yurisdiksi Yudikatif.

Yaitu kekuasaan pengadilan untuk mengadili orang (subyek hukum) yang melanggar peraturan atau perundang-undangan disebut pula sebagai *Judicial jurisdiction*.

C. Yurisdiksi Negara dalam Hukum Internasional

Setiap negara berdaulat yang telah diakui pasti memiliki yurisdiksi untuk menunjukkan kewibawaannya pada rakyatnya atau pada masyarakat internasional. Diakui secara universal baik setiap negara memiliki kewenangan untuk mengatur tindakan-tindakan dalam teritorinya sendiri dan tindakan lainnya yang dapat merugikan kepentingan yang harus dilindunginya.

Dalam kaitannya dengan prinsip kedaulatan negara, suatu negara yang berdaulat menjalankan yurisdiksi/kewenangannya dalam wilayah negara itu.⁴⁴⁵ Berdasarkan kedaulatannya itu, maka dapat diturunkan hak, kekuasaan, atau kewenangan negara untuk mengatur masalah *intern* dan *ekstern*. Dengan kata lain dari kedaulatannya itulah diturunkan atau lahir yurisdiksi negara. Dengan hak, kekuasaan, atau dengan yurisdiksi tersebut suatu negara mengatur secara lebih rinci dan jelas masalah-masalah yang dihadapinya sehingga terwujud apa yang menjadi tujuan negara itu. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa hanya negara berdaulat yang dapat memiliki yurisdiksi menurut hukum internasional.⁴⁴⁶

Adakalanya yurisdiksi itu harus tunduk kepada pembatasan tertentu yang ditetapkan oleh hukum internasional. Dalam hal ini yang dimaksud adalah "hak-hak istimewa ekstrateritorial", yakni suatu istilah yang dipakai untuk melukiskan suatu keadaan dimana status seseorang atau benda yang secara fisik terdapat di dalam suatu wilayah negara, tetapi seluruhnya atau sebagian dikeluarkan dari yurisdiksi negara tersebut oleh ketentuan hukum internasional.

⁴⁴⁴ *Ibid*, hlm.184-185.

⁴⁴⁵ *Ibid*, hlm.70.

⁴⁴⁶ *Ibid*, hlm.71.

Yurisdiksi dapat digolongkan ke dalam prinsip-prinsip yurisdiksi sebagai berikut : yurisdiksi teritorial, yurisdiksi personal, yurisdiksi perlindungan dan yurisdiksi universal.

1. Yurisdiksi Teritorial

Menurut prinsip yurisdiksi teritorial, negara mempunyai yurisdiksi terhadap semua persoalan dan kejadian di dalam wilayahnya. Prinsip ini adalah prinsip yang paling mapan dan penting dalam hukum internasional. Menurut Hakim Lord Macmillan suatu negara memiliki yurisdiksi terhadap semua orang, benda, perkara-perkara pidana atau perdata dalam batas-batas wilayahnya sebagai pertanda bahwa negara tersebut berdaulat. Pernyataan beliau berbunyi demikian⁴⁴⁷:

"It is essential attribute of the sovereignty, of this realm, as of all sovereign independent states, that it should possess jurisdiction over all persons and things within its territorial limits and in all causes and criminal arising within these limits."

Ciri pokok dari kedaulatan dalam batas-batas ini, seperti semua negara merdeka yang berdaulat, bahwa negara harus memiliki yurisdiksi terhadap semua orang dan benda di dalam batas-batas teritorialnya dan dalam semua perkara perdata dan pidana yang timbul di dalam batas-batas teritorial ini.⁴⁴⁸

Prinsip teritorial ini terbagi atas dua : suatu tindak pidana yang dimulai di suatu negara dan berakhir di negara lain. Misalnya seorang yang menembak di daerah perbatasan negara A melukai seorang lainnya di wilayah negara B. Dalam keadaan ini, kedua negara memiliki yurisdiksi. Negara, dimana perbuatan itu dimulai (A), memiliki yurisdiksi menurut prinsip teritorial subyektif (*subjective territorial principle*). Negara dimana tindakan tersebut diselesaikan (B), memiliki yurisdiksi berdasarkan prinsip teritorial obyektif (*objective territorial principle*).⁴⁴⁹

Dari uraian di atas tampak terdapat hubungan yang sangat erat antara wilayah suatu negara dengan kewenangan yurisdiksinya. Menurut Glanville Williams, hubungan yang erat tersebut dapat dijelaskan karena adanya faktor-faktor berikut⁴⁵⁰:

1. Negara dimana suatu perbuatan tindak pidana kejahatan dilakukan biasanya mempunyai kepentingan yang paling kuat untuk menghukumnya.
2. Biasanya si pelaku kejahatan ditemukan di negara tempat ia melakukan tindak pidana.
3. Biasanya, pengadilan setempat (*local forum*) dimana tindak pidana terjadi adalah yang paling tepat, karena saksi-saksi (dan mungkin barang buktinya) dapat ditemukan di negara tersebut.

⁴⁴⁷ *Ibid*, hlm.186.

⁴⁴⁸ J.G Starke, *op.cit.*, hlm.270.

⁴⁴⁹ *Ibid*, hlm.187.

⁴⁵⁰ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 187-188.

4. Adanya fakta bahwa dengan tersangkutnya lebih dari satu sistem hukum yang berbeda, maka akan janggal bila seseorang tunduk pada dua sistem hukum.

Menurut hasil penelitian Universitas Harvard, pertimbangan lain dalam menerapkan yurisdiksi teritorial ini adalah bahwa negara dimana si pelaku tindak pidana itu berada memiliki kepentingan, fasilitas, dan pejabat yang paling berkompeten untuk menangani tindak pidana baik yang dilakukan oleh warga negaranya maupun oleh warga negara asing.⁴⁵¹

Meskipun yurisdiksi berkaitan erat dengan wilayah, namun keterkaitan ini tidaklah mutlak sifatnya. Negara-negara lain pun dapat mempunyai yurisdiksi untuk mengadili suatu perbuatan yang dilakukan di luar negeri. Disamping itu, ada beberapa orang (subyek hukum) tertentu memiliki kekebalan terhadap yurisdiksi wilayah suatu negara meskipun mereka berada di dalam negara tersebut.⁴⁵²

Hubungan antara yurisdiksi dengan wilayah dalam kaitannya dengan suatu tindak pidana (kejahatan) tampak dalam sengketa terkenal *the Lotus Case*. dalam sengketa ini, kapal uap Prancis, *the Lotus*, bertabrakan dengan kapal Turki *the Boz-Kourt* di laut lepas. Kapal Turki tenggelam dan menewaskan 8 pelaut dan penumpangnya. Menghadapi insiden ini, pejabat Turki menahan awak kapal *the Lotus* ketika kapal ini merapat di pelabuhan Turki. Mereka dituduh telah melakukan pembunuhan (pembantaian) terhadap para awak Turki. Pihak Prancis memprotes keras atas tindakan pemerintah Turki tidak memilih yurisdiksi untuk mengadili perkara tersebut. Sengketa ini lalu diserahkan ke Mahkamah Internasional Permanen untuk mengadili apakah ada ketentuan-ketentuan hukum internasional yang melarang Turki melaksanakan yurisdiksinya. Dari hasil penyelidikan, mahkamah berpendapat bahwa suatu negara tidak dapat melaksanakan kekuasaan di luar wilayahnya.⁴⁵³ Pernyataan Mahkamah berbunyi sebagai berikut⁴⁵⁴ :

"the first and foremost restriction imposed by international law upon a state is that-failing the existence of a permissive rule to the contrary-it may not exercise its power in any form in the territory of another state."

Mahkamah menolak argumentasi Prancis bahwa negara benderalah yang memiliki yurisdiksi eksklusif atas kapal di laut lepas. Mahkamah berpendapat bahwa tidak ada ketentuan tentang hal ini dalam hukum internasional dan menyatakan pula bahwa kerusakan terhadap kapal Turki sama saja dengan kerusakan terhadap wilayah Turki. Hal ini memungkinkan Turki melaksanakan yurisdiksinya berdasarkan prinsip teritorial obyektif. Namun, lanjut pengadilan, hal tersebut tidak berarti bahwa hukum internasional melarang suatu negara

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² *Ibid.*, hlm.185.

⁴⁵³ *Ibid.*, hlm.188

⁴⁵⁴ *Ibid.*, hlm.189.

melaksanakan yurisdiksi di dalam wilayahnya sehubungan dengan setiap perkara (sengketa) yang terjadi di luar negeri.⁴⁵⁵

Dari sengketa ini dapat disimpulkan bahwa prinsip yurisdiksi teritorial dapat pula berlaku terhadap kejahatan yang dilakukan tidak hanya di wilayah negara yang bersangkutan, tapi juga dalam atau di luar laut teritorial, yakni terhadap sengketa-sengketa tertentu yang terjadi di jalur tambahan atau di laut lepas yaitu manakala negara tersebut adalah negara bendera kapal.⁴⁵⁶ Prinsip teritorial ini berlaku pada hal-hal berikut ini :

a. Hak Lintas Damai di Laut teritorial

Prinsip yurisdiksi teritorial yang dimiliki oleh suatu negara (pantai) telah diakui sejak lama. Pengakuan dan pengaturan yurisdiksi negara pantai tampak dalam hasil Konferensi Kodifikasi Hukum laut Den Haag 1930,⁴⁵⁷ dimana diakui adanya dua macam yurisdiksi negara pantai atas kapal laut yang berlayar di laut teritorialnya, yaitu yurisdiksi pidana dan yurisdiksi perdata. Hasil konferensi ini dipertegas kembali oleh Konvensi Hukum laut Jenewa 1958 tentang Laut Teritorial dan Jalur Tambahan. Dalam Konvensi Hukum laut 1982, pengakuan dan pengaturan terhadap yurisdiksi (kriminal dan perdata) negara pantai terdapat dalam Pasal 27 dan Pasal 28 yang menyatakan bahwa negara pantai tidak dapat melaksanakan yurisdiksi kriminalnya terhadap kapal asing yang sedang melintasi laut teritorial, baik untuk menangkap seseorang atau untuk mengadakan penyelidikan sehubungan dengan kejahatan yang dilakukan di atas kapal selama kapal tersebut sedang melakukan lintasan, Kecuali dalam hal-hal berikut.⁴⁵⁸

- a) Apabila akibat kejahatan itu dirasakan di negara pantai.
- b) Apabila kejahatan itu termasuk jenis yang mengganggu kedamaian negara tersebut atau ketertiban laut teritorial.
- c) Apabila telah diminta bantuan penguasa setempat oleh nahkoda kapal atau oleh wakil diplomatik atau pejabat konsuler negara bendera.
- d) Apabila tindakan demikian diperlukan untuk menumpas perdagangan gelap narkotik atau bahan psikotropika.

Adapun yurisdiksi negara pantai di bidang perdata terhadap kapal asing berlaku ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

- a) Negara pantai seyogyanya tidak menghentikan atau mengubah arah lintasan kapal asing yang melintasi laut teritorialnya untuk tujuan melaksanakan yurisdiksi perdata terhadap seseorang yang berada di atas kapal itu.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 4th ed. Cambridge University Press, UK, 1997, hlm.461.

⁴⁵⁷ Huala Adolf, *Op cit*, hlm.189.

⁴⁵⁸ *Ibid*, hlm.190.

- b) Negara pantai tidak dapat mengeksekusi atau menahan kapal untuk keperluan proses perdata, kecuali terdapat kewajiban atau tanggung jawab ganti rugi yang harus dipikul oleh kapal itu.
- c) Ketentuan (b) di atas tidak mengurangi hak negara pantai, untuk keperluan proses perdata, untuk mengeksekusi atau menangkap kapal asing yang berada dilaut territorial atau yang sedang melintasi laut territorial setelah meninggalkan perairan pedalaman.

b. Kapal Berbendera Asing di Laut territorial

Kapal perang dan kapal pemerintah yang dioperasikan untuk tujuan non-komersial hanya tunduk kepada yurisdiksi legislatif (*legislative jurisdiction*) negara pantai. Artinya, kapal-kapal itu pun tunduk kepada kewajiban untuk menghormati perundang-undangan negara pantai dan hukum kebiasaan internasional.⁴⁵⁹

Sepanjang menyangkut kapal perang dan kapal pemerintah yang dioperasikan untuk tujuan non-komersial, terdapat teori mengenai kapal-kapal ini, yakni :

- 1) Teori Pulau Terapung (*the Floating Island Theory*). Menurut teori ini, kapal-kapal tersebut harus diperlakukan oleh negara lain sebagai bagian dari wilayah negara. Menurut teori ini, yurisdiksi pengadilan tidak berlaku terhadap setiap tindakan yang dilakukan diatas kapal atau menahan seseorang yang melakukan kejahatan di atas kapal tersebut.
- 2) Teori yang menyatakan bahwa pengadilan negara pantai memberikan kekebalan (imunitas) tertentu kepada kapal asing beserta wakilnya. Pemberian ini bukan berdasarkan pada teori obyektif yang menyatakan bahwa kapal perang/negara itu adalah wilayah negara asing, tapi didasarkan pada pembebasan atau pengecualian yang diberikan oleh undang-undang negara pantai. Pengecualian ini sifatnya bersyarat dan karenanya dapat ditarik kembali oleh negara pantai tersebut.⁴⁶⁰

c. Pelabuhan

Pelabuhan merupakan bagian dari perairan pedalaman dan karena itu sepenuhnya merupakan bagian dari territorial negara sebagai tanahnya sendiri. Kaidah umum tentang hal ini adalah bahwa sebuah kapal dagang yang masuk kesuatu pelabuhan negara asing tunduk pada yurisdiksi lokal. Penyimpangan dari asas umum ini bergantung pada praktek yang dianut setiap negara terkait.⁴⁶¹

Suatu negara berdaulat penuh di perairan pedalaman, maka kedaulatan penuh ini berlaku di pelabuhan-pelabuhannya. Suatu kapal asing yang memasuki pelabuhan suatu negara, maka kapal tersebut berada dalam kedaulatan territorial suatu negara pantai. Karena itu pula negara pantai berhak untuk menegakkan

⁴⁵⁹ *Ibid*, hlm.191.

⁴⁶⁰ *Ibid*, hlm.192.

⁴⁶¹ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 203.

hukumnya terhadap kapal dan awaknya. Di pelabuhan, negara pantai memiliki yurisdiksi terhadap setiap tindak pidana yang mengganggu perdamaian dan ketertiban negara pantai.⁴⁶² Negara pantai dapat pula menerapkan yurisdiksi teritorial apabila diminta atau dikehendaki oleh kapten atau konsul dari negara bendera kapal.⁴⁶³

d. Orang Asing

Yurisdiksi teritorial suatu negara terhadap orang asing sama halnya yurisdiksi teritorial negara terhadap warga negaranya. Tidak ada perlakuan khusus yang diberikan kepada orang asing. Namun demikian, seorang warga negara asing dapat meminta pembebasan dari yurisdiksi teritorial suatu negara dalam hal berikut ⁴⁶⁴:

- 1) Dengan adanya imunitas tertentu, orang asing itu menjadi tidak tunduk kepada hukum nasional negara pantai; atau
- 2) Bahwa hukum nasional negara tersebut tidak sejalan dengan hukum internasional.⁴⁶⁵

e. Perluasan Teknis Yurisdiksi Teritorial

Selain dari asimilasi pada wilayah dari laut teritorial kapal-kapal dilaut dan pelabuhan-pelabuhan beberapa perluasan teknis tertentu dari prinsip yurisdiksi teritorial diperlukan untuk memberikan pembenaran tindakan yang dilakukan oleh negar-negara dalam kasus-kasus dimana satu atau lebih unsur penyusun tindakan atau perbuatan yang terjadi diluar wilayah mereka. Beberapa negara mengatasi itu dengan menetapkan secara teknis yurisdiksi teritorial:

- a. Dengan memberlakukan prinsip teritorial subjektif (*subjective territorial principle*), negara-negara ini menjalankan yurisdiksinya agar menuntut dan menghukum perbuatan pidana yang dilakukan di dalam wilayahnya, tetapi perbuatan itu diselesaikan atau dituntaskan di wilayah negara lain.
- b. Sesuai dengan prinsip teritorial obyektif (*objective territorial principle*)

2. Yurisdiksi Personal (Nasionalitas)

Menurut prinsip ini, suatu Negara dapat mengadili warga negaranya karena kejahatan yang dilakukannya dimanapun juga. Sebaliknya kewajiban Negara untuk memberikan perlindungan diplomatik kepada warga negaranya di luar negeri, Ketentuan ini telah diterima secara universal.⁴⁶⁶

Negara-negara yang menganut system Continental Law menerapkan prinsip ini secara luas. Sedangkan Negara dengan Continental Law cenderung

⁴⁶² Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 192..

⁴⁶³ *Ibid*, hlm.193.

⁴⁶⁴ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 209. Lihat juga dalam Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 193.

⁴⁶⁵ J.G Starke, *Op Cit*, hlm.200.

⁴⁶⁶ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 210-211

untuk membatasi Jurisdiksinya terhadap tindak pidana yang serius, seperti penghianatan kepada negara atau pembunuhan yang dilakukan oleh warganya di luar negeri.⁴⁶⁷

Prinsip yurisdiksi personal terdiri dari dua bagian, yaitu⁴⁶⁸ :

- 1) Prinsip yurisdiksi Personal Aktif⁴⁶⁹ atau nasionalitas aktif⁴⁷⁰

Menurut prinsip ini negara dapat melaksanakan yurisdiksi terhadap warga negaranya. Semua prinsip lain yang berkaitan dengan hal ini adalah negara tidak wajib menyerahkan warga negaranya yang telah melakukan suatu tindak pidana ke luar negeri.⁴⁷¹

Suatu negara memiliki yurisdiksi terhadap warga negaranya yang melakukan tindak pidana di luar negeri. Dalam hal mengadili ini, sudah barang tentu orang tersebut harus diekstradisikan terlebih dahulu ke negaranya. Negara-negara kontinental menerapkan prinsip ini secara luas, dimana negara memiliki yurisdiksi terhadap setiap bentuk kejahatan yang dilakukan oleh WN-nya, dimanapun ia berada. Adapun negara dengan sistem common law membatasi yurisdiksinya hanya terhadap kejahatan yang sangat serius seperti pembunuhan, penghianatan pada negara.⁴⁷²

- 2) Prinsip yurisdiksi Personal Pasif atau Nasional pasif

Menurut prinsip ini, suatu negara memiliki yurisdiksi untuk mengadili orang asing yang melakukan tindak pidana terhadap warga-negaraanya di luar negeri. Dasar atau landasan dari bentuk Jurisdiksi ini adalah keinginan negara untuk memberikan perlindungan terhadap warga-negaraanya.⁴⁷³

Prinsip ini membenarkan negara untuk menjalankan yurisdiksi apabila seorang warga negaranya menderita kerugian. Dasar pembenaran prinsip nasionalitas ini adalah bahwa setiap negara berhak melindungi warga negaranya di luar negeri, dan apabila negara teritorial di mana tindak pidana itu terjadi tidak menghukum orang yang menyebabkan kerugian tersebut, maka negara asal korban berwenang menghukum tindak pidana itu, apabila orang itu berada di wilayahnya.⁴⁷⁴

3. Prinsip Yurisdiksi Perlindungan

Berdasarkan prinsip yurisdiksi perlindungan, suatu negara dapat melaksanakan yurisdiksinya terhadap warga-warga asing yang melakukan⁴⁷⁵ kejahatan di luar negeri yang diduga dapat mengancam kepentingan keamanan, integritas, dan kemerdekaan negara. Penerapan prinsip ini dibenarkan sebagai

⁴⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 211.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ Lihat dalam Huala Adolf.

⁴⁷⁰ Lihat dalam J.G. Starke.

⁴⁷¹ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 232.

⁴⁷² Huala Adolf, *op.cit.*, hlm. 211.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ J.G. Starke, *Loc.cit.*

⁴⁷⁵ Huala Adolf, *op.cit.*, hlm.212.

dasar untuk penerapan yurisdiksi suatu negara. Latar belakang pembenaran ini adalah perundang-undangan nasional pada umumnya tidak mengatur atau tidak menghukum perbuatan yang dilakukan di dalam suatu negara yang dapat mengancam atau mengganggu keamanan, integritas, dan kemerdekaan orang lain.⁴⁷⁶

Hukum internasional mengakui bahwa setiap negara mempunyai kewenangan melaksanakan yurisdiksi terhadap kejahatan yang menyangkut keamanan dan integritas atau kepentingan ekonomi yang vital. Wewenang ini didasarkan atas prinsip perlindungan (*protective principle*). Alasan-alasan yurisdiksi berdasarkan prinsip perlindungan ini adalah⁴⁷⁷:

- a. Akibat tindak pidana itu sangat besar bagi negara terhadap mana tindak pidana itu tertuju.
- b. Apabila yurisdiksi tidak dilaksanakan terhadap tindak pidana demikian, maka pelaku tindak pidana tersebut dapat lolos dari penghukuman karena di negara di mana tindak pidana itu dilakukan (*lex loci delicti*) perbuatan itu tidak melanggar hukum nasional atau karena ekstradisi akan ditolak dengan alasan tindak pidana itu bersifat politis.

4. Yurisdiksi Menurut Prinsip Universal

Perkembangan prinsip universal (*Universality principle*) terutama terhadap perkembangan jenis kejahatan baru, yaitu kejahatan yang bersifat transnasional dan internasional. Penerapan asas universal mulai dipertimbangkan secara serius oleh masyarakat internasional untuk diperluas tidak terbatas kepada kejahatan-kejahatan konvensional yang telah ada seperti pembajakan dan pemalsuan mata uang.

Kejahatan baru yang bersifat transnasional dan internasional dapat dilihat sebagai berikut:

1. Kejahatan Transnasional merupakan kejahatan lintas antar negara seperti kejahatan pencucian uang (*money laundering*), kejahatan perdagangan Manusia, perdagangan obat bius (psikotropika lainnya), kejahatan terorisme.
2. Kejahatan Internasional bersifat universal seperti Kejahatan Genosida, kejahatan perang, Kejahatan kemanusiaan, kejahatan agresi.

Pada prakteknya penerapan yurisdiksi negara berdasarkan teori-teori yang telah ada sebelumnya, serta juga terdapat penambahan dalam hal perluasan yurisdiksi dan pembatasan yurisdiksi. Hal ini tentunya terdapat pada masing-masing perjanjian internasional.

a. Yurisdiksi Universal Terhadap Kejahatan Perompakan

Suatu tindak pidana yang tunduk pada yurisdiksi universal adalah pidana yang berada di bawah yurisdiksi semua negara di manapun tindakan itu dilakukan.

⁴⁷⁶ *Ibid*, hlm.213.

⁴⁷⁷ J.G. Starke, *op.cit*, hlm. 233.

Karena umumnya diterima, tindakan yang bertentangan dengan kepentingan masyarakat internasional, maka tindakan itu dipandang sebagai delik *jure gentium* dan semua negara berhak untuk menangkap dan menghukum pelaku-pelakunya. Jelas tujuan pemberian yurisdiksi universal tersebut adalah untuk menjamin bahwa tidak ada tindak pidana semacam itu yang tidak dihukum.⁴⁷⁸

Menurut prinsip ini, setiap negara mempunyai yurisdiksi terhadap tindak kejahatan yang mengancam masyarakat internasional. Yurisdiksi ini lahir tanpa melihat dimana kejahatan dilakukan atau warga negara yang melakukan kejahatan. Lahirnya prinsip yurisdiksi universal terhadap jenis kejahatan yang merusak terhadap masyarakat internasional sebenarnya juga disebabkan karena tidak adanya badan peradilan internasional yang khusus mengadili kejahatan yang dilakukan orang-perorang (individu).⁴⁷⁹

Kejahatan-kejahatan yang telah diterima sebagai kejahatan yang tunduk pada prinsip yurisdiksi universal adalah pembajakan di laut (perompakan) dan kejahatan perang. Yurisdiksi universal terhadap perompak telah diterima cukup lama oleh hukum internasional. Setiap negara dapat menahan dan menghukum setiap tindakan pembajakan di laut.

*"All states shall co-operate to the fullest possible extent in the repression of piracy on the high seas or in any other place outside the jurisdiction of any state"*⁴⁸⁰

Asas ini berkembang dari suatu kejahatan yang bersifat universal, dimana semua negara dapat melaksanakan yurisdiksinya tanpa melihat kewarganegaraan pelaku tindak kejahatan tersebut. Dalam hukum kebiasaan internasional, telah lama diakui kejahatan perompakan sebagai kejahatan universal dimana setiap negara dapat melaksanakan yurisdiksinya dengan menahan dan menghukum para perompak di wilayah negaranya.⁴⁸¹ Hal ini berdasarkan Pasal 105 mengenai penyitaan suatu kapal atau pesawat udara perompak, Konvensi Hukum Laut 1982 yang menyatakan bahwa:

On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft, or a ship or aircraft taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed, and may also determine the action to be taken with regard to the ships, aircraft or property, subject to the rights of third parties acting in good faith.

Di laut, atau setiap tempat lain di luar yurisdiksi negara manapun setiap negara dapat menyita suatu kapal atau pesawat udara perompak atau suatu kapal atau pesawat udara yang telah diambil alih oleh perompak dan berada di bawah pengendalian perompak dan menangkap orang-orang dan menyita barang yang

⁴⁷⁸ J.G. Starke, *op.cit.*, hlm. 234.

⁴⁷⁹ *Ibid*, hlm.218.

⁴⁸⁰ Isi dari pasal 100 United Nation Convention on the Law of the Sea.

⁴⁸¹ Rebecca M.M. Wallace, *op.cit.*, hlm. 123.

ada di kapal. Pengadilan negara yang telah melakukan tindakan penyitaan itu dapat menetapkan hukuman yang akan dikenakan, dan juga dapat menetapkan tindakan yang akan diambil berkenaan dengan kapal-kapal, pesawat udara atau barang-barang, dengan tunduk pada hak-hak ke tiga yang telah bertindak dengan itikad baik.

Kejahatan perang juga telah diterima universal sebagai kejahatan yang tunduk kepada yurisdiksi setiap negara meskipun jenis kejahatan ini sangat sensitif dan lebih berat bobot politiknya.⁴⁸² Komisi Kejahatan perang PBB (*the United Nations War Crimes Commission*) menyatakan bahwa hak untuk menghukum kejahatan tidak terbatas pada negara yang warga negaranya menderita atau kepala negara yang wilayahnya dipakai sebagai tempat dilaksanakannya kejahatan.⁴⁸³ Namun hak tersebut dimiliki oleh setiap negara yang merdeka.⁴⁸⁴

Menurut hukum internasional, setiap negara baik berpantai (*coastal state*) maupun tidak berpantai (*land locked state*) mempunyai hak untuk melayarkan kapalnya di bawah benderanya di laut lepas (pasal 90 UNCLOS 1982). Pelaksanaan yurisdiksi suatu negara di laut lepas ini sesuai dengan prinsip universal, yaitu setiap negara mempunyai yurisdiksi untuk mengadili tindak kejahatan tertentu (yang terjadi atau dilakukan di laut lepas).

b. Kejahatan Internasional

Kejahatan internasional berdasarkan Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court/ ICC*) untuk dapat menerapkan yurisdiksinya melalui Statuta Mahkamah Pidana Internasional atau Statuta Roma 1998. Statuta Roma 1998 menegaskan bahwa ICC bisa menjalankan fungsi dan kewenangannya di wilayah negara pihak dalam Statuta Roma 1998. ICC pun juga dapat menjalankan fungsi dan kewenangannya di wilayah negara bukan pihak, selama dibuat perjanjian khusus.⁴⁸⁵

Kejahatan-kejahatan yang dicakup oleh ICC diatur dalam Pasal 5 sampai dengan Pasal 8 Statuta Roma 1998. Pada dasarnya, ada empat kategori kejahatan internasional yang dicakup oleh ICC, yakni sebagai berikut:

- a) Genosida (*Genocide*)
- b) Kejahatan terhadap kemanusiaan (*Crimes against humanity*)
- c) Kejahatan Perang (*War Crimes*)
- d) Kejahatan Agresi (*the Crime of Agression*)

Yurisdiksi Teritorial ICC tergantung pada inisiatif pengajuan kasus ke ICC. Apabila suatu kejahatan internasional dirujuk ke penuntut umum ICC oleh negara pihak dalam Statuta Roma 1998 atau diselidiki berdasarkan inisiatif dari penuntut umum sendiri, maka Statuta Roma 1998 mensyaratkan agar negara tempat terjadinya pelanggaran terjadi (*locus delicti*) atau negara tempat dimana

⁴⁸² M. N. Shaw, *Op.cit.*, hlm.360.

⁴⁸³ Huala Adolf, *Op.cit.*, hlm.218.

⁴⁸⁴ *Ibid*, hlm.219.

⁴⁸⁵ Pasal 4 (2) Statuta Roma 1998.

kewarganegaraan pelaku haruslah negara pihak dalam Statuta Roma 1998.⁴⁸⁶ Dalam Kaitannya dengan yurisdiksi teritorial, pada dasarnya bahwa ICC memiliki yurisdiksi di wilayah negara pihak dalam Statuta Roma 1998 dan bukan negara pihak Statuta Roma 1998, sepanjang menyangkut kasus yang pelakunya adalah warganegara dari negara pihak dalam Statuta Roma 1998.

5. Yurisdiksi Atas Kejahatan Terhadap Pesawat Udara

Wilayah udara yang terdapat di atas wilayah darat, perairan pedalaman, perairan kepulauan dan laut teritorial termasuk kedalam yurisdiksi suatu negara. Hal ini terlihat dari pasal 1 Konvensi Chicago 1944 tentang Penerbangan Sipil Internasional : "Kedaulatan negara di ruang udara di atas wilayah teritorialnya bersifat utuh dan penuh (*complete and exclusive sovereignty*)". Ketentuan ini merupakan salah satu tiang pokok hukum internasional yang mengatur ruang udara.

Salah satu akibat meningkatnya volume, jangkauan dan frekuensi lalu lintas udara internasional, yang dibarengi dengan meningkatnya jumlah negara dimana pesawat udara perusahaan penerbangan didaftarkan telah menimbulkan peningkatan persoalan-persoalan yurisdiksi yang pelik berkaitan dengan tindak pidana yang dilakukan di dalam pesawat udara dalam penerbangan. Apabila hal ini belum cukup, perkembangan lain telah menjadi ancaman besar terhadap keselamatan dan kepercayaan terhadap penerbangan internasional karena meningkatnya peristiwa pembajakan (*hijacking*) dan tindakan terorisme terhadap pesawat udara yang akan tinggal landas atau mendarat serta terhadap penumpang-penumpang pesawat udara terkait.⁴⁸⁷

Instrumen hukum Internasional yang mengatur masalah tindak pidana dan bentuk-bentuk kejahatan pembajakan (*hijacking*) serta terorisme penerbangan diantaranya tiga Konvensi Internasional yaitu Konvensi Tokyo 1963, Konvensi Den Haag 1970, dan Konvensi Montreal 1971. Beberapa resolusi juga telah dibuat oleh PBB dan ICAO. Sementara di Indonesia telah mengambil ketentuan-ketentuan dalam ketiga konvensi tersebut sebagai dasar pembentukan Undang-Undang (UU) Nomor 2 dan Nomor 4 1976 sehingga Indonesia dapat menerapkan yurisdiksinya atas pelaku tindak pidana penerbangan udara. Seperti yang diketahui, mengenai masalah tindak pidana penerbangan telah dibuat tiga konvensi yaitu:

- a. Konvensi Tokyo pada tahun 1963 (*Convention on Offence and certain Acts Committed on Board Aircraft*)
- b. Konvensi den Haag pada tahun 1970 (*Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft*)
- c. Konvensi Montreal pada tahun 1971 (*Convention for the Suppression of Unlawful Acts Againsts the Safety of Civil Aviation*)

⁴⁸⁶ Pasal 12 (2) Statuta Roma 1998.

⁴⁸⁷ J.G. Starke, op.cit., hlm. 236.

Perjanjian internasional yang mengatur yurisdiksi atas pesawat udara di yaitu:

a. ***Convention on Offence and certain Acts Committed on Board Aircraft***
(Konvensi Tokyo 1963)

Konvensi Tokyo dipersiapkan untuk menampung status hukum suatu pesawat udara (*legal status of aircraft*), yurisdiksi peradilan (*judicial jurisdiction*), hukum yang dapat diterapkan terhadap kejahatan yang dilakukan dalam pesawat udara dalam penerbangan (*the applicable substantive law to govern alleged offences committed on board aircraft in flight*), dan wewenang komandan atau pilot menurut hukum yang berlaku yaitu wewenang hukum terhadap pesawat udara, awak pesawat, dan penumpang selama penerbangan. Konvensi Tokyo mengatur tindak pidana dan perbuatan-perbuatan tertentu yang dilakukan dalam pesawat udara yang sedang berada dalam penerbangan di atas laut lepas atau terra nullius. Yang dimaksudkan sebagai tindak pidana itu adalah segala bentuk tindak pidana yang termasuk atau diatur didalam UU Pidana masing-masing negara peserta Konvensi Tokyo dan perbuatan-perbuatan tertentu adalah perbuatan baik pidana atau bukan yang melanggar ketentuan disiplin dan ketertiban didalam pesawat udara. Kedua tindak pidana dan perbuatan-perbuatan ini berlangsung saat penerbangan di atas laut lepas. Hal ini diatur dalam Pasal 1 Konvensi. Unsur-unsur di dalam Pasal 1 Konvensi yaitu:

1. Tindak pidana itu dilakukan didalam pesawat udara.
2. Pesawat udara tersebut harus didaftarkan di negara peserta Konvensi.
3. Pesawat udara sedang berada dalam penerbangan di atas laut lepas.
4. Pesawat udara berada di permukaan laut lepas.

Sedangkan pelaksanaan yurisdiksi terhadap tindakan pidana diatur dalam Pasal 3 Konvensi yaitu negara tempat pesawat udara didaftarkan dan juga ada kemungkinan bagi negara lain yang bukan tempat pesawat udara didaftarkan untuk melaksanakan yurisdikasinya bila negara tempat pesawat udara didaftarkan tidak mau melaksanakannya. Sedangkan pada Pasal 4 Konvensi juga diatur kemungkinan kepada negara-negara untuk melaksanakan yuridikasi bersama artinya negara-negara tersebut punya wewenang yang sama dengan negara tempat pesawat udara terdaftar untuk menyelesaikan tindakan pidana yang tercantum pada Pasal 1 Konvensi. Konvensi Tokyo ini masih memiliki banyak kelemahan seperti :

1. Tindak pidana sabotase yang sebagian besar memasukan bahan peledak secara diam-diam pada pesawat udara saat didarat dan juga terlalu mengkhususkan diri pada tindak pidananya yang kurang jelas terlebih lagi pada masalah pembajakan dan terorisme udara.
2. Hanya negara peserta Konvensi saja yang dapat dikenai ketentuan-ketentuan Konvensi.
3. Terlalu membatasi kondisi "di atas laut lepas" karena tidak seluruh negara memiliki kekuatan yurisdiksi saat pesawat udara berada dilaut lepas ataupun di atas wilayah diluar kekuasaan negara. Hal ini dapat terjadi oleh karena

beberapa pihak saat itu masih menganggap tindak pidana diatas laut lepas itu tidak terjangkau oleh hukum pidana manapun.

Oleh karena masih banyak kekosongan yurisdiksi pada Konvensi Tokyo ini maka negara-negara peserta konvensi ini mengadakan konvensi berikutnya yaitu Konvensi den Haag pada tahun 1970.

Konvensi ini mengatur tentang kejahatan yang dilakukan seseorang di atas pesawat udara di negara-negara peserta konvensi ketika pesawat sedang terbang atau sedang berada di laut lepas atau diatas wilayah yang bukan milik suatu Negara. Selanjutnya dalam Pasal 3 (1) yang mempunyai yurisdiksi terhadap tindak pidana pelanggaran maupun pidana kejahatan adalah negara pendaftar pesawat udara, bahwa Negara dimana pesawat ini didaftarkan adalah yang berkepentingan untuk melaksanakan yurisdiksinya terhadap kejahatan yang dilakukan di pesawat tersebut.

b. *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft* (Konvensi Den Haag 1970)

Konvensi ini diadakan karena timbulnya kelemahan pada Konvensi Tokyo terlebih lagi perkembangan tindak pidana seperti melebarnya dimensi perbuatan pembajakan terhadap pesawat udara yang dulunya sangat terbatas menjadi suatu bentuk kejahatan yang sangat mengganggu dan membahayakan penerbangan sipil pada lingkungan Internasional yang berhubungan dengan keamanan masyarakat Internasional dengan ideologi dan politik yang berbeda-beda.

Konvensi ini juga terkenal dengan nama konvensi mengenai hijacking pesawat udara (*unlawful seizure of aircraft*) atau dalam bahasa Indonesia pembajakan pesawat udara. Pada Pasal 1 Konvensi Den Haag memberikan batasan mengenai pembajakan pesawat udara, yaitu apabila orang tersebut telah melakukan tindakan pidana dalam pesawat udara yang sedang dalam penerbangan sebagai berikut: Ayat a : *unlawfully, by force or threat thereof, or by any other form of intimidation, seizes, or exercises control of, that aircraft, or attempts to perform any such act* ,or Ayat b : *is an accomplice of a person who performs or attempts to perform any such act*.

Terlihat jelas bahwa Konvensi Den Haag hanya mengkhhususkan tindak pidana penguasaan pesawat udara secara melawan hukum dengan jalan kekerasan atau ancaman kekerasan. Sedangkan pada bidang yurisdiksinya pada Konvensi Den Haag menghendaki negara-negara anggota memiliki yurisdiksi bilamana :

- a. Kejahatan dilakukan didalam pesawat udara yang didaftarkan di negara yang bersangkutan.
- b. Pesawat udara terhadap dari mana dilakukan pembajakan, mendarat diwilayahnya dengan pembajak berada didalam pesawat tersebut.
- c. Kejahatan dilakukan terhadap pesawat udara yang disewakan (tanpa awak) kepada seseorang yang mempunyai domisili di negara tersebut.

Yuridiksi pada konvensi ini menetapkan yurisdiksi pertama ditentukan oleh negara dimana pesawat udara mendarat dan adanya pembajak didalam pesawat udara.

Menurut pasal 1 Montreal 1970 ini, pengertian tentang kejahatan yang dilakukan diatas udara yaitu setiap bentuk kejahatan yang dilakukan secara tidak sah dengan menggunakan kekerasan, ancaman, atau intimidasi, merampas, menguasai pesawat, dan percobaan untuk melakukan perbuatan-perbuatan tersebut. Tentang yurisdiksi Negara diatur dalam pasal 4, bahwa setiap Negara peserta konvensi mengambil tindakan melaksanakan yurisdiksinya terhadap setiap kejahatan atau kekerasan manakala kejahatan itu dilakukan atas pesawat dimana pesawat itu terdaftar, manakal pesawat itu mendarat si pelaku masih berada dalam pesawat dan manakala pesawat itu dilakukan diatas pesawat yang dilakukan penyewa.

c. *Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation (Konvensi Montreal 1971)*

Konvensi Montreal pada tahun 1971 sengaja ditujukan untuk menakuti mereka yang ingin melakukan tindakan kekerasan didalam pesawat pada umumnya dan juga tindakan sabotase dimana pada Konvensi Den Haag tidak mengatur secara jelas karena lebih memfokuskan pada pembajakan pada pesawat udara. Konvensi ini juga dimaksudkan sebagai suplemen pada pengaturan terhadap pembajakan pada Konvensi Den Haag tersebut. Latar belakang terbentuknya konvensi antara lain disebabkan dua peristiwa sabotase terhadap pesawat sipil Swiss Air dan peledakan ruang kargo pesawat Austrian Airlines. Disamping itu kemajuan dan keberhasilan cara-cara pemberantasan pembajakan udara juga memberikan implikasi diadakannya konvensi ini.

Pada Pasal 1 ayat 1 Konvensi Montreal mengatur tidak pidana sebagai berikut :

- a. Dengan sengaja melakukan tindakan kekerasan terhadap seseorang didalam pesawat udara yang sedang berada dalam penerbangan dan tindakannya itu dapat membahayakan keselamatan pesawat udara tersebut.
- b. Dengan sengaja dan secara melawan hukum merusakkan pesawat udara dalam dinas (*in service*) atau menyebabkan pesawat udara tersebut tidak mampu untuk melakukan penerbangan dengan sempurna sehingga membahayakan keselamatannya dalam penerbangannya.
- c. Menempatkan atau memungkinkan penempatan suatu bahan peledak atau suatu zat dalam pesawat udara dalam dinas, dengan cara bagaimanapun, sehingga dapat memusnahkan atau menyebabkan pesawat udara tidak dapat terbang atau menyebabkan kerusakan pesawat udara yang dapat membahayakan keselamatan pesawat dalam penerbangan.
- d. Memusnahkan atau merusak fasilitas penerbangan atau turut campur secara melawan hukum dalam pengoperasiannya, sehingga dapat membahayakn keselamatan pesawat udara dalam penerbangan.
- e. Memberikan informasi yang tidak benar yang dapat membahayakan keselamatan penerbangan pesawat udara dalam penerbangan.

Konvensi ini mengikuti pola yang ada dalam konvensi terdahulu bahkan dalam aspek yurisdiksi hukum telah dimasukkan sanksi-sanksi hukum yang lebih berat terhadap pelakunya dan kemungkinan untuk ekstradisi pelakunya (penyerahan) ke negara dimana tindakan tersebut mula-mula dilakukan. Pada konvensi ini juga berisi tindakan pembajakan dan terorisme udara sehingga konvensi ini dapat dikatakan sempurna karena memuat kedua tindakan tersebut.

Menurut pasal 5 ketentuan konvensi ini, setiap Negara peserta konvensi harus mengambil tindakan untuk melaksanakan yurisdiksinya terhadap kejahatan-kejahatan manakala kejahatan itu dilakukan diwilayah negaranya, manakala kejahatan itu dilakukan diatas pesawat udara yang didaftar di negaranya, manakal kejahatan itu dilakukan di pesawat yang mendarat di wilayahnya dan manakala kejahatan itu dilakukan diatas pesawat udara yang disewa tanpa awaknya kepada penyewa.

D. Imunitas Terhadap Yurisdiksi Nasional

Sejak negara merdeka dan sejajar, tidak ada negara yang menerapkan yurisdiksi atas seluruh negara lain dengan penerapan yurisdiksinya, secara khusus, pengadilan suatu negara tidak boleh menerapkan yurisdiksi atas negara lain. Pengecualian yurisdiksi teritorial suatu negara

Pembatasan tertentu yang diterapkan oleh hukum internasional yaitu terhadap kepala negara, wakil diplomatik, kapal perang, dan angkatan bersenjata asing yang ada di wilayah suatu negara. Dalam hal-hal tertentu, yurisdiksi teritorial kebal (tidak berlaku) terhadap:

1. Negara Asing Dan Kepala Negara Asing

Suatu negara bebas berbuat apapun di dalam negerinya, sepanjang perbuatan tersebut tidak mengganggu ketentraman dan ketertiban negara lain atau tidak melanggar hukum internasional. Atau dengan kata lain, suatu negara adalah imun terhadap yurisdiksi pengadilan negara lainnya. Begitu juga dengan kepala negara, yang diidentikkan sebagai negara itu sendiri. Kepala negara memiliki imunitas (kekebalan) penuh (*doctrine of absolute immunity*).⁴⁸⁸

Imunitas suatu negara asing atau kepala negara dari yurisdiksi tidak mutlak dalam segala hal, tergantung kepada sifat hakikat dari pemulihan yang diupayakan. Hal-hal berikut merupakan proses perkara kekecualian dari kaidah imunitas :

- a. Perkara-perkara yang berkenaan dengan alas hak terhadap tanah di dalam yurisdiksi teritorial, yang bukan tanah dimana bangunan-bangunan kedutaan didirikan.
- b. Suatu dana di pengadilan (dana perwalian) yang diuruskan yang mana menyangkut kepentingan negara asing atau pemegang kedaulatan asing, tetapi tidak demikian apabila pihak yang diuruskan perwalian dananya itu juga merupakan pemerintah negara asing yang berdaulat.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Huala Adolf, *Op.cit.*, hlm.194.

⁴⁸⁹ J.G. Starke, *Op.cit.*, hlm.281.

- c. Tindakan-tindakan perwakilan, seperti tindakan pemegang surat utang, apabila negara asing atau pemegang kedaulatan asing itu adalah pemegang surat utang.
- d. Berakhirnya suatu perusahaan yang dalam aset-asetnya negara asing atau pemegang kedaulatan asing mengklaim suatu kepentingan.⁴⁹⁰

2. Perwakilan Diplomatik Asing dan Konsuler

Imunitas yurisdiksional terhadap agen-agen diplomatik ditetapkan dalam pasal 31-32 Konvensi Wina tentang Hubungan-hubungan Diplomatik 1961. Mereka menikmati imunitas absolut dari yurisdiksi kriminal negara tuan rumah dan imunitas dari yurisdiksi sipil dan administratif kecuali dalam tiga hal khusus yang dinyatakan dalam pasal 31, yaitu :

- a. Tindakan-tindakan untuk mendapatkan kembali harta benda tidak bergerak yang semata-mata pribadi;
- b. Tindakan-tindakan yang berkaitan dengan suksesi dimana mereka terlibat dalam kapasitas yang benar-benar pribadi.
- c. Tindakan-tindakan yang berkaitan dengan suatu aktivitas profesi atau komersial pribadi yang dilakukan oleh mereka.⁴⁹¹

Dalam US Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case (1980) ICJ Reports, hlm. 3 dan hlm. 40 menyatakan bahwa kekebalan terhadap diplomat adalah "*...constitute a self-contained regime, which on the one hand, lays down the receivingstate's obligation regarding the facilities, privileges, and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving state to counter any such abuses*".

Sejak tahun 1961, masyarakat internasional telah menyepakati beberapa kekebalan untuk anggota misi diplomatik dalam Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961, antara lain yaitu:

- a. Kekebalan pribadi
 - 1) Kekebalan terhadap anggota diplomatik dan kebebasan dari proses penangkapan dan penahanan sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 29 Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961. *The person of a diplomatic agent shall be inviolable. He shall not be liable to any form of arrest or detention. The receiving State shall treat him with due respect and shall take all appropriate steps to prevent any attack on his person, freedom or dignity.* Setiap anggota misi diplomatik tidak dapat ditangkap atau ditahan oleh negara penerima. Termasuk dalam pengertian itu adalah kewajiban dari negara penerima untuk melindungi anggota misi diplomatik dari serangan terhadap diri pribadi, kebebasan maupun martabatnya. Hak kekebalan bagi anggota diplomatik ini semakin ditegaskan dalam The Convention on the Prevention and Punishment of

⁴⁹⁰ Ibid, hlm.282.

⁴⁹¹ Ibid, hlm.288.

Crimes against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents 1973.

- 2) Kekebalan terhadap yurisdiksi kriminal dan tuntutan perdata tercantum dalam Pasal 31 Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961 dituangkan sebagai berikut:

1. A diplomatic agent shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State. He shall also enjoy immunity from its civil and administrative jurisdiction, except in the case of:

(a) A real action relating to private immovable property situated in the territory of the receiving State, unless he holds it on behalf of the sending State for the purposes of the mission;

(b) An action relating to succession in which the diplomatic agent is involved as executor, administrator, heir or legatee as a private person and not on behalf of the sending State;

(c) An action relating to any professional or commercial activity exercised by the diplomatic agent in the receiving State outside his official functions.

Lebih lanjut disebutkan bahwa kekebalan terhadap yurisdiksi kriminal adalah absolut sementara perkecualian terhadap tuntutan perdata terkait dengan kepemilikan pribadi (*private real property*), pengalihan dan aktivitas komersial (*succession and commercial activity*) di luar kewenangan dan tugas diplomatiknya.

- b. Seorang diplomat juga tidak bisa dipaksa untuk bersaksi dalam persidangan. Sebagaimana tercantum dalam Pasal 31 ayat 2 yang menyatakan bahwa "*A diplomatic agent is not obliged to give evidence as a witness*".
- b. Kekebalan terhadap gedung diplomatik (*Diplomatic premises*) sebagaimana tercantum dalam Pasal 22 Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961 yang menyatakan bahwa:
- 1. The premises of the mission shall be inviolable. The agents of the receiving state may not enter them, except with the consent of the head of the mission.*(gedung-gedung perwakilan asing tidak boleh diganggu gugat. Alat-alat negara dari negara penerima tidak boleh memasuki gedung tersebut, kecuali izin dari perwakilan).
 - 2. The receiving State is under a special duty to take all appropriate steps to protect the premises of the mission against any intrusion or damage and to prevent any disturbance of the peace of the mission or impairment of its dignity.*(Negara penerima mempunyai kewajiban khusus untuk mengambil langkah-langkah seperlunya guna melindungi gedung perwakilan tersebut dari gangguan atau kerusakan dan mencegah setiap gangguan ketenangan perwakilan atau yang menurunkan harkat dan martabatnya).
 - 3. The premises of the mission, their furnishings and other property thereon and the means of transport of the mission shall be immune from search,*

requisition, attachment or execution.(Gedung-gedung perwakilan, perabotannya dan harta miliknya yang berada didalam gedung tersebut serta kendaraan dari perwakilan akan dibebaskan dari pemeriksaan, penuntutan, pengikatan atau pengikatan).

Hal ini dilandasi oleh tiga teori yang berbeda⁴⁹²:

- a) *The Extraterritorial Theory*, yang menganggap bahwa gedung kantor diplomatik adalah perpanjangan wilayah negara pengirim.
 - b) *The Representative Character Theory* yang menganggap bahwa perwakilan adalah merupakan cerminan dari kehadiran kekuasaan asing yang harus dihormati oleh negara lain sebagaimana negara itu menghormati negara aslinya.
 - c) *The Functional Necessity Theory*, yang menganggap bahwa kekebalan terhadap yurisdiksi itu perlu dimiliki agar fungsi perwakilan diplomatik dapat dijalankan dengan baik.
- c. Kekebalan terhadap surat-surat diplomatik (*Diplomatic Correspondence*), sebagaimana tercantum dalam Pasal 27 Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961 yang menyatakan bahwa⁴⁹³:
- a. negara penerima harus mengizinkan dan melindungi kebebasan berkomunikasi antara kantor perwakilan dan negara pengirim.
 - b. Korespondensi Resmi tidak boleh diganggu gugat.

⁴⁹² Lihat dalam Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Diplomati (Teori dan Kasus)*, PT. Alumni, Bandung, 1995, Hlm.57-59.

⁴⁹³ Article 27

1. *The receiving State shall permit and protect free communication on the part of the mission for all official purposes. In communicating with the Government and the other missions and consulates of the sending State, wherever situated, the mission may employ all appropriate means, including diplomatic couriers and messages in code or cipher. However, the mission may install and use a wireless transmitter only with the consent of the receiving State.*
2. *The official correspondence of the mission shall be inviolable. Official correspondence means all correspondence relating to the mission and its functions.*
3. *The diplomatic bag shall not be opened or detained.*
4. *The packages constituting the diplomatic bag must bear visible external marks of their character and may contain only diplomatic documents or articles intended for official use.*
5. *The diplomatic courier, who shall be provided with an official document indicating his status and the number of packages constituting the diplomatic bag, shall be protected by the receiving State in the performance of his functions. He shall enjoy person inviolability and shall not be liable to any form of arrest or detention.*
6. *The sending State or the mission may designate diplomatic couriers ad hoc. In such cases the provisions of paragraph 5 of this article shall also apply, except that the immunities therein mentioned shall cease to apply when such a courier has delivered to the consignee the diplomatic bag in his charge.*
7. *A diplomatic bag may be entrusted to the captain of a commercial aircraft scheduled to land at an authorized port of entry. He shall be provided with an official document indicating the number of packages constituting the bag but he shall not be considered to be a diplomatic courier. The mission may send one of its members to take possession of the diplomatic bag directly and freely from the captain of the aircraft.*

- c. Kantong Diplomatik (*Diplomatic bag*) tidak boleh ditahan atau dibuka.
- d. Batas dari Kekebalan Diplomat
Diplomat asing dan keluarganya akan kehilangan kekebalan terhadap yurisdiksi, atau keleluasaan untuk menetap di negara penerima ketika tugas mereka dinyatakan telah berakhir.
- e. Kekebalan terhadap Konsulat
Konsul sebenarnya lebih berperan dalam hal-hal administratif daripada seorang perwakilan politik, oleh karena memiliki perlindungan kekebalan terhadap yurisdiksi negara setempat yang lebih rendah jika dibandingkan perwakilan diplomatik. Hak dan kewajiban konsul dalam masyarakat internasional telah diatur di dalam The Vienna Convention on Consular Relations 1963 yang meliputi:
 - i. Gedung Konsulat tak dapat dimasuki tanpa ijin dari kepala kantor konsulat.⁴⁹⁴
 - ii. Gedung Konsulat harus dilindungi dari kerusakan dan intrusi.⁴⁹⁵
 - iii. Anggota Konsular tak dapat ditangkap atau ditahan kecuali terkait dengan kejahatan massal dan diikuti dengan keputusan peradilan yang berwenang atasnya.⁴⁹⁶
 - iv. Kekebalan terhadap anggota konsulat terhadap yurisdiksi pidana maupun perdata terbatas kepada tindakan-tindakan mereka yang dilakukan sesuai dengan kewenangan dan fungsi-fungsi consular. Dalam artian seorang konsul yang melaksanakan tugas-tugasnya bertindak atas nama negara pengirim dan karena itu tidak bisa dituntut tanpa seizin negara pengirim.⁴⁹⁷ Hal ini berarti bahwa setiap perbuatan di luar pelaksanaan fungsi resmi, seorang konsul dapat diajukan ke pengadilan seperti orang-orang biasa lainnya.

3. Kapal Publik Negara Asing

Kapal pemerintah yang statusnya berasal dari kedaulatan negaranya tidak tunduk pada yurisdiksi suatu negara, baik waktu kapal berada di laut lepas, laut teritorial, atau perairan pedalaman negara pantai. Meski kapal-kapal pemerintah menikmati kekebalan, namun mereka diharapkan untuk menaati peraturan perundang-undangan negara pantai.⁴⁹⁸ Setiap pelanggaran terhadapnya, negara pantai dapat mengusir kapal-kapal pemerintah itu dan mengajukan protes diplomatik.⁴⁹⁹

⁴⁹⁴ Pasal 31 The Vienna Convention on Consular Relations 1963.

⁴⁹⁵ Pasal 33, The Vienna Convention on Consular Relations 1963.

⁴⁹⁶ Pasal 41, The Vienna Convention on Consular Relations 1963.

⁴⁹⁷ Pasal 43 (1), The Vienna Convention on Consular Relations 1963.

⁴⁹⁸ Huala Adolf, *Op.cit.,hlm.*208.

⁴⁹⁹ *Ibid*, hlm.209.

4. Angkatan Bersenjata Asing

Angkatan bersenjata yang diterima di wilayah negara asing menikmati suatu imunitas terbatas, tetapi bukan suatu imunitas absolut, dari yurisdiksi teritorial negara tersebut.⁵⁰⁰ Besarnya imunitas tersebut tergantung pada keadaan-keadaan di mana angkatan bersenjata tersebut diterima oleh pemegang kedaulatan teritorial, dan khususnya pada ada atau tidaknya suatu perjanjian tegas antara negara tuan rumah dan negara pengirim yang mengatur syarat-syarat mengenai masuknya angkatan bersenjata tersebut di wilayah itu.⁵⁰¹

5. Organisasi Internasional

Kekebalan terhadap Organisasi Internasional, tidak ada hukum kebiasaan internasional yang mengakui perlunya atau adanya perlindungan terhadap yurisdiksi suatu negara terhadap misi perwakilan organisasi internasional. Namun demikian, ada the Vienna Convention on the Representation of States in Their Relations with International Organizations of a Universal Character 1975 yang mencoba untuk membuat prinsip-prinsip umum bagaimana sebuah organisasi internasional dapat juga memiliki keistimewaan, sekalipun terbatas, ketika melakukan tugasnya di negara lain.. Sayangnya sampai saat ini konvensi tersebut belum berlaku. Oleh karena itu, derajat kekebalan dari para anggota yang bertugas dalam organisasi internasional sangat tergantung kepada negosiasi dan perjanjian antara organisasi tersebut dengan negara penerimanya.

Dalam suatu negara, organisasi internasional memiliki kekebalan tertentu terhadap yurisdiksi negara setempat. Kekebalan ini dipandang perlu untuk melaksanakan tujuan-tujuan dari organisasi internasional. Namun sampai sejauh mana organisasi internasional itu menikmati kekebalan menurut hukum (kebiasaan) internasional masih belum ada kejelasan. Dalam praktek, kekebalan ini biasanya diatur oleh suatu perjanjian internasional.⁵⁰²

E. Pembatasan Yurisdiksi Negara berdasarkan Perjanjian Internasional

Keterikatan suatu negara pada suatu perjanjian internasional bukan berarti bahwa kekuasaan tertinggi negara tersebut menjadi hilang atau tergerogoti. Setiap perjanjian yang membatasi yurisdiksi atau kewenangan suatu negara demi untuk tujuan bersama dengan subjek hukum internasional lainnya berarti membatasi pelaksanaan kedaulatannya. Namun disini, negara tetap berdaulat. Hanya tindakan-tindakan tertentu saja yang terkait dengan kesepakatan yang diberikan, negara tersebut terikat untuk melakukan tindakan-tindakan yang sesuai dengan kesepakatannya.

Pelaksanaan yurisdiksi oleh suatu negara tidak dibatasi oleh hukum internasional, kecuali telah dibuktikan dengan suatu asas hukum internasional. Hanya ada satu pembatasan praktis terhadap yurisdiksi yang terlalu luas oleh suatu

⁵⁰⁰ J.G. Starke, *Op.cit.*,hlm.228.

⁵⁰¹ *Ibid*, hlm.229.

⁵⁰² Huala Adolf, *Op.cit.*,hlm.210.

negara, yaitu negara-negara tidak akan menjalankan yurisdiksinya atas orang atau benda yang tidak ada sangkut pautnya dengan negara tersebut.⁵⁰³

Sebagai contoh pembatasan yurisdiksi negara dalam suatu organisasi internasional regional adalah dalam Masyarakat Ekonomi Eropa. Mahkamah Masyarakat Eropa merupakan mahkamah dari Uni Eropa. Kewenangan Mahkamah Eropa ditetapkan dalam anggaran dasar *European Economic Community* Pasal 164. Mahkamah ini memiliki kewenangan yang lebih besar dari mahkamah pengadilan internasional lainnya. Mahkamah ini dapat mengadili sengketa antar negara anggota dan alat perlengkapan dari Masyarakat Eropa yang dapat menentukan keabsahan dari tindakan keabsahan dari tindakan masyarakat. Mahkamah juga melakukan pengawasan atas penerapan hukum masyarakat Eropa di dalam sistem hukum nasional negara anggota.⁵⁰⁴ Berdasarkan kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Masyarakat Eropa ini bahwa mahkamah memiliki kewenangan yang hampir tidak ada batasnya terhadap negara anggota Masyarakat Ekonomi Eropa. Sebagai contoh lain dari pembatasan yurisdiksi dalam suatu organisasi internasional adalah dalam Uni Afrika. Dalam Pasal 4 dari UU konstitutif Uni Afrika meletakkan bawah prinsip-prinsip pembatasan yurisdiksi negara anggotanya sebagai berikut:

1. Penyelesaian secara damai konflik di antara negara-negara anggota dari Uni melalui sarana yang tepat seperti sebagaimana dapat memutuskan atas oleh Majelis;
2. Hak Union untuk campur tangan dalam Negara Anggota sesuai mengambil keputusan Majelis sehubungan dengan kuburan keadaan, yaitu kejahatan perang, genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan;
3. Hak Negara-negara Anggota untuk meminta intervensi dari Serikat dalam rangka untuk memulihkan perdamaian dan keamanan;

Dari ketiga prinsip tersebut terlihat jelas besarnya kewenangan dari Uni Afrika terhadap negara anggotanya. Bahwa dalam hal penyelesaian konflik secara damai melalui sarana yang telah ditetapkan oleh Majelis. Dan pada prinsip berikutnya disebutkan juga secara jelas bahwa Uni Afrika berhak untuk campur tangan terhadap permasalahan kejahatan perang, genosida, dan kejahatan kemanusiaan yang terjadi di wilayah negara anggotanya. Bahkan dalam rangka untuk memulihkan perdamaian dan keamanan Uni Afrika dapat melakukan intervensi atas dasar permintaan negara anggotanya.

⁵⁰³ J.G. Starke, *Op.cit.*, hlm.202.

⁵⁰⁴ Sri Setianingsih Suwardi, *Pengantar Hukum Organisasi Internasional*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, hlm.331-332.

PENGGUNAAN KEKERASAN (USE OF FORCE) MENURUT HUKUM INTERNASIONAL

A. Pengantar

Prinsip utama dalam penggunaan senjata sebagaimana diatur dalam hukum humaniter adalah bahwa selama perang nilai-nilai kemanusiaan harus dihormati. Tujuannya bukan untuk menolak hak negara untuk melakukan perang atau menggunakan kekuatan senjata untuk mempertahankan diri (*self-defence*), melainkan untuk membatasi penggunaan senjata oleh suatu negara dalam menggunakan hak berperang tersebut untuk mencegah penderitaan dan kerusakan yang berlebihan dan yang tidak sesuai dengan tujuan militer. Dengan demikian hukum humaniter ditujukan untuk "melindungi beberapa kategori dari orang-orang yang tidak atau tidak lagi turut serta dalam pertempuran serta untuk membatasi alat dan cara berperang".⁵⁰⁵

Penggunaan kekuatan dilarang dalam hukum internasional. Hal ini tentunya berdasarkan Piagam PBB yang mensyaratkan bagi negara-negara anggotanya untuk menyelesaikan sengketa dengan jalan damai dan menahan diri dalam hubungan internasional antar negara-negara untuk mengancam dan menggunakan kekuatan.⁵⁰⁶ Hukum internasional sekarang dapat melarang penggunaan kekuatan atau kekerasan, akan tetapi hukum internasional tidak dapat mencegah penggunaan kekerasan secara lebih baik dari hukum pidana yang dapat mencegah pembunuhan. Sebagai konsekuensinya hukum internasional bertujuan untuk mengawasi penggunaan kekuatan bersenjata.

⁵⁰⁵ Frits Kalshoven dan Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, 2001, hlm. 12-14.

⁵⁰⁶ Piagam PBB, Pasal 2 (3) dan (4), lihat juga dalam Rebecca M. M. Wallace, *Hukum Internasional (Pengantar Untuk Mahasiswa)*, Bambang Arumanadi (Penerjemah), Cetakan I, IKIP Semarang Press, Semarang, 1993, hlm. 253.

B. Penggunaan Kekerasan

Pecahnya perang dunia I membawa dunia internasional usaha untuk membangun dan memperbaiki pemusatan mekanisme secara institusi untuk perdamaian. Pasal 11 dan 15 Kovenan Liga Bangsa-Bangsa (LBB) menyatakan tidak membuat perang secara ilegal, tetapi sebagai pengganti menentukan pembatasan prosedur atas hak negara untuk berperang.⁵⁰⁷ Sebelum menempuh penggunaan kekerasan para pihak yang bersengketa mensyaratkan mengacu pada penyelesaian sengketa melalui arbitrase, penyelesaian hukum, atau dewan dari organisasi internasional.

Menurut ICTY (*the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* atau Mahkamah Pidana Internasional untuk bekas Yugoslavia), "konflik bersenjata ada bilamana terdapat penggunaan kekuatan bersenjata antara satu Negara dan Negara lain atau terdapat kekerasan bersenjata berkepanjangan antara otoritas pemerintah dan kelompok bersenjata atau antara satu kelompok bersenjata dan kelompok bersenjata lain di dalam sebuah Negara" (Jaksa Penuntut v. Dusko Tadic, Kasus No. IT-94-1-AR72, Putusan tentang Mosi Pembelaan untuk Banding Sela atas Yurisdiksi, 2 Oktober 1995 (Tahap Banding ICTY), paragraf 70). Di sebagian besar Negara, operasi militer dilaksanakan oleh angkatan bersenjata. Namun, kepolisian atau pasukan keamanan bisa juga dilibatkan. Dalam pelibatan semacam itu, kepolisian atau pasukan keamanan tetap bertanggung jawab atas penegakan hukum.⁵⁰⁸

Konflik internasional merupakan suatu pertikaian atau sengketa yang terjadi antara dua negara atau lebih yang diakibatkan oleh suatu permasalahan tertentu. Dalam hubungan internasional, konflik dan kekerasan merupakan isu atau topik menarik yang terus berkembang sebagai bentuk-bentuk interaksi antar "aktor" internasional. Mahkamah Internasional mengungkapkan pendapat hukumnya (*advisory opinion*) dalam kasus *Interpretation of Peace Treaties* (1950, ICJ Rep.65) bahwa untuk menyatakan ada tidaknya suatu konflik internasional harus ditentukan secara objektif. Menurut Mahkamah, konflik internasional merupakan suatu situasi ketika dua negara mempunyai pandangan yang bertentangan mengenai dilaksanakan atau tidaknya kewajiban-kewajiban yang terdapat dalam perjanjian.⁵⁰⁹

Upaya-upaya penyelesaian terhadap suatu konflik tadi telah menjadi perhatian yang cukup penting di masyarakat internasional sejak awal abad ke-20, yaitu dengan cara persuasif atau jalan damai (*persahabatan*). Upaya-upaya ini ditujukan untuk menciptakan hubungan antar negara yang lebih baik lagi berdasarkan prinsip perdamaian dan keamanan internasional. Jika dilihat

⁵⁰⁷ Mohammed Bedjaoui (General Editor), *International Law: Achievements and Prospects*, Unesco-Paris & Martinus Nijhoff Publishers-Dordrecht, Boston, London, 1991, hlm. 718.

⁵⁰⁸ ICRC, *Kekerasan dan Penggunaan Kekerasan*, hlm. 25. Lihat dalam <http://icrcjakarta.info/download/Kekerasan%20dan%20Penggunaan%20Kekuatan.pdf>, diakses pada tanggal 25 Desember 2012.

⁵⁰⁹ Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm. 2.

keamanan kolektif berarti bahwa setiap negara yang melakukan agresi atau berusaha menyerang negara lain secara langsung akan berhadapan dengan sanksi-sanksi militer, ekonomi, serta diplomatik yang ditetapkan oleh banyak negara yang ada di dunia. Dengan begitu dari keamanan kolektif diharapkan mampu menciptakan dunia yang bebas dari perang.

Hukum Internasional menghendaki adanya suatu pemerintahan yang stabil dan efektif untuk memudahkan hubungannya atau penerapannya dengan negara yang bersangkutan.⁵¹⁰ Pada dasarnya ketentuan hukum internasional telah melarang penggunaan kekerasan dalam hubungan antar negara seperti yang dicantumkan dalam Pasal 2 ayat (4) Piagam PBB.

Hampir keseluruhan kaedah dalam hukum internasional bersumber dari perjanjian-perjanjian internasional (sumber hukum utama) yang disepakati oleh Negara-negara (Law making treaties),⁵¹¹ termasuk dalam menyelesaikan masalah konflik internasional dan menyebabkan terjadinya perang. Implementasinya terhadap konflik internasional serta akibat-akibat yang ditimbulkan bahwa pertama sekali dapat mengacu pada ketentuan Piagam PBB yang menunjukkan pembentukan organisasi internasional PBB bertujuan untuk memelihara perdamaian dan ketertiban internasional. PBB yang beranggotakan Negara merdeka dan berdaulat diwajibkan untuk tunduk pada ketentuan ini. Selain itu juga, bagi Negara yang bukan anggota juga wajib ikut serta dalam upaya memelihara perdamaian dan keamanan internasional, seperti yang terdapat dalam Pasal 1 ayat (6) Piagam PBB. Sebagai tindak lanjut terhadap konflik internasional, PBB sebagai organisasi internasional yang bertugas menjaga perdamaian dan ketertiban dunia telah melakukan kebijakan-kebijakan yaitu antara lain mengeluarkan resolusi Dewan Keamanan PBB untuk mengadakan gencatan senjata diantara kedua negara yang sedang konflik. konflik-konflik dan kadang-kadang diselesaikan dengan kekerasan, misalnya negara yang lebih kuat secara militer, ekonomi dan politik menyerang atau mengagresi negara lawannya yang lebih lemah. Jika negara yang diserang atau diagresi tersebut mengadakan pembalasan dengan menggunakan kekerasan bersenjata, maka terjadilah konflik bersenjata internasional (international armed conflict). Jika sudah terjadi perang atau kontak senjata, maka selanjutnya hukum perang dan hukum humaniterlah yang berperan²¹, mengacu pada Konvensi Geneva 1949 yang mengatur mengenai perlindungan terhadap korban perang. Dengan ditambahkan lagi aturan Protokol Tambahan 1977 sebagai suatu penyesuaian terhadap perkembangan pengertian konflik bersenjata, pentingnya perlindungan yang lebih lengkap lagi bagi mereka yang luka, sakit dan korban karam dalam suatu peperangan, serta antisipasi terhadap perkembangan mengenai alat dan cara berperang²².⁵¹² Kedua aturan hukum internasional tersebut diatas merupakan instrumen hukum humaniter yang

⁵¹⁰ Boer Mauna, *op.cit.*, hlm. 22.

⁵¹¹ Boer Mauna, *op cit.*, hlm. 9.

⁵¹² Abdul Rahman dkk, *Diktat Hukum Humaniter*, 2008, hlm. 33.

pada dasarnya bertujuan untuk memberikan perlindungan terhadap kombatan maupun penduduk sipil dari penderitaan yang tidak perlu, menjamin hak asasi manusia yang sangat fundamental bagi mereka yang jatuh ke tangan musuh, serta mencegah dilakukannya perang secara kejam tanpa mengenal batas.⁵¹³

1. Intervensi

Kata intervensi kerap kali dipakai secara umum untuk menunjukkan hampir semua tindakan campur tangan oleh satu negara dalam urusan negara lain.⁵¹⁴

Ketentuan piagam tersebut dengan jelas menyatakan bahwa dalam hubungan antar negara tidak diperbolehkan adanya intervensi. Pengaturan tersebut semakin dikuatkan dengan resolusi majelis umum PBB no 2625 (XXV) yang dikeluarkan tanggal 24 Oktober 1970, yang kemudian diterima sebagai Deklarasi Majelis Umum Tentang Prinsip-Prinsip Hukum International Mengenai Hubungan Persahabatan dan Kerjasama Antar negara yang Berkaitan dengan Piagam PBB.⁵¹⁵

Dalam praktek negara-negara dewasa ini, prinsip-prinsip tersebut kerap dilanggar dengan alasan-alasan kemanusiaan. Intervensi kemanusiaan di Irak tahun 1991, Somalia tahun 1992 dan Kosovo tahun 1999 dapat dijadikan bukti bahwa doktrin tersebut telah dilakukan oleh negara-negara dalam hubungan internasionalnya. Intervensi kemanusiaan mendapatkan legitimasinya menurut para pendukungnya berdasarkan penafsiran atas Pasal 2 (4) Piagam PBB.⁵¹⁶

Pasal 2 (4) bukanlah sebuah larangan yang absolut, melainkan sebuah batasan agar sebuah intervensi tidak melanggar kesatuan wilayah (territorial integrity), kebebasan politik (political independence) dan tidak bertentangan dengan tujuan PBB (in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations). Kesatuan wilayah dimaksudkan jika sebuah negara kehilangan wilayahnya secara permanen sedangkan dalam intervensi kemanusiaan pihak yang melakukan intervensi tidak mengambil wilayah negara secara permanen, tindakan tersebut hanya untuk memulihkan hak asasi manusia.⁵¹⁷ Intervensi kemanusiaan tidak melanggar kebebasan politik sebuah negara. Tindakan tersebut hanya bertujuan untuk memulihkan hak asasi manusia pada suatu negara. Setiap negara dan penduduknya tetap memiliki kebebasan politik. Atas asumsi ini intervensi kemanusiaan tidak melanggar piagam PBB. Hal yang sama juga dikemukakan oleh

⁵¹³ Frederic de Mullinen, *Handbook on the law of the War for Armed Forces*, ICRC, Geneve, 1987, hal 2 (sebagaimana dikutip dari Abdul Rahman, Suhaidi, *Ibid.*, hlm. 12).

⁵¹⁴ J. L. Brierly, *The Law of Nations (an Introduction to the International Law of Peace)*, 5th Edition, Clarendon Press, Oxford, 1955, hlm. 308.

⁵¹⁵ <http://senandikahukum.wordpress.com/2009/01/13/doktrin-intervensi-kemanusiaan-dalam-hukum-internasional/>. pada 3 juli 2009 15:30:01

⁵¹⁶ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Second Edition, Cambridge University Press, Australia, 1994, hlm. 89.

⁵¹⁷ Anthony D'Amato, *There is no Norm of Intervention or Non Intervention in International Law*, *International Legal Theory*, ASIL, 2001, hlm.20.

Teson, menurut beliau kekerasan bersenjata hanya dilarang oleh PBB jika melanggar⁵¹⁸:

1. when it impairs the territorial integrity of the target state;
2. when it affects its political independence; or
3. when it is otherwise against the purposes of the United Nations.

Intervensi kemanusiaan dapat dikatakan sah apabila tidak melanggar batasan yang ditentukan oleh ketentuan Pasal 2 ayat (4). Legalitas intervensi kemanusiaan kemudian juga dihubungkan dengan tujuan PBB untuk menghormati hak asasi manusia (Pasal 1 (3) Piagam PBB). Menurut D'Amato, sejak tahun 1945 dan lahirnya konvensi tentang pelarangan genosida, deklarasi HAM universal, maka kewenangan negara untuk bertindak sewenang-wenang atas warganya telah dibatasi. Batas teritorial sudah tidak menjadi permasalahan dalam pelaksanaan dan perlindungan HAM.⁵¹⁹

Kedaulatan negara yang biasanya menjadi alasan bahwa intervensi kemanusiaan tidak dapat dibenarkan berdasarkan hukum internasional secara kontekstual telah gagal. Pendapat ini diberikan oleh Hans Kelsen, menurut beliau, bahwa tujuan adanya hukum internasional adalah untuk membatasi kedaulatan negara itu sendiri.⁵²⁰

Sejak individu menjadi subyek hukum internasional, maka sebenarnya kedaulatan negara itu diperoleh dari individu yang mendelegasikan kewenangannya kepada negara.⁵²¹

Jadi, ketika negara telah melanggar hak-hak individu, maka para individu tersebut dapat meminta bantuan kepada pihak lain (negara) untuk memulihkan hak-hak mereka. Pada saat itulah intervensi kemanusiaan menjadi eksis dan timbul kewajiban negara untuk melakukan kerjasama (bantuan) antara mereka untuk melindungi dan mempromosikan hak asasi manusia. Praktek-praktek negara saat ini juga telah menimbulkan sebuah preseden, bahwa intervensi kemanusiaan dapat dianggap sebagai kebiasaan internasional. Intervensi kemanusiaan merupakan sebuah kewajiban tiap-tiap negara. Doktrin tersebut bukan merupakan hak seperti hak membela diri. Doktrin tersebut menjadi eksis ketika terjadi sebuah pelanggaran terhadap hak asasi manusia. Intervensi tersebut dapat dilakukan baik secara individual maupun kolektif.⁵²²

2. Bela Diri

Definisi tradisional hak pembelaan diri dalam adat internasional timbul dari kasus *Caroline*. Sengketa berpusat pada sebuah insiden pada 1837 ketika raktay Inggris menyita dan menghancurkan sebuah kapal dipelabuhan Amerika. Hal

⁵¹⁸ Eric Adjei, *The Legality of Humanitarian Intervention*, Tesis, University of Georgia, 2005, hlm. 29.

⁵¹⁹ Anthony D'Amato, *op.cit.*, hlm. 21.

⁵²⁰ *Ibid.*, hlm. 20.

⁵²¹ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (alih bahasa oleh Somardi), Bee Media, Jakarta, 2007, hlm. 414-415.

⁵²² *Ibid.*

ini terjadi karena Caroline memasok kebutuhan kelompok-kelompok warga Amerika yang selama itu melakukan serangan ke teritori Kanada. Dalam korespondensi dengan pemegang kekuasaan Inggris sesudah insiden terjadi, Menteri Luar Negeri Amerika Serikat merumuskan dasar-dasar pembelaan diri. Kebutuhan akan pembelaan diri tanpa pilihan cara lain dan tidak ada waktu untuk berdeliberasi. Tak hanya kondisi-kondisi itu harus ada sebelum pembelaan diri dapat disahkan, tetapi juga tindakan yang diambil sesuai dengan pembelaan diri tersebut rasional dan tidak boleh berlebihan, sebab meskipun dibenarkan oleh kebutuhan pembelaan diri, harus dibatasi oleh kebutuhan itu dan harus tetap menjaga batas-batasnya. Asas-asas ini telah diterima oleh pemerintah Inggris dan diakui sebagai bagian dari adat internasional.⁵²³

Pasal 51 Piagam PBB menetapkan bahwa "Tidak ada satupun hal dalam Piagam saat ini yang boleh mengganggu hak inheren pembelaan diri individual atau kolektif jika terjadi serangan bersenjata terhadap salah satu negara anggota PBB sampai Dewan Keamanan mengambil tindakan-tindakan yang diperlukan untuk mempertahankan kedamaian dan keamanan internasional."⁵²⁴ Tindakan yang diambil negara anggota dalam melaksanakan hak pembelaan diri tersebut harus segera dilaporkan kepada Dewan Keamanan dan tidak boleh mempengaruhi otoritas dan tanggungjawab Dewan Keamanan dibawah Piagam sekarang untuk sewaktu-waktu mengambil tindakan yang dianggap perlu guna mempertahankan atau memulihkan kedamaian dan keamanan internasional.⁵²⁵

Ada kontroversi mengenai luas jangkauan hak pembelaan diri berdasarkan Pasal 51. Namun, Mahkamah Internasional didalam kasus *Nicaragua* jelas menetapkan bahwa hak pembelaan diri ada sebagai hak inheren dibawah adat internasional dan Piagam PBB. Pasal 51 Piagam baru bermakna dengan alasan bahwa ada hak pembelaan diri alami atau inheren sulit dipahami kecuali sebagai adat, meskipun muatannya telah dibenarkan dan dipengaruhi oleh Piagam, oleh sebab itu, tidak mungkin diputuskan bahwa Pasal 51 adalah ketentuan yang termasuk dan mengikuti adat internasional.⁵²⁶

Dalam perjalanan sejarah, hak-hak negara untuk angkat senjata membela diri dari kekuatan asing sudah ditetapkan dengan resmi sebagai aturan adat internasional. Namun, pasal 51 juga merujuk "hak inheren... pembelaan diri kolektif", karena itulah timbul persoalan tentang sejauh mana suatu negara boleh menggunakan paksaan dalam membela diri terhadap negara lain. Meski begitu, gagasan pembelaan diri individual didalam kerangka traktat atau institusi khusus, seperti diusulkan beberapa penulis atau mungkin merupakan dasar-dasar sistem keamanan regional komprehensif. Gagasan pembelaan diri kolektif bisa menimbulkan masalah-masalah hukum jika Islandia menggunakan paksaan untuk

⁵²³ Malcolm N. Shaw, *Op. Cit.*, hlm. 1131.

⁵²⁴ Ramesh Thakur and Dipankar Benerjee, *Democratic Accountability and Use of Force in International Law*, Cambridge Univesity Press, New York, 2003, hlm. 198

⁵²⁵ Malcolm N. Shaw, *Op. Cit.*, hlm. 1131.

⁵²⁶ *Ibid.*, hlm. 1134

membela kepentingan-kepentingan Turki, sebab aksi-aksi terhadap Turki sama sekali tidak dapat membenarkan reaksi bersenjata dari Islandia sesuai dengan hak pembelaan diri individualnya. Organisasi seperti NATO dan Pakta Warsawa yang dibentuk usai Perang Dunia Kedua, khususnya didasarkan pada hak pembelaan diri kolektif yang didasarkan pada pasal 51 Piagam PBB. Dengan perjanjian seperti itu, serangan terhadap satu anggota dianggap sebagai serangan kepada semua orang sehingga menghasilkan kesimpulan bahwa pembelaan diri kolektif lebih dari kumpulan hak pembelaan individual, melainkan ciptaan yang sepenuhnya lain. Pendekatan ini menemukan dukungan dalam kasus *Nicaragua*. Mahkamah menekankan bahwa hak pembelaan diri kolektif memang sudah ditegakkan dalam adat tetapi menambahkan bahwa pelaksanaan hak itu tergantung pada deklarasi sebelumnya dari negara bersangkutan bahwa negara tersebut menjadi korban serangan bersenjata maupun permintaan bantuan dari negara korban. Selain itu, mahkamah menegaskan bahwa "penggunaan paksaan oleh suatu negara kepada negara lain, dengan alasan bahwa negara lain telah melakukan perbuatan melawan hukum, yaitu paksaan terhadap negara pihak ketiga, dianggap sah dengan pengecualian jika ada perbuatan melawan hukum yang berbentuk serangan bersenjata."⁵²⁷

Agar dapat menggunakan paksaan dalam pembelaan diri, suatu negara harus sanggup membuktikan bahwa negara tersebut telah menjadi korban suatu serangan bersenjata dan menanggung beban pembuktian. Meski demikian, perlu pembuktian bahwa negara yang berusaha menggunakan paksaan dalam pembelaan diri itu telah diserang dengan sengaja dalam serangkaian insiden yang dibahas Mahkamah dalam kasus *Oil Platforms*, disebutkan bahwa tak satupun serangan-serangan itu dikhususkan dan sengaja ditujukan kepada AS. Dalam upaya menentukan seberapa serius serangan itu untuk bisa mengesahkan respon pembelaan diri, Mahkamah dalam kasus *Nicaragua* membedakan "*the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms*" dan pembedan ini ditegaskan kembali dalam kasus *Oil Platforms*. Meski demikian, alam banyak kasus, sulit ditentukan kapan suatu serangan bersenjata dimulai agar memenuhi syarat-syarat dalam Pasal 51 dan penggunaan paksaan dalam pembelaan diri. Meskipun jelas bahwa hak pembelaan diri berlaku untuk serangan bersenjata yang dilakukan negara lain, timbul pertanyaan hak pembelaan diri tersebut akan berlaku atau tidak sebagai respon terhadap serangan entitas bukan negara. Jika negara sendirilah yang telah mengutus sekelompok orang bersenjata untuk melaksanakan aksi angkatan bersenjata dengan kekuatan yang sama dengan serangan aktual yang dilakukan angkatan bersenjata reguler, maka paksaan dalam pembelaan diri bisa digunakan dengan sah.⁵²⁸

Invasi Irak terhadap Kuwait pada 2 Agustus 1990 menimbulkan isu pembelaan diri kolektif dalam konteks respon negara-negara yang bersekutu dalam koalisi untuk mengakhiri penaklukan dan pendudukan itu. Pemerintah Kuwait

⁵²⁷ *Ibid.*, hlm. 1147.

⁵²⁸ *Ibid.*, hlm. 1134

dipengasingan memohon bantuan dari negara-negara lain. Meskipun aksi bersenjata sejak 16 Januari 1991 dilakukan sesuai resolusi-resolusi Dewan Keamanan PBB, sebenarnya masih diperdebatkan hak pembelaan diri kolektif yang juga relevan dalam konteks ini.⁵²⁹

Beberapa hak murni bersifat kolektif, seperti hak penentuan nasib sendiri atau perlindungan kelompok dari kekerasan genosida, sedangkan hak lain merupakan manifestasi kolektif hak-hak individu, seperti hak orang yang tergolong kelompok minoritas untuk melaksanakan budaya sendiri dan mempraktekkan agama atau menggunakan bahasa mereka sendiri.⁵³⁰ Negara, kelompok dan individu memiliki hak dan kepentingan sah yang tidak boleh diabaikan, semua berada didalam kepentingan negara yang tidak boleh diabaikan. Semua yang berada didalam negara harus memastikan efisiensi fungsi negara secara konsisten dengan penghormatan hak kelompok dan individu.⁵³¹

Mahkamah internasional melalui *Advisory Opinion* dalam kasus *Construction of a Wall* tampaknya menggunakan hal yang sekilas tampak sebagai pendekatan yang sangat restriktif engga menyebutkan bahwa pasal 51 mengakui hak inheren pembelaan diri dalam hal serangan bersenjata oleh satu negara terhadap negara lain.⁵³² Barangkali mengejutkan mengingat perkembangan praktek negara menyangkut terorisme internasional, teutama perbuatan teroris itu merupakan serangan bersenjata menurut Piagam PBB ataukah menurut adat. Setelah serangan 11 September 2001 terhadap World Trade Center di New York, Dewan Keamanan menyetujui Resolusi 1368 yang secara khusus menyebutkan hak inheren pembelaan diri individual atau kolektif sesuai dengan Piagam. Resolusi 1373 (2001) meneguhkan kembali hal itu dan dibawah ketentuan Bab VII Piagam PBB menyetujui serangkaian keputusan yang mengikat termasuk ketentuan yang diperlukan untuk mencegah aksi teroris. Resolusi-resolusi mengikat Dewan Keamanan yang mengumumkan terorisme internasional sebagai ancaman terhadap kedamaian dan keamanan internasional yang hak pembelaan diri akan berlaku terhadapnya itu sudah sedemikian rupa sehingga mendorong kesimpulan bahwa serangan berskala besar oleh entitas bukan negara boleh disamakan dengan serangan bersenjata yang termasuk makna Pasal 51 tanpa keharusan menghubungkan serangan tersebut dengan negara lain sehingga membenarkan penggunaan paksaan dalam pembelaan diri oleh negara-negara yang diserang.⁵³³

3. Reprisal

Pembalasan (Reprisal) adalah perbuatan yang sifatnya sendiri terlarang dan pernah digunakan suatu negara sebagai pembalasan untuk penugasan suatu perbuatan terlarang yang sebelumnya dilakukan negara lain. Maka reprisal berbeda

⁵²⁹ *Ibid.* hlm. 1147

⁵³⁰ *Ibid.*, 281.

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² *Ibid.*, hlm. 1135.

⁵³³ *Ibid.*, hlm. 1136.

dari perbuatan retorsi, yang retorsi sendiri merupakan perbuatan sah. Kasus kasik mengenai hukum reprisal ialah *Naulilaa* diantara Portugal dan Jerman pada 1928. Sengketa ini menyangkut serangan militer Jerman terhadap koloni Angola, yang menghancurkan properti sebagai pembalasan atas pembunuhan tidak sengaja tiga warga Jerman secara sah di wilayah teritorial Portugal. Dalam membahas klaim Portugal untuk mendapatkan kompensasi, tribunal menegaskan bahwa sebelum reprisal bisa dilaksanakan, harus ada justifikasi yang memadai dalam bentuk perbuatan sebelumnya yang bertentangan dengan hukum internasional. Reprisal harus didahului dengan tuntutan yang belum dipenuhi akan tindakan perbaikan, kemudian disusul dengan pengertian mengenai proporsi antara pelanggaran dan reprisal. Bahkan klaim Jerman bahwa perbuatannya sudah sah ditolak dengan tiga alasan. Aturan-aturan umum itu masih berlaku tetapi diinterpretasikan menurut larangan penggunaan paksaan yang diajukan Pasal 2 ayat 4 Piagam PBB. Maka reprisal tanpa paksaan (countermeasure) tetap boleh dilaksanakan dengan sah, sedangkan reprisal yang melibatkan angkatan bersenjata mungkin sah jika digunakan sesuai dengan hak pembelaan diri. Karena itu, reprisal yang dilakukan dalam masa damai dilarang oleh hukum, kecuali jika tergolong kerangka asas pembelaan diri, bahkan terkadang kebiasaan blockade berkembang sepanjang abad kesembilan belas dan digunakan secara luas sebagai penerapan paksa terhadap negara-negara yang lemah. Beberapa ahli masih tak sepaham dengan tidak adanya perang atau permusuhan bersenjata, kapal-kapal negara pihak ketiga mungkin bebas dari blokade tersebut.⁵³⁴

4. Retorsi

Retorsi adalah penggunaan perbuatan tidak bersahabat dan merugikan suatu negara, tetapi tidak melanggar hukum, sebagai metode pembalasan terhadap aktivitas legal negara lain yang merugikan. Contohnya pemutusan hubungan diplomatik, pengusiran atau kontrol restriktif terhadap orang asing, juga berbagai restriksi ekonomi dan larangan perjalanan. Retorsi adalah metode sah untuk menunjukkan ketidaksenangan dengan cara merugikan negara lain namun tetap dalam batas-batas keabsahan. Amendemen Hickenlooper untuk *American Foreign Assistance Act* sering dikutip sebagai contoh retorsi sebab mewajibkan Presiden Amerika Serikat menunda bantuan asing bagi negara manapun yang menasionalisasikan property milik Amerika tanpa kompensasi yang sepatutnya. Prosedur ini hanya berlaku sekali, terhadap Ceylon (sekarang Sri Lanka) pada 1963, dan secara efektif sudah dicabut dengan *American Foreign Assistance Act* 1973. Tampaknya retorsi juga mencakup contoh perbuatan sah yang dilakukan sebagai pembalasan terhadap suatu aktivitas melanggar hukum yang terjadi lebih dahulu.⁵³⁵

⁵³⁴ *Ibid.*, hlm. 1129.

⁵³⁵ *Ibid.*

IMUNITAS KEDAULATAN NEGARA

A. Pengantar

Kedaulatan negara dalam hubungan antarnegara sering muncul dalam praktik pengadilan di luar negeri, yaitu dalam permasalahan apakah suatu negara yang berdaulat masih mendapatkan hak imunitas kedaulatannya (*sovereign immunity*) di hadapan forum pengadilan asing.⁵³⁶

Prinsip imunitas kedaulatan berakar dari abad ke-12 dalam sistem feodal di Inggris. Sistem imunitas kedaulatan ini didasarkan atas tidak dapat dilakukannya pemaksaan terhadap seorang bangsawan atau raja di hadapan pengadilan-pengadilan mereka, lebih dari sekedar apaham abstrak yang menyatakan "raja tidak dapat dipersalahkan" (*the king can do no wrong*). Karena sistem feodal memasukkan kemungkinan raja tidak dapat dipersalahkan, maka pada abad ke-13 lahir suatu petisi tentang raja. Petisi ini melahirkan suatu mekanisme untuk mengelilingi hak imunitas pribadi dari segala tuntutan.⁵³⁷

Pada abad ke-16 konsep imunitas kedaulatan berubah yaitu dari imunitas tuntutan menjadi premis, bahwa penguasa tidak dapat berbuat salah. Thomas Hobbes dan Jean Bodin menetapkan suatu kedudukan bahwa raja berada di atas undang-undang, dalam arti bahwa ia adalah pembentuk undang-undang yang di tunjuk oleh tuhan. Jadi, raja bukanlah subyek untuk direndahkan dari tuntutan oleh subyek-subyek yang dibentuknya. Perubahan yang fundamental ini dalam pandangan raja.

B. Negara Dalam Status "Iure Imperii" dan "Iure Gestiones"

Di negara-negara Anglo Saxon pada permulaannya hakim memegang teguh kedua doktrin imunitas ini. Apabila suatu perbuatan berasal dari negara berdaulat yang diakui oleh pemerintah negara mereka, maka hakim di negara-negara Anglo Saxon merasa tidak mempunyai wewenang untuk mengadakan

⁵³⁶ Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Hukum Internasional (Bunga Rampai)*, Cetakan Pertama, PT. Alumni, Bandung, 2003, hlm. 43.

⁵³⁷ Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Imunitas Kedaulatan Negara Di Forum Pengadilan Asing*, Cetakan Pertama, PT. Alumni, Bandung, 1999, hlm. 123.

pengujian terhadap tindakan negara tersebut yang telah dilakukannya sebagai suatu negara berdaulat. Dengan perkataan lain, apakah negara yang digugat itu telah melakukan perbuatannya sebagai negara (dalam arti sebagai suatu kesatuan yang berdaulat) dan dengan demikian negara tersebut bertindak dalam kualitasnya sebagai "*iure imperii*", ataukah negara tersebut telah bertindak sebagai suatu entitas yang melakukan tindakan perdata sebagaimana perorangan dan dengan demikian berada dalam kualitas "*iure gestiones*" akan ditentukan oleh kualitas negara dalam penampakan dirinya.⁵³⁸

C. Imunitas Kedaulatan Negara dan Doktrin Tindakan Negara

Dalam hukum internasional dijelaskan bahwa imunitas negara berkaitan dengan ketentuan-ketentuan hukum dan prinsip-prinsip hukum yang menentukan kondisi-kondisi dimana suatu negara asing boleh mengklaim bebas dari yurisdiksi (kekuasaan legislatif, yudikatif dan administratif) negara lainnya. Hal ini seringkali disebut dengan istilah "*forum state*".⁵³⁹

Dari sudut istilah, imunitas negara memiliki arti bahwa terhadap setiap negara berdaulat, yurisdiksi negara lain tidak bisa diperlakukan kepadanya atau dengan kata lain secara khusus pengadilan suatu negara tertentu tidak dapat mengadili negara lain. Hal tersebut dikarenakan menurut hukum internasional setiap negara mempunyai kedaulatan dan persamaan kedudukan. Oleh karena itu adalah tidak sepatasnya atau tidak benar hakim-hakim satu negara mengadili negara lain sebagai tergugat.²⁴

Doktrin imunitas negara adalah suatu doktrin yang mengijinkan suatu negara menuntut imunitas atau kekebalan di depan pengadilan nasional negara asing berkaitan dengan penerapan hukum lokal negara asing yang bersangkutan. Negara dalam berbagai bentuk penampakan seperti departemen pemerintah, pejabat negara, kepala negara mampu melepaskan diri dari penerapan hukum nasional yang dilakukan oleh pengadilan nasional negara lain.⁵⁴⁰

Pengakuan umum terhadap imunitas negara didasarkan atas konsep kedaulatan. Karena negara adalah subyek yang merdeka dan sejajar satu sama lain maka tidak dapat ditundukkan di bawah yurisdiksi negara lain tanpa persetujuannya. Keberadaan imunitas negara menurut Alina Kaczorowska tidak dapat dilepaskan dari 2 prinsip utama,⁵⁴¹ yaitu prinsip *Par in parem non habet jurisdiction*, dan prinsip *non intervention* terhadap masalah dalam negeri negara lain. Pada prinsip yang pertama, legal persons dari subyek-subyek yang sejajar posisinya tidak dapat memperoleh penyelesaian sengketa di pengadilan nasional salah satu dari mereka. Prinsip ini didasari oleh prinsip persamaan kedaulatan dan kemerdekaan. Dengan demikian pihak yang berdaulat dari suatu negara asing

⁵³⁸ *Ibid.*, hlm. 149-150.

⁵³⁹ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Revised Ed, Routledge, London & New York, 1997, hlm. 118.

⁵⁴⁰ Martin Dixon, *Textbook on international law*, Blackstone Press Limited, London, 4th edition, 2000, hlm. 174.

⁵⁴¹ Alina Kaczorowska, *Public International Law*, London, Old Bailey Press, 2002, hlm. 139

dikecualikan dari yurisdiksi pengadilan nasional. Meskipun demikian dimungkinkan adanya penanggalan imunitas sehingga pengadilan nasional dapat memiliki yurisdiksi.⁵⁴² Adapun prinsip yang kedua menegaskan larangan untuk ikut campur terhadap urusan dalam negeri negara lain. Mengadili negara lain di depan pengadilan nasional akan dianggap melanggar prinsip ini.

Sejak pertengahan abad 19, prinsip imunitas kedaulatan telah diterima sebagai praktek umum di kebanyakan negara-negara modern di Eropa dan Amerika. Mayoritas pengadilan mereka menyetujui bahwa negara-negara asing harus dikecualikan dari pelaksanaan yurisdiksi teritorial setiap pengadilan nasional. Mereka juga mengakui bahwa dasar pengecualian tersebut berada dalam kedaulatan negara-negara itu sendiri. Dengan kata lain, dapat dikatakan bahwa dasar imunitas dalam hukum internasional dapat ditemukan dalam prinsip-prinsip kedaulatan, kemerdekaan, persamaan derajat, penghormatan terhadap negara-negara asing, ekstra teritorialitas, sopan santun dan fungsi diplomatik.⁵⁴³

Tujuan keberadaan doktrin imunitas negara untuk meningkatkan sopan santun dan hubungan baik antar negara melalui penghormatan atas kedaulatan negara lain. Kaedah imunitas kedaulatan negara menurut Starke mempunyai 2 aspek penting, yaitu imunitas dari proses pengadilan dan imunitas berkenaan dengan harta benda yang dimiliki negara asing atau pemegang kedaulatan negara asing.⁵⁴⁴

Imunitas dari proses pengadilan berarti bahwa pengadilan tidak dapat melakukan proses menuntut negara asing atau menarik negara-negara asing menjadi pihak dalam proses perkara yang bertentangan dengan kehendak mereka, baik yang menyangkut pemrosesan terhadap personalitas atau yang bertujuan untuk memulihkan harta kekayaan khusus atau kerugian-kerugian.⁵⁴⁵

Kedudukan hakim lebih tinggi dari tergugat dan hal tersebut bertentangan dengan prinsip persamaan kedudukan tersebut diatas. Selanjutnya dalam hukum internasional dikenal suatu prinsip yang mengatakan "par in parem non habet jurisdictionem", yang artinya bahwa setiap negara mempunyai kedudukan yang sama dan sejajar, tidak ada satu negara yang melaksanakan yurisdiksinya terhadap negara lain tanpa dengan persetujuan negara lain tersebut.

Dengan demikian, adanya kekebalan negara dipengaruhi oleh dua hal, yaitu kedaulatan negara (state sovereignty) dan persamaan kedudukan antar negara (equality of the states). Berdasarkan ajaran kedaulatan ini maka dalam setiap wilayah atau negara hanya berlaku satu macam hukum, yaitu hukum dari negara yang memiliki kedaulatan di wilayahnya tersebut. Hukum itu berlaku baik

⁵⁴² *Ibid.*, hlm.140

⁵⁴³ O'Connell, *International Law*, Vol II, 2th edition, London, Stevens & Sons Ltd, 1970, hlm. 842-844

⁵⁴⁴ JG. Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, Edisi kesepuluh, Buku I, dialihbahasakan oleh Bambang Iriana Djajatmmaadja, Jakarta, Sinar Grafika, 1992, hlm.282

⁵⁴⁵ *Ibid.*

terhadap orang-orang, benda-benda maupun perbuatan-perbuatan hukum yang dilakukan disana.⁵⁴⁶

Bagaimana suatu negara akan mengatur wilayahnya tidak dapat dicampuri oleh negara lain tanpa persetujuannya. Ini adalah prinsip teritorial, yang memberikan kepada setiap bangsa (negara) hak untuk menentukan nasibnya sendiri. Adapun dasar hukum dari persamaan kedaulatan dan kedudukan negara dapat ditemukan dalam pasal 1 ayat (2) Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa mengenai tujuan organisasi ini yaitu, untuk memajukan hubungan persahabatan antar bangsa-bangsa berdasarkan penghargaan atas asas persamaan hak dan hak bangsa-bangsa untuk menentukan nasibnya sendiri. Pasal 2 ayat (1) nya lebih lanjut menyatakan bahwa organisasi Perserikatan Bangsa-Bangsa ini berlandaskan pada asas-asas persamaan kedaulatan dari semua anggota-anggotanya.

Imunitas negara dari intervensi badan-badan peradilan negara lain pada hakekatnya meliputi imunitas dari yurisdiksi (*immunity from jurisdiction*) dan imunitas dari eksekusi (*immunity from execution*). Imunitas dari yurisdiksi asing berarti suatu negara yang berdaulat tidak tunduk ke dalam yurisdiksi negara lain atau kebal terhadap yurisdiksi negara asing. Sementara, yang dimaksud dengan kekebalan dari eksekusi pengadilan negara asing terutama berkenaan dengan hak milik dari negara yang berdaulat yang terletak di luar batas-batas wilayah negaranya. Artinya, hak milik dari suatu negara berdaulat yang berada dalam wilayah⁵⁴⁷ negara asing akan kebal dari eksekusi pengadilan negara tersebut. Misalnya mengenai imunitas atau kekebalan terhadap penyitaan aset milik kedaulatan besar suatu negara. Ketentuan-ketentuan mengenai imunitas negara ini berasal dari hukum kebiasaan internasional, meskipun terdapat pula dalam bentuk traktat-traktat internasional multilateral, seperti dalam Konvensi Eropa Mengenai Imunitas Negara tahun 1972 (*European Convention on State Immunity 1972*).⁵⁴⁸

Pada negara-negara, khususnya negara-negara yang menganut sistem hukum *Common law* atau pada negara-negara *anglo saxon* seperti Amerika Serikat, Inggris, dan Australia telah memiliki ketentuan hukum nasional yang secara khusus mengatur mengenai imunitas negara ini. Amerika Serikat dengan *Foreign Sovereign Immunities Act* tahun 1976, yang disingkat dengan (FSIA, Inggris dengan *State Immunity Act* tahun 1978 sering disingkat dengan (SIA), serta Australia dengan *Foreign States Immunities Act* tahun 1985.

Berkaitan dengan imunitas negara ini, dikenal dua bentuk teori hukum. Yang pertama adalah teori imunitas negara mutlak (*absolute sovereign immunity*), pada awalnya hukum kebiasaan mengenai imunitas negara berdasarkan pada teori hukum ini, Sebelum kemudian mengalami perkembangan. Yang kedua adalah teori

⁵⁴⁶ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Buku I, cet ke-7, Jakarta: Binacipta, 1988 hlm. 141.

⁵⁴⁷ Peter Malanczuk, *Op. Cit.*, hlm. 118.

⁵⁴⁸ Konvensi ini ditandatangani oleh 9 negara anggota Uni Eropa meliputi: Austria, Belgia, Siprus, Jerman, Luxemburg, Belanda, Portugal, Swiss dan Inggris. Dari ke-9 negara yang menandatangani hanya Portugal yang belum meratifikasinya.

imunitas negara relative (restrictive sovereign immunity) yang merupakan hasil dari perkembangan dari teori imunitas negara mutlak. Kedua teori imunitas negara ini ada terkait dengan adanya pembedaan antara tindakan-tindakan negara dalam kapasitasnya sebagai pemerintah atau tindakan-tindakan public, dikenal dengan istilah (acts iure imperii) dan tindakan-tindakan negara dalam kapasitasnya melakukan tindakan komersial atau dagang semata (act iure gestionis). Mengenai teori-teori imunitas negara ini selanjutnya penulis akan membahasnya dalam bagian sub bab dari bab II berikut ini secara lebih khusus dan terperinci.

B. Pengertian Imunitas

Di dalam melakukan studi terhadap hukum adalah penting untuk mengetengahkan pengertian. Kejelasan pengertian perlu untuk diperhatikan serta dipergunakan sebagai pedoman agar kesimpangsiuran maupun kesalahpahaman akan mungkin dapat dihindarkan di dalam melakukan studi terhadap hukum.⁵⁴⁹

Secara umum imunitas merupakan tejemahan dari kata "immunity" yang berarti kekebalan. Kekebalan berasal dari kata kebal yang dalam bidang hukum artinya tidak dapat dituntut.⁵⁵⁰29

Sementara itu dalam hukum internasional istilah imunitas atau immunity dikenal sebagai aturan-aturan dan prinsip-prinsip hukum mengenai hak-hak yang dimiliki oleh kategori orang-orang atau badan-badan tertentu, yang berdasarkan hukum internasional memperoleh kekebalan atau dikecualikan dari yurisdiksi negara lain.⁵⁵¹30

Menurut James R. Fox dalam buku *Dictionary of International and Comparative Law*, imunitas adalah kebebasan dari kontrol luar hak yang telah ada dan dimiliki oleh setiap negara berdaulat dari proses hukum atau aspek-aspek lainnya dari yurisdiksi teritorial negara lain. Secara prinsipil ada dua kategori imunitas, pertama imunitas yang dimiliki oleh negara asing yang disebut dengan imunitas negara (sovereign or state immunity) dan kedua imunitas yang diperoleh oleh perwakilan diplomatik negara asing (diplomatic immunity). Meskipun kedua kategori imunitas tersebut diatas sama-sama terkait erat dengan imunitas negara, namun keduanya tidak sama dan harus dibedakan satu sama lain. Disamping kedua kategori tersebut ada kategori lain yang berkembang cukup penting dan kiranya juga perlu untuk diperhatikan, yaitu imunitas yang dimiliki oleh suatu lembaga atau organisasi internasional.

C. Act of State Doctrine

Berkaitan erat dengan praktek dari teori sebelumnya, yaitu doktrin sovereign immunity, khususnya di Amerika Serikat dikenal prinsip lain yang

⁵⁴⁹ Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka, *Perihlm. Kaedah Hukum*, Cet. Ke-7, Bandung: Penerbit PT Citra aditya Bakti, 1981 hlm. 96.

⁵⁵⁰ W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, cet. Ke-5., Jakarta: PT. Balai Pustaka, 1976 hlm. 455.

⁵⁵¹ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7 rev. ed., London: Rout ledge, 1997. hlm. 119.

dinamakan "Act of State Doctrine". Berdasarkan doktrin ini maka badan-badan peradilan dari suatu negara tidak dapat mengadili perbuatan-perbuatan dari negara lain yang dilakukan dalam wilayahnya sendiri (bahkan meskipun tindakan tersebut jelas-jelas bertentangan dengan hukum internasional, menurut pandangan doktrin yang paling ekstrim).⁵⁵²

Doktrin ini berkembang dari yurisprudensi untuk mencegah tindakan-tindakan hakim pada bidang-bidang yang dianggap sensitif. Perlindungan terhadap tindakan-tindakan negara yang dilakukan di dalam wilayahnya sendiri adalah suatu hal yang dapat dimengerti, oleh karena campur tangan terhadap masalah ini merupakan pelanggaran terhadap kedaulatan negara, asas persamaan hak dan kedudukan serta kebebasan untuk menentukan nasib sendiri. Bagaimana halnya dengan tindakan-tindakan negara yang murni bersifat komersial? Sehubungan dengan hal tersebut di atas, yurisprudensi *Dunhill v Cuba* (425 US, 682, 698, 965 CD. 1854, 1863, 48 L. ED 24) menerangkan sebagai berikut :

"...Act of state doctrine memberikan perlindungan terhadap perbuatan-perbuatan yang termasuk "political act atau governmental act." Tetapi untuk "purely commercial operation" tidak diberikan perlindungan.⁵⁵³

Berdasarkan act of state doctrine ini, maka tindakan-tindakan negara yang mengandung unsur-unsur komersial masih mungkin untuk diberikan, hal mana dalam sovereign immunity hal tersebut tidak dimungkinkan. Menurut "act of state doctrine" tindakan-tindakan negara dapat diklasifikasikan sebagai berikut:

1. Act of State; Sovereign act atau tindakan publik; commercial act with sovereign component atau tindakan komersial yang mengandung unsur publik;
2. Purely commercial act atau tindakan yang murni komersial.

Dari penjelasan diantara kedua teori mengenai imunitas negara tersebut, maka dapat disimpulkan perbedaan diantara keduanya adalah sebagai berikut⁵⁵⁴:

1. Doktrin imunitas mempunyai sangkut paut dengan masalah yurisdiksi, sebaliknya act of state tidak;
2. "Sovereign Immunity" adalah asas dalam hukum internasional publik, sedangkan "act of state doctrine" tumbuh dari yurisprudensi guna mencegah tindakan-tindakan hakim dalam bidang yang sensitif;
3. "Sovereign immunity" hanya dapat diklaim oleh negara-negara yang terlibat dalam perkara sebagai tergugat. Sebaliknya, "act of state doctrine" dapat diklaim oleh negara maupun oleh pihak-pihak swasta, apabila tidak ada negara yang terlibat dalam perkara yang bersangkutan.

D. Teori-Teori Imunitas Negara

D.1. Teori Imunitas Negara Mutlak (Absolute Sovereign Immunity)

Teori imunitas negara mutlak atau absolute sovereign immunity, adalah suatu ajaran yang menerangkan bahwa negara dalam segala hal tidak dapat

⁵⁵² Malanczuk, Op. Cit., hlm. 122.

⁵⁵³ Sudargo Gautama, Soal-Soal Aktual Hukum Perdata Internasional, Op. Cit., hlm. 189.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 203

dilakukan gugatan terhadapnya di Pengadilan negara llian, tanpa persetujuan dari negara yang bersangkutan.⁵⁵⁵

Jadi mutlak, dengan kata lain tidak diberikan jalan sedikitpun membawa negara asing ke hadapan forum hakim nasional negara lain.⁵⁵⁶

Mengenai hal tersebut, tidak terdapat batasan terhadap tindakan-tindakan negara. Seperti apapun sifat tindakan negara tersebut, apakah termasuk tindakan komersial atau publik, tidak bisa digugat di hadapan forum pengadilan negara lain. Doktrin ini berasal dari hukum kebiasaan di abad ke-18 dan ke-19, dan di praktekkan oleh banyak negara pada masa tersebut. Teori ini lahir dari pandangan sarjana-sarjana hukum dan sarjana-sarjana di bidang politik mengenai tak terbatasnya dan tak terbaginya kedaulatan suatu negara.⁵⁵⁷

Selain itu doktrin ini bertujuan untuk memupuk persahabatan antara bangsa-bangsa, dan juga untuk memberikan peluang kepada wakil-wakil diplomatik negara lain untuk dapat melaksanakan fungsinya dengan baik di negara tempat ia ditugaskan.

Menurut teori ini, apabila pihak eksekutif suatu negara mengakui kedaulatan negara lain, maka hakim-hakimnya pun harus mengakuinya pula. Oleh sebab itu, dalam praktek di negara yang menganut teori imunitas negara absolut ini, apabila mereka telah mengakui suatu negara, maka hakim-hakimnya tidak akan mengadili tindakan-tindakan negara tersebut. Contoh kasusnya adalah Luther v. Sagor berkaitan dengan masalah nasionalisasi yang dilakukan oleh Pemerintah Revolusioner Rusia di tahun 1918 atas perusahaan-perusahaan kayu milik perseorangan. Pada saat masalah ini diajukan kepada mahkamah tingkat awal di Pengadilan Inggris, nasionalisasi yang dilakukan oleh Uni Sovyet (pada saat perkara tersebut diputuskan di pengadilan Inggris, Uni Sovyet belum memperoleh pengakuan dari pemerintah Inggris). Setelah kemudian Uni Sovyet diakui sebagai suatu negara berdaulat dan kemudian perkara, tersebut diajukan pada tingkat banding, nasionalisasi tersebut kemudian diakui keabsahannya.⁵⁵⁸

Beberapa negara yang pernah menganut, mendukung atau memiliki kecenderungan untuk memilih "absolute immunity" adalah Inggris, Amerika Serikat, Cekoslowakia, Estonia, Denmark, Polandia, Beraisil, Chili, Cina, Hungaria, Jepang, Luxemburg, Nowrwegia dan Portugal. Sedangkan Belanda, Swedia dan Argentina dianggap termasuk negara-negara yang memposisikan dirinya kurang jelas, karena terkadang menerapkan imunitas absolut dan ada kalanya menerapkan

⁵⁵⁵ Sudargo Gautama, *aneka Masalah Hukum Perdata Intrnasional*, Bandung: Alumni, 1985 hlm. 36.

⁵⁵⁶ M.N. Shaw, *International Law*, 3rd Ed., New York: Cambridge University Press, 1995, hlm. 433.

⁵⁵⁷ D.P. O'Connell, *International Law*, 2nd, London: Stevens & Sons, 1970, hlm. 644.

⁵⁵⁸ Sudargo Gautama, *Segi-segi Hukum Pada Nasionalisasi di Indonesia*, cet ke-5, Bandung: Penerbit Binacipta, 1987 hlm. 192.

imunitas terbatas "restrictive sovereign immunity". Sementara Jerman dianggap tidak jelas.⁵⁵⁹

Pada tahun 1926, terjadi perkembangan dan perubahan yang cukup besar di kalangan negara-negara pendukung "imunitas absolut". Perubahan tersebut terjadi dengan lahirnya "Konvensi Brussels Tentang Imunitas Kapal-kapal milik negara yang digunakan untuk tujuan komersial, imunitas/ kekebalan tidak berlaku, sehingga dapat digugat pengadilan negeri asing."⁵⁶⁰39

Perubahan-perubahan tersebut diatas lebih jelas dan tegas kemudian, setelah negara-negara penganut doktrin imunitas absolut mengeluarkan ketentuan-ketentuan hukum nasional khusus mengenai imunitas negara asing yang mengakhiri keberlakuan teori imunitas absolut.

D.2. Teori Imunitas Negara Terbatas (Restrictive Sovereign Immunity) Merupakan kelanjutan dari perkembangan teori imunitas absolut dan berkembang lebih lanjut dari teori imunitas negara. Teori ini pada awalnya dianut oleh Belgia, Italia, Swiss, Perancis, Austria, Mesir, Yunani, Paru dan Denmark. Perancis, Austria dan Yunani pada awalnya merupakan pendukung teori imunitas negara mutlak, akan tetapi menjelang abad ke-20 meninggalkannya dan menjadi negara yang menganut teori imunitas terbatas. Merupakan kebalikan dari imunitas absolut, teori imunitas terbatas (the restrictive Theory immunity) ini membatasi berlakunya imunitas negara. Menurut ajaran teori ini imunitas/ kekebalan negara kekebalan negara tersebut tidak tak terbatas. Sesuai dengan artinya, terbatas (restrictive), yang maksudnya dibatasi oleh beberapa kriteria. Selanjutnya dibawah ini akan dibahas mengenai beberapa teori tentang imunitas negara yang terbatas/relatief. Sovereign immunity merupakan kelanjutan dari teori imunitas absolut/mutlak yang berkembang dari kebiasaan antar bangsa ("customs among nations") dalam bidang kenegaraan (hukum publik). Apabila dalam absolute immunity imunitas negara bersifat mutlak, maka dalam sovereign immunity, imunitas kekebalan negara dari pengadilan negara lain telah dibatasi. Batasannya yakni untuk tindakan-tindakan negara yang publik (iure imperii) saja yang mempunyai imunitas/kekebalan, dalam hal tindakan-tindakan negara yang komersial (iure gestionis) tidak demikian halnya.

Dapat disimpulkan, berdasarkan "sovereign immunity" tindakan-tindakan negara dapat dibagi menjadi :

1. Tindakan-tindakan publik atau iure imperii, public act ataupun sovereign act dan;
2. Tindakan-tindakan dagang (komersial) atau juga disebut iure gestionis, private act, ataupun commercial act.

⁵⁵⁹ Hasil studi Departemen Luar Negeri Amerika Serikat tentang perkembangan teori kekebalan negara, yang dimuat dalam "Tate Letter" Dept. State Bull, 984 1952. Dikutip dari D.P. O'Connell, Op Cit., hlm. 857.

⁵⁶⁰ Ibid.

Di Amerika Serikat doktrin "sovereign immunity" ini pertama kali dinyatakan secara resmi sebagai United States Foreign Policy pada tahun 1952 sebagaimana diterangkan oleh "United District Court", Colifornia, Pendirian Amerika Serikat tersebut di atas selanjutnya ditegaskan kembali pada tahun 1976, dalam bentuk undang-undang tentang "Imunitas Negara Asing", Foreign Sovereign Immunity Act. Seperti diketahui, undang-undang khusus tersebut telah dijadikan sebagai salah satu dasar hukum oleh "District Court of California" .

E. Imunitas Kapal-kapal Pemerintah/Negara

Berkaitan dengan imunitas negara tersebut dalam hukum internasional, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya secara umum dikenal beberapa kategori orang-orang, badan-badan dan harta benda negara asing yang memiliki imunitas (kekebalan) negara atau dengan kata lain orang-orang, badan-badan dan harta benda milik negara tersebut dikategorikan sebagai "negara asing" sehingga memiliki imunitas negara (sovereign immunity). Salah satu kategori yang dimaksud tersebut adalah oleh kapal negara/pemerintah asing.

Yang dimaksud dengan "kapal-kapal negara/pemerintah" adalah kapal-kapal yang dimiliki oleh suatu pemerintah/negara. Dalam hal ini termaduk kapal-kapal perang, kapal-kapal pemerintah/negara tidak dipersenjatai yang digunakan untuk fungsi-fungsi pemerintahan dan kapal-kapal dagang negara.⁵⁶¹40

Bahkan dikarenakan tujuannya, suatu kapal swasta yang disewa oleh suatu negara untuk tujuan-tujuan publik, misalnya untuk mengangkut tentara, pengangkutan peralatan militer, adalah merupakan suatu kapal pemerintah/negara. Bukti karakter sebagai kapal pemerintah/negara diperlihatkan oleh bendera kapal bersama-sama dengan dokumen-dokumen kapal, misalnya surat pelayaran yang dikeluarkan dan ditandatangani oleh otoritas-otoritas negara pemilik kapal.⁵⁶²41

Terdapat dua teori mengenai yurisdiksi terhadap kapal-kapal pemerintah/negara asing⁵⁶³:42

a. Teori "pulau terapung" (floating island), menurut teori ini sebuah kapal pemerintah/ negara dianggap sebagai bagian dari wilayah negara yang memilikinya. Berdasarkan teori ini, yurisdiksi dari pengadilan teritorial negara lain dikesampingkan untuk semua tujuan apabila suatu tindakan dilakukan diatas kapal, atau terhadap pihak yang berasal yang berada di atas kapal itu.

b. Pengadilan teritorial suatu negara memberikan kepada kapal dan awak kapal serta isi kapal tersebut imunitas-imunitas tertentu yang tidak bergantung atas teori obyektif yang menyatakan bahwa kapal negara merupakan wilayah negara asing, tetapi atas suatu implikasi yang diberikan oleh hukum teritorial lokal. Imunitas-imunitas yang diakui oleh hukum lokal ini merupakan pengecualian dan sebaliknya dapat dihapuskan oleh negara pemilik kapal negara yang terkait.

⁵⁶¹ O'Connell, Op. Cit., hlm. 865.

⁵⁶² Starke, Op. Cit., hlm. 293

⁵⁶³ Ibid.

E.1. Kapal Perang

Semenjak hakim Marshall C.J. dalam kasus "The Schooner Exchange v. McFaddon"⁵⁶⁴ menyatakan bahwa "kapal negara/pemerintah yang dipersenjatai adalah termasuk bagian dari angkatan bersenjata negaranya", telah diterima dalam hukum internasional bahwa kapal perang memiliki imunitas/kekebalan dari kedaulatan negara lain. Imunitas/kekebalan yang dimiliki oleh sebuah kapal perang meliputi kapal perang, komandan kapal beserta anggota awak kapal. Namun demikian hal tersebut tidak berarti sebuah kapal perang yang mengunjungi suatu negara dapat mengabaikan peraturan-peraturan pelabuhan, sebab jika hal tersebut dilakukan maka kapal perang dapat diminta untuk meninggalkan pelabuhan. Imunitas yang dimiliki kapal perang tersebut diatas juga tidak berarti bahwa setiap peristiwa yang terjadi di atas kapal perang seakan-akan dianggap terjadi di luar wilayah negara pantai. Imunitas yang dimaksud disini adalah bahwa kapal perang tersebut tidak dapat ditahan atau dibebankan untuk membayar pajak, dan bahwa pihak berwenang negara pantai tidak memiliki wewenang dalam kaitan dengan terjadinya tindak pidana di atas kapal perang, kecuali apabila kapten kapal menyerahkan pelaku.

Selanjutnya awak kapal perang juga berhak menolak penahanan dari pihak berwenang negara pantai ketika ia telah berada di atas kapal perang, kecuali apabila negara bendera kapal perang kemudian melepaskan imunitas⁵⁶⁵ yang dimilikinya. Hal tersebut berbeda apabila anggota awak kapal perang sedang berada di darat, dimana awak kapal perang terikat terhadap yurisdiksi lokal negara pantai sama seperti halnya anggota angkatan bersenjata asing yang sedang berkunjung ke negara lain.⁵⁶⁶

E.2. Kapal Negara Yang Tidak Dipersenjatai Yang Digunakan Untuk Fungsi-Fungsi Pemerintahan

Yang dimaksud dengan kapal negara yang tidak dipersenjatai yang digunakan untuk fungsi-fungsi pemerintahan⁵⁶⁷ adalah kapal-kapal yang dikarenakan fungsi

⁵⁶⁴ Kasus ini mengenai dua orang warga negara Amerika Serikat, menggugat hak kepemilikan sebuah kapal perang Perancis yang sedang bersandar di pelabuhan Amerika Serikat (kapal tersebut sebelumnya adalah kapal dagang yang kemudian diubah menjadi kapal perang). Hakim C.J. Marshall menolak gugatan atas dasar bahwa kapal bersenjata negara asing yang sedang melaksanakan fungsi pemerintahan dikecualikan dari yurisdiksi negara lainnya, selain negara bendera kapal.

⁵⁶⁵ Contoh kasus pelepasan imunitas kapal perang adalah kasus "chung Chi Cheung v. R". Seorang warga negara Inggris, awak kapal dari sebuah kapal perang Cina, membunuh atasannya Seorang kapten kapal perang Cina, yang juga adalah Seorang warga negara Inggris, peristiwa tersebut terjadi di wilayah perairan Hongkong. Terdakwa yang juga terluka kemudian dilarikan ke rumah sakit di Hongkong. Pada waktu disidangkan terdakwa mengajukan pembelaan bahwa pengadilan Hongkong tidak berwenang mengadili perkaranya, karena tempat kejadian perkara terjadi di kapal perang asing, yang merupakan wilayah "ekstra tortitorial". Pemerintah Cina kemudian melepaskan imunitasnya.

⁵⁶⁶ D.P. O'Connell, Op. Cit., hlm. 865-866.

⁵⁶⁷ Istilah "Unarmed Ships Reserved For Governmental Functions" ini digunakan oleh O'Connell, *Ibid.*, sementara kalau merujuk pada ketentuan-ketentuan dalam Konvensi

dan tujuan penggunaannya, statusnya dianggap sama dengan kapal perang. Sebagai contoh adalah kapal layar atau yacht milik kepresidenan, kapal pengangkut tentara, dan kapal-kapal kecil yang digunakan untuk fungsi pemerintahan. Kapal-kapal demikian tersebut dikarenakan fungsinya itu diatas menikmati imunitas yang tidak jauh berbeda dengan kapal perang pada umumnya.⁵⁶⁸

E.3. Kapal Dagang Pemerintah / Negara Sebelum lahirnya Konvensi Brussel tahun 1926, sebagian besar negara-negara⁵⁶⁹ di dunia cenderung untuk menggunakan pendekatan imunitas yang sama antara kapal perang dan kapal dagang negara, alasannya pada waktu itu adalah karena mereka menganggap bahwa fungsi perdagangan yang dilakukan oleh pemerintah suatu negara pada dasarnya bertujuan untuk memelihara dan meningkatkan kesejahteraan ekonomi rakyat di masa damai, fungsi tersebut menurut pandangan mereka tidak kurang pentingnya bila dibandingkan dengan pemeliharaan dan pelatihan suatu angkatan laut. Sehingga apabila terhadap kapal dagang negara tidak diberikan suatu imunitas yang sama seperti kapal perang, maka negara pemilik kapal tersebut akan mengalami resiko menghadapi tuntutan, yang berarti akan menghambat pemenuhan dari tujuan negara itu sendiri.⁵⁷⁰

Sementara itu kelompok negara yang menentang⁵⁷¹ teori imunitas absolut terhadap kapal dagang negara dengan didukung oleh beberapa sarjana sebaliknya memberikan argumentasi-argumentasi sebagai berikut⁵⁷²:

1. Doktrin imunitas hak milik pemegang kedaulatan asing merupakan suatu konsesi terhadap kehormatan persamaan dan kemerdekaan negara-negara asing berdaulat dan timbul karena adanya komitas (comity) antara bangsa-bangsa. Tetapi adalah tidak sesuai dengan kehormatan negara-negara berdaulat apabila negara-negara tersebut masuk dalam kancah pasar perdagangan luar negeri dan *ratione cessante*, privilege imunitas itu harus dihapuskan.
2. Adalah tidak adil bagi warga negara teritorial yang terkait apabila suatu pemerintah asing diperkenankan menuntut mereka karena persoalan-persoalan yang timbul dalam perdagangan melalui pengangkutan laut, sementara pada saat yang sama negara tersebut menikmati imunitas absolut dari tuntutan-tuntutan in

Hukum Laut Teritorial Tahun 1958 dan Konvensi Hukum Laut Tahun 1982, maka terminology yang digunakan adalah "Government Ships Operated For Non-Commercial Purposes".

⁵⁶⁸ Ibid.

⁵⁶⁹ Negara-negara penganut imunitas absolute terhadap kapal dagang negara, antara lain adalah amerika Serikat dan Inggris.

⁵⁷⁰ Ibid., hlm. 295.

⁵⁷¹ Sementara itu kelompok negara yang menganut imunitas relative adalah antara lain; Perancis, Belgia, dan Belanda.

⁵⁷² Ibid., hlm. 296.

rem ataupun in personam. Setelah lahirnya Konvensi Brussel 1926,⁵⁷³ terjadi perubahan pandangan dari negara-negara yang sebelumnya mendukung imunitas kapal dagang negara.

Menurut ketentuan dalam Pasal 1 Konvensi Brussel tahun 1926, dinyatakan bahwa terhadap kapal-kapal yang dioperasikan oleh negara, berkenaan dengan klaim-klaim yang menyangkut operasi kapal-kapal atau pengangkutan kargo-kargo, tunduk pada kaedah tanggung jawab yang sama seperti halnya kapal-kapal yang dimiliki oleh pihak swasta. Dari ketentuan ini yang dikecualikan adalah kapal-kapal perang, kapal-kapal patroli pemerintah, kapal-kapal rumah sakit, dan kapal-kapal yang digunakan secara eksklusif untuk kepentingan pemerintahan dan non-komersial, serta kapal-kapal swasta yang disewa oleh negara untuk kepentingan pemerintah dan non-komersial.⁵⁷⁴

Bukti karakter bahwa kapal swasta tersebut sebagai kapal pemerintah/ negara yang digunakan untuk kepentingan pemerintah dan non-komersial diperlihatkan dari sertifikat yang ditandatangani oleh perwakilan diplomatik negara yang menyewa kapal tersebut.⁵⁷⁵

Konvensi Brussel ini kemudian mempengaruhi ketentuan-ketentuan hukum internasional lainnya. Salah satu ketentuan hukum internasional yang dipengaruhi oleh ketentuan-ketentuan Konvensi Brussel 1926 adalah Konvensi Hukum Laut Teritorial Jenewa tahun 1958. Menurut ketentuan pasal 21 dan 22 Konvensi Hukum Laut Teritorial Jenewa tahun 1958 dibedakan antara kapal dagang pemerintah/negara dan kapal pemerintah/negara yang dioperasikan untuk tujuan non-komersial. Selain itu dalam pasal 20 diizinkan pelaksanaan yurisdiksi perdata oleh negara teritorial terhadap kapal-kapal dagang pemerintah/negara. Sekarang ini hampir semua negara di dunia tidak lagi menggunakan pendekatan imunitas absolut terhadap kapal-kapal dagang milik negara.

F. Definsi Kapal Perang

F.1. Menurut Konvensi Hukum Laut Bebas Jenewa Tahun 1958 Adalah sesuatu yang tak dapat dipungkiri bahwa sebagian daripada ketentuan-ketentuan hukum laut internasional yang ada sekarang ini merupakan penjelmaan kebiasaan-kebiasaan dari negara-negara maritime besar. Salah satu kebiasaan-kebiasaan tersebut adalah termasuk ketentuan-ketentuan mengenai kapal perang.⁵⁷⁶

⁵⁷³ Konvensi dengan nama International Convention for Unification of Certain Rules Concerning the Immunities of Government Vessels (dikenal dengan Brussels Convention 1926), ditandatangani pada bulan April 1926, oleh sejumlah negara, termasuk Inggris, di Brussels, Belgia. Konvensi ini kemudian dilengkapi dengan protocol tahun 1934, dan mulai berlaku pada tahun 1937, namun hanya diratifikasi atau diaksesi oleh sejumlah kecil negara.

⁵⁷⁴ Pasal 3 ayat 1 Konvensi Brussel tahun 1926.

⁵⁷⁵ Pasal I Protokol Tambahan tahun 1934.

⁵⁷⁶ Sebelum definisi kapal perang dicantumkan dalam ketentuan hukum internasional beberapa negara maritime besar telah memiliki definisi kapal perang dalam ketentuan hukum nasionalnya.

Berawal dari kondifikasi Den Haag tahun 1930, kemudian sebagian besar dari kebiasaan-kebiasaan negara maritime tersebut selanjutnya dirumuskan menjadi ketentuan-ketentuan hukum laut internasional, termasuk didalamnya kebiasaan-kebiasaan mengenai kapal perang. Sejak Konferensi Kodifikasi Den Haag tahun 1930, istilah kapal perang dan kapal pemerintah atau negara telah diperkenalkan sebagai bagian dari hal yang menjadi obyek pengaturan dari hukum laut internasional. Dalam Konferensi Hukum Laut Jenewa tahun 1958, pengaturan mengenai kapal perang ini kemudian diatur secara lebih lanjut termasuk didalamnya diatur mengenai definisi kapal perang menurut hukum (laut) internasional.

Pasal 8 ayat (2) Konvensi Mengenai Laut Lepas Jenewa tahun 1958, memberikan definisi kapal perang yang berbunyi sebagai berikut :

"2. For the purposes of these articles, the term rship" means a ship belonging to the nazval forces of a state and bearing the external marks distinguishing warships of its nationality, under the command of an officer duly commisioned by the government and whose name appears in the Navy List, and manned by a crew who are under regular naval discipline."

Dengan memperhatikan pasal 8 ayat 2 tersebut, maka yang dimaksud dengan "kapal perang/ (warship)" adalah kapal yang dimiliki oleh angkatan laut suatu negara yang memakai tanda luar yang menunjukkan ciri khusus kebangsaan kapal tersebut, dibawah komando seorang perwira yang diangkat untuk itu oleh pemerintah negaranya dan namanya terdapat di dalam daftar dinas angkatan laut, dan yang diawaki oleh awak kapal yang tunduk pada disiplin angkatan laut reguler.

Dihubungkan dengan definisi "kapal perang" yang termuat dalam ketentuan-ketentuan hukum nasional negara-negara maritim besar seperti yang telah diterangkan sebelumnya diatas, tampak terlihat bahwa ketentuan mengenai definisi kapal perang yang terdapat dalam Konvensi Laut Lepas Jenewa tahun 1958, perumusannya banyak dipengaruhi oleh ketentuan-ketentuan hukum nasional negara-negara maritim besar atau bisa dikatakan berasal kebiasaan-kebiasaan negara-negara maritim besar.

F.2. Menurut Konvensi Hukum Laut PBB Tahun 1982

Konvensi Hukum Laut PBB tahun 1982 merupakan hasil dari usaha negara-negara di dunia untuk menghasilkan suatu kodifikasi di bidang hukum laut secara komprehensif. Penyempurnaan-penyempurnaan dilakukan dengan merujuk pada ketentuan-ketentuan hukum laut, yang terdapat di dalam konvensi-konvensi yang telah dihasilkan sebelumnya. Berkaitan dengan definisi "kapal perang", Konvensi Hukum Laut PBB tahun 1982 memberikan batasan mengenai definisi kapal perang dalam Pasal 29 yang berbunyi sebagai berikut:

"For the purposes of this convention, "warship" means a ship belonging to the armed forces of a state and bearing the external marks distinguishing such ships of its nationality, under the command of an officer duly commisioned by the

government of a state and whose name appears in appropriate service list, and manned by a crew who are under regular armed forces discipline.”

Yang dimaksud dengan “ kapal perang (warship)” berdasarkan pasal 29 tersebut diatas adalah kapal yang dimiliki oleh angkatan bersenjata suatu negara yang memakai tanda luar yang menunjukkan ciri khusus kebangsaan kapal tersebut, dibawah komando seorang perwira yang diangkat untuk itu oleh pemerintah negaranya dan namanya terdapat di dalam daftar dinas militer yang tepat atau daftar serupa, dan yang diawaki oleh awak kapal yang tunduk pada disiplin angkatan bersenjata.

Definisi ini berbeda dengan definisi “kapal perang” yang diatur dalam pasal 8 ayat 2 Konvensi Hukum Laut Lepas Jenewa tahun 1958. Karena batasan kapal perang berlaku tidak hanya terhadap kapal perang yang dimiliki oleh angkatan laut suatu negara saja, akan tetapi termasuk didalamnya kapal-kapal diluar yang dimiliki angkatan laut, selama kapal perang tersebut merupakan bagian dari pada angkatan bersenjata suatu negara. Digunakannya istilah “angkatan bersenjata” dan bukannya “angkatan laut” secara umum dimaksudkan untuk mengakomodasi penyatuan beberapa cabang angkatan bersenjata di berbagai negara, pengoperasian kendaraan air (kapal laut) oleh Angkatan Darat dan Angkatan Udara, dan munculnya “coast guard” (pengawas pantai) sebagai unit terpisah dari beberapa angkatan bersenjata beberapa negara.

G. Fungsi Kapal Perang

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya bahwa, secara umum fungsi utama kapal perang adalah melaksanakan operasi militer di wilayah laut dengan tujuan menghancurkan musuh di laut dengan menggunakan seluruh persenjataan dan perlengkapan yang dimiliki oleh kapal perang tersebut. Sebagai bagian dari sistem senjata dasar bagi suatu angkatan laut, kapal perang, memiliki beberapa fungsi tertentu, terdiri atas⁵⁷⁷:

a. Fungsi militer (military functions)

Di dalam fungsi ini kapal perang (angkatan laut) melaksanakannya baik pada masa damai maupun pada masa perang. Pada masa damai tugas-tugas kapal perang meliputi:

1. Tingkat strategis (strategic deterrence)

- a. Menangkal serangan lawan;
- b. Menciptakan situasi aman terutama terhadap dunia luar;
- c. Memancarkan efek tangkal terhadap kekuatan strategis lawan.

2. Pertahanan dan tangkal (Conventional deterrence and defence)

- a. Menyiapkan diri untuk tugas tempur’
- b. Menangkal penyusupan lewa laut;
- c. Pengamanan di laut;
- d. Perlindungan aset nasional.

3. Pertahanan dan penangkal di laut bebas (extended deterrence and defence)

⁵⁷⁷ D.P. O’ Connell, Op. Cit., hlm. 867-868.

- a. Melindungi aktivitas negara di laut bebas;
- b. Melindungi aset nasional yang sedang berada di laut lepas seperti nyawa/jiwa manusia, harta milik negara dan lain sebagainya.

4. Ketertiban dunia (international order)

- a. Mendukung hukum laut yang telah mendapat kesepakatan internasional;
- b. Mendukung klaim nasional di laut.

b. Fungsi polisionil

Fungsi ini bertujuan untuk memelihara ketertiban umum di perairan suatu negara termasuk laut teritorial dan laut yang berbatasan dengan wilayah laut negara lain. Tugas ini merupakan bantuan militer kepada penguasa sipil (military aid to the civil authority).

1. Keamanan di laut (coastguard responsibilities)

- a. Melindungi kedaulatan di laut;
- b. Melindungi sumber daya di laut;
- c. Memelihara ketertiban umum di laut.

F. Fungsi diplomasi

Kapal-kapal perang juga mengemban tugas-tugas yang berkaitan dengan fungsi diplomasi. Biasanya tugas-tugas tersebut banyak dilakukan oleh kapal-kapal perang milik angkatan laut negara-negara maritim besar, berupa:

- 1. Negosiasi dengan latar belakang kekuatan (negotiation from strength);
- 2. Manipulasi di bidang politik dengan melaksanakan demonstrasi kekuatan;
- 3. Prestise dalam arti menimbulkan kesan terhadap negaranya dan negara lainnya bahwa mereka berada pada posisi yang kuat.

INTERVENSI MENURUT HUKUM INTERNASIONAL

A. Pengantar

Pada abad ke-16, ketika dasar teori mengenai negara berdaulat dikemukakan oleh Machievelli dan bodin selanjutnya dikemukakan pula doktrin mengenai intervensi, hal sebagaimana diikuti juga oleh penulis-penulis seperti victoria, gentili dan grotius yang mendasarkan intervensi didasarkan oleh kepentingan agama. Hal itu dilanjutkan setelah selesai perang selama tiga puluh tahun (1618-1648) dimana pada masa itu banyak praktik intervensi dikarenakan oleh alasan politik. Penulis Grewe

Selanjutnya, Pada akhir Perang Dunia Kedua, masyarakat internasional telah menyatakan komitmennya bahwa mereka "tidak akan pernah lagi" mengulang kekejaman itu. Ketika PBB terbentuk pada tahun 1945, negara-negara yang tergabung dalam organisasi tersebut menyatakan bahwa masyarakat internasional tidak akan pernah membiarkan pemusnahan massal dan berbagai kejahatan kemanusiaan lainnya terulang lagi. Namun dunia kembali dikejutkan dengan ladang pembantaian (*killing fields*) yang terjadi di Kamboja, hampir dua juta manusia dibunuh di bawah rejim Pemerintahan Khmer Merah yang dipimpin oleh Pol Pot. Demikian pula dengan pembunuhan massal di Bosnia (1992-1995), Somalia 1993), Rwanda (1994), Congo (1998) dan Kosovo (1999). Hal ini mengakibatkan lebih dari sejuta laki-laki, perempuan dan anak-anak tewas dibunuh. Keadaan ini menjadi bukti bahwa masyarakat internasional telah gagal mencegah terjadinya pemusnahan massal. Kekerasan massal tersebut terus berlanjut dalam berbagai konflik internal yang terjadi di berbagai negara, seperti di Darfur (sejak 2003), Kenya (2007) dan negara-negara Timur Tengah pada tahun 2011-2013 (Mesir, Libya, Suriah, Yaman dan Bahrain).⁵⁷⁸

⁵⁷⁸ Rahayu, "Eksistensi Prinsip 'Responsibility To Protect' Dalam Hukum Internasional", MMH , Jilid 41 No. 1 Januari 2012. Hlm. 129.

Dari berbagai kasus sebelumnya, Kegagalan dalam memberikan perlindungan hak asasi manusia dan banyaknya korban jiwa dari orang-orang sipil ini antara lain disebabkan karena tidak adanya kesamaan persepsi diantara para negara anggota PBB yang saling mempertentangkan boleh tidaknya dilakukan intervensi. Di satu sisi, terdapat kelompok negara yang tetap berpegang teguh pada gagasan tradisional mengenai kedaulatan negara yang selalu memahamkan kedaulatan sebagai hal yang tidak dapat diganggu gugat, merupakan supremasi negara termasuk kewenangan pengaturan hukum dalam yurisdiksi wilayahnya, serta selalu mengaitkan kedaulatan negara ini dengan asas integritas wilayah. Pemahaman yang demikian menghasilkan pengertian bahwa kedaulatan negara merupakan hak dari negara atas independensi secara politik serta tidak mencampuri urusan dalam negeri negara lain. Pada sisi yang lain, terdapat kelompok negara yang melihat adanya kebutuhan masyarakat internasional untuk melakukan intervensi jika kekejaman massal dan kejahatan kemanusiaan terus terjadi. Kelompok yang kedua ini melihat kedaulatan bukan sebagai sesuatu yang bersifat mutlak.⁵⁷⁹

Suatu negara berdaulat mempunyai kekuatan hukum (*legal capacity*) untuk mengadakan tindakan dan personalitas internasional sepenuhnya. Dengan demikian negara itu dapat mengambil tindakan apapun yang menurut pendapatnya adalah layak, selama tidak bertentangan dengan hukum internasional terutama tindakan untuk tidak mencampuri hak-hak negara lain. Dengan pembatasan-pembatasan semacam itu negara yang berdaulat mempunyai kebebasan sepenuhnya untuk berurusan dengan warga negaranya (*personal sovereignty*) dalam rangka memberikan perlindungan hukum terhadap wilayahnya (*territorial sovereignty*) dalam hal terjadinya ancaman dari pihak manapun baik dari dalam maupun dari luar. Disamping itu sebagai negara berdaulat juga dapat memanfaatkan kewenangannya secara umum (*public domain*) terhadap perairan internasional, udara di antara wilayah negara dan antariksa, mengadakan hubungan secara hukum dengan negara lain, meminta agar warga negaranya di hormati di luar negeri, kebal akan tuntutan dari pengadilan negara lain dan menjadi anggota dari organisasi-organisasi internasional yang ada.⁵⁸⁰

Pada Kasus menghadapi pergolakan atau perlawanan senjata yang dilakukan oleh kelompok-kelompok yang ingin memisahkan diri dari pemerintah negara yang sah (kelompok separatis). Negara sesuai dengan prinsip-prinsip hukum internasional yang berlaku, mempunyai hak sepenuhnya baik hak untuk mempertahankan kedaulatannya, kemerdekaannya maupun untuk mempertahankan keutuhan wilayah negaranya. Negara sebagai subjek hukum internasional yang juga mempunyai hak yang sangat mendasar sekali seperti hak untuk keberadaannya (*the right of national existence*) juga dapat mengambil tindakan-tindakan yang dianggap perlu bahkan tindakan dengan risiko apapun seperti

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ Sumaryo Suryokusumo, *Studi Kasus Hukum Internasional*, PT. Tatanusa, Jakarta, 2007, Hlm. 58.

tindakan represif, apabila cara-cara melalui perundingan atau cara-cara damai lainnya memang tidak lagi dapat berhasil dilakukan. Tindakan semacam itu merupakan tindakan terakhir dapat saja dilakukan dalam rangka hak suatu negara untuk membela dirinya (*the right to self-defence*) karena adanya ancaman yang dapat mengancam kedaulatan, kemerdekaan dan keutuhan wilayahnya yang ketiga unsur tersebut merupakan atribut esensial dari suatu negara⁵⁸¹

Terdapat faktor penting yang perlu menjadi bahan pertimbangan dalam kaitannya dengan pergolakan atau perlawanan senjata yang dilakukan oleh kelompok separatis yang terjadi di suatu negara. Jika negara lain menganggap bahwa dampak dari pergolakan tersebut dapat membahayakan kehidupan atau nasib dari warga negaranya yang mengganggu perdagangannya, negara tersebut dibenarkan kembali untuk mempertimbangkan sikapnya atas kemungkinan sikap yang diambil adalah mengadakan campur tangan (*foreign intervention*) dalam melindungi warga negaranya termasuk kepentingannya di negara tersebut. Namun negara lain tidak dibenarkan untuk membantuk kelompok pemberontak yang ada di negara tersebut. Sebaliknya negara lain dapat juga memberikan bantuan terhadap pemerintah yang sah jika memang dikehendaki untuk melakukan hal itu, tanpa mengurangi pembatasan-pembatasan sesuai dengan hukum internasional.⁵⁸²

Konflik antara praktek intervensi atas terjadinya pelanggaran HAM berat di suatu negara dengan doktrin kedaulatan negara. Hal ini mengindikasikan bahwa kedaulatan negara dalam hukum internasional sebagai *jus cogens* (norma tertinggi) mengalami pergeseran, dari tidak dapat diganggu gugatnya suatu negara menjadi dapat diintervensi dengan pembatasan-pembatasan yang sesuai dengan ketentuan hukum internasional. Pergeseran dimaksud dilihat melalui situasi suatu negara, dalam konteks hak asasi manusia. Keterkaitan antara intervensi kemanusiaan sangat berhubungan erat dengan kedaulatan negara, keadilan dan hak asasi manusia. Walaupun masih dalam perdebatan yang panjang antara para pakar hukum internasional. Dilihat dari prakteknya, banyak negara-negara dan organisasi internasional yang melakukan intervensi kemanusiaan dalam situasi krisis kemanusiaan yang terjadi dalam suatu negara.

Justifikasi mengenai intervensi kemanusiaan yang tidak mengurangi sedikitpun atas kedaulatan negara dapat dibenarkan, asalkan tindakan intervensi kemanusiaan sesuai dengan kaidah hukum internasional dan tidak mengurangi sedikitpun atas kemerdekaan suatu negara. Akan tetapi beberapa pengaturan hukum internasional tidak secara jelas memberikan wewenang pada pihak ketiga dalam hal ini negara untuk melakukan intervensi kemanusiaan atas terjadi pelanggaran berat HAM di suatu negara.

Organisasi internasional universal seperti Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) dapat melakukan intervensi, akan tetapi dengan intervensi yang dimaksud dilakukan dengan kewenangan yang terbatas, mengingat organisasi ini bertujuan untuk menjaga perdamaian dan keamanan dunia. Untuk itu garis kewenangan PBB

⁵⁸¹ *Ibid.*, Hlm. 66-67.

⁵⁸² *Ibid.*, hlm. 67.

hanya berupa koordinasi antar negara. Bukan merupakan lembaga superior di atas negara. Hal ini senada dengan Piagam PBB Pasal 2 (1) yang menyatakan bahwa "organisasi PBB bersendikan pada prinsip-prinsip persamaan kedaulatan dari semua anggota". Akan tetapi PBB memiliki Kewenangan yang luas dalam menjaga perdamaian dan keamanan dunia, meskipun hanya dibatasi oleh Pasal 2 (7) Piagam PBB yang berbunyi:

"Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII."

Dalam praktek interpretasi Pasal 2 (7) masih tidak pasti. Negara untuk melindungi kepentingannya dan menghindari campur tangan PBB, dalam hal ini PBB selalu memakai Pasal 2 (7) sebagai landasan penolakan campur tangan PBB. Sedangkan dalam Piagam PBB tidak merumuskan apakah yang dimaksud sebagai *domestic jurisdiction* dan penafsiran diserahkan kepada negara masing-masing. Menurut Michael Akehurst's yaitu: "... a matter is unlikely to be regarded as within a state's domestic jurisdiction if it amounts to a breach of international law, an infringement of interest of other state, a threat to international peace or gross violation of human rights, or if it concern progress toward self-determination in a colony". Hal yang tidak dapat masuk *domestic jurisdiction* bila tindakan itu melanggar hukum internasional, melanggar kepentingan negara lain, melanggar perdamaian internasional, pelanggaran terhadap hak asasi manusia, atau sehubungan hak menentukan nasib sendiri dalam kaitannya dengan penjajahan. Namun faktor-faktor politik sering mempengaruhi suara suatu negara dan ini tidak selalu konsisten. Menurut Akehurst's ketentuan Pasal 2 (7) Piagam PBB tidak perlu lagi karena pelanggaran perdamaian, ancaman terhadap perdamaian dan tindakan agresi pada saat sekarang diperlakukan bukan sebagai *domestic jurisdiction*.⁵⁸³

B. Intervensi Menurut Hukum Internasional

Pada abad ke 19. Intervensi diterima sebagai kebiasaan dalam hukum internasional dimana suatu negara mempunyai hak untuk campur tangan untuk melindungi kehidupan dan tempat tinggal di atas nasional mereka sendiri. Tentunya hal ini berbeda dengan intervensi kemanusiaan dimana bertujuan untuk melindungi kehidupan negara atau nasional lainnya. Hak ini tentunya mempunyai logika tertentu. Jika suatu nasional suatu negara A bepergian ke negara. Setiap Individu tentunya berharap pemerintah dapat melindunginya atas dirinya dan peropertinya berkaitan dengan konstitusi dan hukum negara untuk bertanggungjawab secara

⁵⁸³ Lihat dalam Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Revised Ed, Routledge, New York, 1997, hlm. 369. Sebagaimana dikutip oleh Sri Setianingsih Suwardi, *Penyelesaian Sengketa Internasional*, Penerbit Universitas Indonesia (UI Press), Jakarta, 2006. hlm. 132-133.

hukum. Tentunya situasi ini tidak akan berfungsi di negara B atau pemerintah tidak mau dan tidak mampu untuk melindungi warganegara asing. Keadaan tertentu ini negara A berpendapat bahwa aspek hukum bela diri (*self-defence*) mempunyai hak untuk intervensi untuk melindungi kehidupan yang berhubungan dengan nasional negara A. sebagai contoh, pada Juli 1976, Angkatan Udara Israel membebaskan warga Israel yang disandera di Uganda. Selanjutnya pada April 1980 suatu operasi penyelamatan diplomat dan konsuler di Iran walaupun akhirnya operasi ini gagal.⁵⁸⁴

Evolusi yang sangat cepat dalam hukum internasional terjadi pada abad ke-20, hal ini dibuktikan bahwa trend saat ini mengenai kodifikasi hak asasi manusia dan pembentukan individu sebagai hak yang tidak dapat diganggu gugat. Pada kenyatannya kebanyakan legislasi menyatakan tidak sah atau tidak sesuai dengan norma hukum atas pelanggaran hak asasi manusia. Perubahan secara terstruktur setelah pasca era perang dingin, intervensi kemanusiaan merupakan salah satu sarana yang bisa dipaksakan untuk menegakkan doktrin hukum humaniter.⁵⁸⁵ Dasar Kaidah-kaidah hukum humaniter berkaitan dengan perlindungan atas perlakuan yang bermartabat dari suatu konflik bersenjata.

Istilah intervensi bisa digunakan secara luas untuk menangani kasus pengerahan angkatan bersenjata untuk perlindungan terhadap rakyat dan kepemilikan serta kasus-kasus tindakan sendiri yang lain, sebagaimana contoh-contoh aktual yang terkait dengan gangguan kedaulatan terhadap negara lain. Intervensi bisa saja atau tidak melibatkan kekuatan.⁵⁸⁶

Apabila suatu negara yang sedang terlibat dalam konflik bersenjata baik internasional dan konflik bersenjata non-internasional selanjutnya dalam konflik bersenjata itu ternyata meluas hingga mengancam kedaulatan dan keamanan dalam negeri suatu negara lain, maka suatu negara dapat mengambil langkah untuk mencegah perbuatan dari pihak-pihak yang bersengketa dari perbuatan yang meluas dan tindakan yang berlebihan.

Oppenheim Lauterpacht mengemukakan bahwa intervensi sebagai campur tangan secara diktator oleh suatu negara terhadap urusan dalam negeri lainnya dengan maksud baik untuk memelihara atau mengubah keadaan, situasi atau barang di negeri tersebut.⁵⁸⁷

Menurut J.G. Starke⁵⁸⁸, ada tiga tipologi dalam melihat sebuah intervensi Negara terhadap Negara lain, yaitu:

⁵⁸⁴ John O'Brien, *International Law*, Cavendish Publishing Limited, London & Sydney, 2001, hlm . 685.

⁵⁸⁵ Aidan Hehir, *Humanitarian Intervention after Kosovo (Iraq, Darfur and the Record of Global Civil Society)*, Palgrave Macmillan, UK & US, 2008, hlm. 3.

⁵⁸⁶ Philip C. Jessup, *A modern Law of Nations (an Introduction)*, The Macmillan Company, New York, 1959, hlm. 172.

⁵⁸⁷ Huala Adolf, *Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, cet ketiga, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm. 31.

⁵⁸⁸ J.G Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta 1988, hlm.136-137.

1. Intervensi Internal, yaitu intervensi yang dilakukan sebuah negara dalam urusan dalam negeri negara lain.
2. Intervensi Eksternal, yaitu intervensi yang dilakukan sebuah Negara dalam urusan luar negeri sebuah negara dengan egara lain. Contoh: keterlibatan Italia dalam mendukung Jerman pada Perang Dunia Kedua.
3. Intervensi Punitive, yaitu intervensi sebuah negara terhadap negara lain sebagai balasan atas kerugian yang diderita oleh negara tersebut.

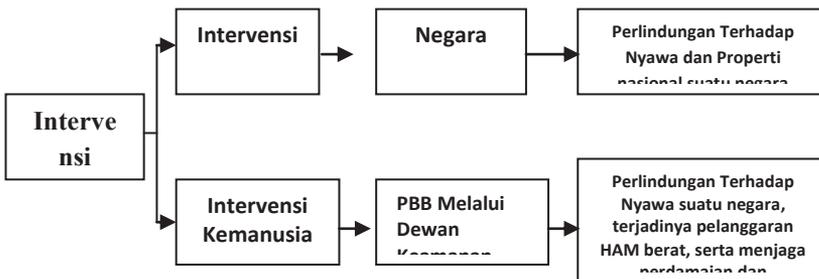
Dalam intervensi kemanusiaan terdapat perbedaan dengan intervensi untuk melindungi kepentingan nasional suatu negara di negara lain. Intervensi ini didasarkan atas rasa kemanusiaan, terdapat empat (4) aspek untuk dapat menerapkan intervensi kemanusiaan, yaitu⁵⁸⁹:

1. Harus terdapat suatu pernyataan dalam permintaan secara cepat atas ancaman terhadap hak asasi manusia, secara khusus ancaman terhadap hilangnya nyawa manusia.
2. Intervensi harus terbatas untuk melindungi hak dasar manusia.
3. Tindakannya intervensi dilakukan atas permintaan dari pemerintah berkuasa.
4. Tindakan intervensi dilakukan dibawah kekuasaan Resolusi Dewan Keamanan PBB.

Pada beberapa praktek intervensi kemanusiaan yang dilakukan oleh negara ternyata tidak sesuai dengan kaidah hukum internasional. Legitimasi suatu negara untuk dapat melakukan intervensi kemanusiaan harus memiliki kriteria sebagai berikut:

- a. Mengancam kedaulatan dan keamanan dalam negeri suatu negara.
- b. Mendapatkan mandat/rekomendasi dari Dewan Keamanan PBB.
- c. Terjadinya pelanggaran HAM Berat.

intervensi dapat dilakukan oleh negara, organisasi internasional



1. Piagam PBB

Menurut Piagam PBB pengaturan mengenai intervensi dapat dilakukan berdasarkan Pasal 39, 40, 41, 42, 43, 44 dan 45. Piagam PBB, Pasal 39 Piagam PBB ini menyatakan bahwa Dewan Keamanan PBB (DK-PBB) akan menentukan ada atau tidaknya suatu ancaman terhadap perdamaian, pelanggaran terhadap perdamaian atau tindakan agresif dan akan menganjurkan atau memutuskan

⁵⁸⁹ John O'Brien, *op.cit.*, hlm. 687.

tindakan apa yang harus diambil sesuai dengan Piagam PBB Pasal 41 dan 42, untuk memelihara atau memulihkan perdamaian dan keamanan internasional.

Pada Konflik bersenjata non-Internasional manakala terjadi pelanggaran HAM berat, baik itu yang dilakukan oleh pihak pemerintah yang berkuasa atau pemberontak. Maka PBB dapat mengeluarkan mandat dilakukannya intervensi kemanusiaan didasarkan pada fungsinya sebagai organisasi dunia yang mempunyai kewajiban memelihara perdamaian dan keamanan internasional. Dalam Piagam PBB terdapat lima prinsip berkenaan dengan perdamaian dan keamanan internasional, yaitu:

- a. Prinsip untuk menyelesaikan perselisihan internasional secara damai (terdapat pengaturannya dalam Pasal 2 ayat 3⁵⁹⁰ lihat juga dalam Bab VI dan Bab VIII Piagam PBB);
- b. Prinsip untuk tidak menggunakan ancaman atau kekerasan (terdapat pengaturannya dalam Pasal 2 ayat 4⁵⁹¹ Piagam PBB);
- c. Prinsip mengenai tanggung jawab untuk menentukan adanya ancaman (terdapat pengaturannya dalam Pasal 39⁵⁹² Piagam PBB);
- d. Prinsip mengenai pengaturan persenjataan (terdapat pengaturannya dalam Pasal 26⁵⁹³ Piagam PBB);
- e. Prinsip umum mengenai kerja sama dibidang pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional (Pasal 11 ayat 1⁵⁹⁴ Piagam PBB);⁵⁹⁵

Prinsip-prinsip sebagaimana dikemukakan di atas tidak lepas dari kaitannya bahwa PBB merupakan suatu organisasi internasional yang mempunyai kewajiban untuk mengorganisasikan keamanan bersama. Pada tahun 1950 Majelis

⁵⁹⁰ “seluruh anggota harus menyelesaikan persengketaan internasional dengan jalan damai dan menggunakan cara-cara sedemikian rupa sehingga perdamaian dan keamanan internasional, serta keadilan tidak terancam”.

⁵⁹¹ “Seluruh anggota dalam hubungan internasional mereka, menjatuhkan diri dari tindakan mengancam atau menggunakan kekerasan terhadap integritas wilayah atau kemerdekaan politik sesuatu negara lain atau dengan cara apapun yang bertentangan dengan tujuan-tujuan Perserikatan Bangsa-Bangsa”.

⁵⁹² “Dewan Keamanan PBB akan menentukan ada-tidaknya sesuatu ancaman terhadap perdamaian, pelanggaran terhadap perdamaian atau tindakan agresi dan akan menganjurkan atau memutuskan tindakan apa yang harus diambil sesuai Pasal 41 dan 42, untuk memelihara atau memulihkan perdamaian dan keamanan internasional”.

⁵⁹³ “untuk meningkatkan usaha-usaha guna memajukan terciptanya, demikian pula pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional dengan sesedikit mungkin mengalihkan penggunaan sumberdaya manusia dan ekonomi dunia untuk persenjataan, maka Dewan Keamanan PBB dengan bantuan Komite staf militer sebagai yang dimaksudkan kedalam Pasal 47, diberi tanggung jawab untuk merumuskan rencana-rencana yang akan disampaikan kepada Anggota-anggota PBB untuk pembentukan suatu sistem pengaturan senjata”.

⁵⁹⁴ “Majelis Umum PBB dapat merumuskan prinsip-prinsip umum bagi kerjasama guna memelihara perdamaian dan keamanan internasional, termasuk prinsip-prinsip mengenai perlucutan senjata dan pengaturan persenjataan, dan dapat mengemukakan rekomendasi-rekomendasi yang bertalian dengan prinsip-prinsip itu kepada Anggota-anggota atau kepada Dewan Keamanan PBB atau kedua-duanya”.

⁵⁹⁵ Sumaryo Suryokusumo, *Organisasi Internasional*, UI Press, Jakarta, 1987, hlm. 8.

Umum PBB mengesahkan apa yang disebut sebagai resolusi mengenai *Uniting for Peace*.

Dalam resolusi tersebut ada lima ketentuan penting, yaitu⁵⁹⁶:

- a. suatu ketentuan, bahwa Majelis Umum PBB dapat bersidang dalam waktu 24 jam, jika Dewan Keamanan dihalangi melalui veto untuk melaksanakan tanggung jawab utamanya bagi keamanan dan perdamaian internasional;
- b. suatu ketentuan, bahwa dalam kasus-kasus seperti itu, Majelis Umum dapat memberikan rekomendasi-rekomendasi pada Negara-negara anggota untuk tindakan bersama, termasuk penggunaan angkatan bersenjata;
- c. sebuah rekomendasi, bahwa tiap Negara anggota memelihara dalam angkatan bersenjata nasionalnya kesatuan-kesatuan yang secara cepat dapat dipakai untuk melakukan tugas sebagai pasukan PBB;
- d. pembentukan komisi pengawas perdamaian untuk mengamankan dan melaporkan di wilayah manapun ada ketegangan internasional;
- e. penciptaan komite tindak bersama untuk mempelajari dan melaporkan tentang cara dan sarana memperkuat perdamaian dan keamanan internasional menurut piagam PBB.

Pasal 2 ayat 4 Piagam PBB yang menyatakan bahwa setiap negara tidak boleh menggunakan ancaman dan kekerasan didalam sebuah integritas wilayah dan kemerdekaan politik dari sebuah negara, atau tindakan apapun yang bertentangan dengan tujuan dari Piagam PBB itu sendiri, dan ditambah dengan pasal 2 ayat 7 yang menegaskan bahwa PBB sesuai dengan piagam

ini tidak akan diberikan kewenangan untuk mengintervensi persoalan apapun yang ada di dalam yurisdiksi domestik sebuah negara. Hal ini sebenarnya sudah jelas merupakan suatu pelarangan akan adanya sebuah kewenangan intervensi akan sebuah kedaulatan.

Para sarjana hukum terkemuka memperdebatkan keluasan akan pasal ini, dengan mengemukakan pertama, bahwa pasal ini hanya mengatur terminologi ancaman dan penggunaan kekerasan kepada integritas wilayah dan kemerdekaan politik negara secara umum saja, dan tidak diberikan spesifikasi khusus, karena apabila terminologi *Humanitarian Intervention* tidak menghasilkan sebuah ancaman dan penggunaan kekerasan terkait penaklukan wilayah dan perampasan kemerdekaan politik suatu negara, maka hal ini dapat dibenarkan.⁵⁹⁷ Pernyataan

⁵⁹⁶ Dahlan Nasution, *Perang atau Damai Dalam Wawasan Politik Internasional*, CV Remaja Karya, Bandung, 1984, hlm. 152.

⁵⁹⁷ Charlotte Ku dan Paul Diehl (Editor), *International Law Classic And Contemporary Readings*, Lynne Rienner Publishers, 2009. dapat dilihat juga pernyataan Ian Brownlie dalam *International Law And The Use Of Force*, Oxford Clarendon Press, 1963, yang menyatakan bahwa pernyataan sebuah konvensi dapat menimbulkan ambiguitas dengan *travaux preparatoires* dimana sebuah penerapan sebuah perjanjian harus memiliki

yang selanjutnya dinyatakan oleh Oscar Schachter bahwa ide tentang perang yang disertai dengan sebab yang baik dalam hal hak asasi manusia dan demokrasi tidak akan menimbulkan pelanggaran integritas wilayah dan kemerdekaan politik sebuah negara.⁵⁹⁸

Debat ini kembali kepada cara penginterpretasian sebuah konvensi internasional yang relevan dengan masalah ini, yang menghasilkan pandangan kedua tentang Piagam PBB, yaitu tentang interpretasi tindakan yang bertentangan dengan tujuan dari piagam. Ryan Goodman berpendapat, salah satu tujuan dari piagam PBB seperti yang tercantum dalam Pasal 1 ayat 3 dan pasal Pasal 55, gagal dijabarkan oleh Dewan Keamanan, yaitu mengenai perlindungan hak asasi manusia.⁵⁹⁹

Pandangan ketiga terkait legalitas Humanitarian Intervention dalam Piagam PBB adalah penginterpretasian Pasal 39 yang menyatakan bahwa Dewan Keamanan dapat berwenang untuk menggunakan kekerasan sebagai respons terhadap segala bentuk ancaman terhadap perdamaian, pelanggaran terhadap perdamaian, dan segala tindakan agresi. Dengan adanya yurisdiksi Dewan Keamanan dalam melaksanakan penggunaan kekerasan terhadap ancaman perdamaian tanpa memasukkan unsur internasional di dalamnya, hal ini dianggap sebagai sebuah peluang bagi *Humanitarian Intervention* untuk masuk dan menegakkan pelanggaran hak asasi manusia sebagai akibat yang kemungkinan akan terjadi.⁶⁰⁰

Pembatasan intervensi menurut Piagam PBB

2. Konvensi Jenewa 1949

eksaminasi terhadap tujuan – tujuannya. Referensi yang berguna juga dapat dilihat pada pendapat W.T.Eijsbouts, *Introduction*, dalam buku *Ambiguity In The Rule of Law* yang diedit oleh Thomas A.J.A. Vandamme dan Jan-Herman Reestman, Europa Law Publishing Groningen 2001, hlm. 6 dengan pernyataan "the rule of law shuns the latter secretiveness, instinct of power exercise, omnipresence, technicality of language." Lihat juga dalam <http://leszalombok.blogspot.com/2012/03/relevansi-humanitarian-intervention-dan.html>.

⁵⁹⁸ Oscar Schachter, "Legality of Pro-Democratic Invasion", *American Journal of International Law*, 1984, hlm. 649, diakses dari <http://www.jstor.org/pss/2202602>, Lihat juga dalam <http://leszalombok.blogspot.com/2012/03/relevansi-humanitarian-intervention-dan.html>.

⁵⁹⁹ Ryan Goodman, Ryan Goodman, *Humanitarian Intervention and Pretexts of War*, *International Legal Studies UC Berkeley*, hlm. 39. diakses dari <http://escholarship.org/uc/item/3tw008bp>, yang menerangkan tentang Pasal 1 ayat 3 Piagam PBB : "the purposes of the United Nations are to achieve international cooperation ini...encouraging respects for human rights and for fundamental freedoms ...", dan pasal 55 Piagam PBB : "United Nations shall promote..., universal respect for, an observance of, human rights and fundamental freedoms for all. Lihat juga dalam <http://leszalombok.blogspot.com/2012/03/relevansi-humanitarian-intervention-dan.html>.

⁶⁰⁰ Jost Delbruck, "A Fresh Look At Humanitarian Intervention Under The Authority of United Nations", *Indiana Law Journal*, 1992, hal. 898 - 899. Lihat juga dalam <http://leszalombok.blogspot.com/2012/03/relevansi-humanitarian-intervention-dan.html>.

Pada situasi konflik bersenjata, pengaturan hukum internasional secara jelas menyatakan bahwa untuk

Intervensi kemanusiaan yang dilakukan melalui jalan bantuan kemanusiaan dapat dilakukan oleh organisasi kemanusiaan yang independen dibawah koordinasi Komite Palang Merah Internasional.

Berdasarkan Pasal 9 Konvensi I-III dan Pasal 10 Konvensi IV (yang sebagian besar sama) menyatakan bahwa

"Ketentuan-ketentuan Konvensi ini tidak merupakan penghalang bagi kegiatan-kegiatan perikemanusiaan, yang mungkin diusahakan oleh Komite Internasional Palang Merah atau tiap-tiap organisasi humaniter lainnya yang tidak berpihak, selama mendapat persetujuan dari Pihak-pihak dalam sengketa bersangkutan, melakukan kegiatan untuk perlindungan ... [orang-orang yang dilindungi] dan untuk pertolongan mereka."

Konvensi Jenewa IV 1949 juga memiliki ketentuan yang lebih terperinci, misalnya Pasal 59:

Apabila seluruh atau sebagian dari penduduk suatu wilayah yang diduduki tidak mempunyai persediaan-persediaan cukup, maka Kekuasaan Pendudukan harus menyetujui rencana-rencana pemberian bantuan bagi penduduk tersebut, dan harus membantu rencana-rencana tersebut, dengan segala kesanggupan yang ada padanya. Rencana-rencana bantuan tersebut, yang mungkin diadakan oleh Negara atau oleh organisasi-organisasi kemanusiaan yang tidak memihak seperti Komite Internasional Palang Merah, terutama harus berisikan pemberian kiriman-kiriman bahan makanan, persediaan obat-obatan, dan pakaian. Selanjutnya dan Pasal 61:

Pembagian kiriman-kiriman sumbangan yang tercantum dalam pasal-pasal di atas, harus diselenggarakan dengan kerja sama dan di bawah pengawasan Negara Pelindung. Kewajiban ini, dengan persetujuan dari Kekuasaan Pendudukan dan Negara Pelindung, dapat juga diserahkan kepada suatu Negara Netral, kepada Komite Internasional Palang Merah, atau kepada setiap badan kemanusiaan lain yang tidak memihak.

Penggunaan ICRC sebagai contoh dalam semua kasus (dan perbandingan dengan negara-negara pada dua kutipan terakhir) menunjukkan bahwa badan-badan kemanusiaan tidak berpihak ini akan independen, seperti ICRC, daripada ditugaskan kepada suatu pihak seperti pelayanan kesehatan yang dibahas di atas. Maka menjadi jelas bahwa Konvensi Jenewa sudah memiliki visi bahwa bantuan kemanusiaan yang akan diberikan dapat dilakukan oleh organisasi-organisasi independen.

3. Pendapat Para Sarjana

Pada Konflik bersenjata dibedakan menjadi dua yaitu konflik bersenjata internasional dan konflik bersenjata non internasional. Pada setiap konflik bersenjata melahirkan akibat timbulnya banyak korban baik dari pihak kombatan maupun orang sipil. Hukum internasional mengatur secara jelas mengenai konflik bersenjata sebagaimana terdapat dalam Konvensi Den Haag 1907, Konvensi Jenewa 1949 serta Protokol Tambahan I dan II 1977. Ketentuan yang terdapat dalam konvensi jenewa tersebut untuk mencegah dan melindungi korban konflik bersenjata, supaya terhindar dari tindakan kekerasan yang berakibat buruk terutama bagi orang yang sudah tidak berdaya. Pihak yang terlibat dalam konflik bersenjata wajib melindungi anggota angkatan bersenjata musuh yang telah jatuh ketangannya dan bagi orang-orang sipil harus dicegah dan dilindungi dari berbagai tindakan kekerasan untuk tidak dianiaya, disiksa, diperkosa dan dibunuh.⁶⁰¹

Berdasarkan Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949 mengatur tentang perlindungan dalam konflik bersenjata non internasional. Pasal 3 menentukan bahwa pihak-pihak yang bertikai dalam wilayah suatu negara berkewajiban untuk melindungi orang-orang yang tidak turut secara aktif dalam pertikaian, termasuk anggota angkatan bersenjata/kombatan yang telah meletakkan senjatanya tidak lagi turut serta karena sakit, luka-luka, ditahan dan sebab lainnya untuk diperlakukan secara manusiawi atau mereka dilarang melakukan tindakan kekerasan terhadap jiwa dan raga atau menghukum tanpa diadili secara sah.

Konflik bersenjata merupakan suatu peristiwa yang penuh dengan kekerasan dan permusuhan antara pihak-pihak yang bertikai. Dalam sejarah konflik bersenjata telah terbukti bahwa konflik tidak saja dilakukan secara adil, tetapi juga menimbulkan kekejaman.⁶⁰² Hukum humaniter diciptakan khusus untuk melindungi dan memelihara hak asasi korban dan non kombatan dalam konflik bersenjata.⁶⁰³

Konflik bersenjata non internasional biasa dilakukan antara negara dengan pemberontak. Di dalam hukum internasional, tahap pemberontakan, dibedakan dalam dua tahap.yaitu insurgensi (*insurgency*) dan tahap belligerensi (*belligerency*). Pada prinsipnya insurgensi merupakan kualifikasi pemberontakan dalam suatu negara namun secara fakta belum mencapai tingkat keteraturan sebagai organisasi yang terpadu dalam melakukan perlawanan. Jadi kedudukan

⁶⁰¹ Adwani, "Perlindungan Terhadap Orang-orang Dalam Daerah Konflik Bersenjata Menurut Hukum Humaniter Internasional", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 12.No. 1, Januari, 2012, hlm. 97.

⁶⁰² Asep Darmawan, *Prinsip Pertanggungjawaban Pidana Komandan Dalam Hukum Humaniter*, Kumpulan Tulisan, Pusat Studi Hukum Humaniter dan HAM Fakultas Hukum Universitas Trisakti, Jakarta, hlm. 51.

⁶⁰³ Rizanizarli, "Hukum Humaniter Internasional dan Hubungannya Dengan Hak Asasi Manusia", *Jurnal Ilmu Hukum Kanun*, Vol. XI, No. 29, FH UNSYIAH Aceh, Agustus, 2001. Hlm. 394.

pemberontak belum dapat diakui sebagai pribadi internasional yang menyanggah hak dan kewajiban menurut hukum internasional.⁶⁰⁴

Dalam kualifikasinya sebagai *insurgents*, pemberontak atau gerakan separatis secara hukum internasional masih dilihat sebagai gerakan yang bertujuan mencapai keberhasilan melalui penggunaan senjata. Jadi kualifikasi insurgensi belum dapat disebut sebagai perang saudara (*civil war*) dalam hukum internasional. Di wilayah di mana terjadi pemberontakan, pemerintah negara masih memiliki semua hak dan kewajiban sebagai penguasa yang sah. Dalam hubungan ini maka sesuai dengan Resolusi Majelis Umum PBB Nomor 2131 (XX) yang dikeluarkan tahun 1965, maka setiap upaya negara asing membantu kaum pemberontak merupakan tindakan intervensi, dan karenanya merupakan pelanggaran hukum internasional.⁶⁰⁵

Apabila pemberontakan insurgensi berkembang meliputi wilayah yang semakin luas dan menunjukkan kecenderungan semakin teratur pengorganisasiannya dan telah menduduki beberapa wilayah negara secara efektif, maka hal ini menunjukkan pemberontak telah berkuasa secara *de facto* atas beberapa wilayah. Dalam tahap ini, menurut hukum internasional, keadaan pemberontakan telah mencapai tahap belligerensi. Kedudukan pemberontak dapat diakui sebagai *belligerent*, apabila berdasarkan fakta memenuhi persyaratan-persyaratan : (1) Pemberontakan telah terorganisasi dalam satu kekuasaan yang betul-betul bertanggungjawab atas tindakan bawahannya; (2) Pemberontak menaati hukum dan kebiasaan perang (seperti melindungi penduduk sipil dan membedakan diri dari penduduk sipil) ; (3) Pemberontak secara *de facto* telah menguasai secara efektif atas beberapa wilayah.⁶⁰⁶

Apabila tahap pemberontakan di suatu negara telah mencapai tahap belligerensi, maka mungkin akan ada negara lain yang mengakui kedudukan pemberontak. Tetapi apabila suatu negara memberikan pengakuan terhadap pemberontak sebagai *belligerent*, tetapi sebenarnya tidak memenuhi persyaratan tersebut, maka pengakuan negara asing tersebut dapat dianggap sebagai campur tangan, terhadap suatu negara yang sedang menumpas pemberontakan di dalam wilayahnya, dan karenanya merupakan pelanggaran hukum internasional.⁶⁰⁷

Intervensi diartikan sebagai turut campurnya sebuah negara dalam urusan dalam negeri negara lain atau dalam urusan dengan negara lain dengan menggunakan kekuatan atau ancaman kekuatan sedangkan intervensi kemanusiaan diartikan sebagai intervensi yang dilakukan oleh komunitas internasional untuk mengurangi pelanggaran hak asasi manusia dalam sebuah negara, walaupun tindakan tersebut melanggar kedaulatan suatu negara.⁶⁰⁸

⁶⁰⁴ FX.Adji Samekto, "Kasus Aceh, Indonesia Tak Dapat Dituntut", *Suara Merdeka*, Sabtu, 14 Juni 2003. Lihat dalam <http://www.suaramerdeka.com/harian/0306/14/kha2.htm>.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ Bryan A Garner, *Black's Law Dictionary*, 7th Ed. Book 1, West Group, St. Paul, Minn, 1999, hlm. 826.

Suatu tindakan intervensi yang diperbolehkan dapat dibedakan menjadi dua, yaitu intervensi yang berdasarkan suatu hak dan tindakan lain yang walaupun tidak berdasarkan suatu hak namun diizinkan oleh hukum internasional. Seperti yang dikatakan oleh L. Oppenheim⁶⁰⁹, yaitu:

"That intervention, as a rule, forbidden by international law, which protect the international personality of the state, there is no doubt, on the other hand, there is just a little doubt, that this rule has exception, for there are intervention which take place by right, and there are other which, although they do not take place by right, are nevertheless permitted by international law."

Sarjana lain berpendapat bahwa intervensi bukanlah hak dari suatu Negara, melainkan sanksi dari hak-hak yang dimiliki oleh Negara-negara.⁶¹⁰ Jadi dapat dikatakan bahwa intervensi merupakan suatu law enforcement yang dalam hal-hal tertentu pelaksanaannya diberikan kepada negara tertentu. Terlepas dari apakah suatu intervensi merupakan suatu hak atau merupakan suatu delegasi wewenang dari hukum internasional, suatu Negara dapat melakukan tindakan intervensi dengan beberapa alasan. J.G Starke beranggapan bahwa tindakan intervensi Negara atas kedaulatan Negara lain belum tentu merupakan suatu tindakan yang melanggar hukum. Ia berpendapat bahwa terdapat kasus-kasus tertentu dimana tindakan intervensi dapat dibenarkan menurut hukum internasional. Adapun tindakan intervensi tersebut adalah⁶¹¹:

1. Intervensi kolektif yang ditentukan dalam Piagam PBB.
2. Untuk melindungi hak dan kepentingan, serta keselamatan warga negaranya di Negara lain.
3. Pembelaan diri. Jika intervensi dibutuhkan segera setelah adanya sebuah serangan bersenjata (*armed attack*). Syarat-syarat pembelaan diri adalah: langsung (*instant*), situasi yang mendukung (*overwhelming situation*), tidak ada cara lain (*leaving no means*), tidak ada waktu untuk menimbang (*no moment of deliberation*).⁶¹²
4. Berhubungan dengan Negara protektorat atas dominionnya. Syarat-syarat ini diadopsi dari kasus kapal Caroline.
5. Jika Negara yang akan diintervensi dianggap telah melakukan pelanggaran berat atas hukum internasional.

Selanjutnya pelaksanaan intervensi kemanusiaan dapat dilaksanakan jika suatu negara dianggap telah melakukan pelanggaran berat atas hukum internasional, yaitu suatu negara telah melanggar hak asasi manusia baik itu

⁶⁰⁹ Oppenheim Lauterpacht, *International Law and Treaties*, Longmans, London, 1952, hlm. 137.

⁶¹⁰ J.L. Briery, *Hukum Bangsa-Bangsa*, Bhartara, Jakarta, 1996, hlm. 258

⁶¹¹ J.G. Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta 1988, hlm. 137.

⁶¹² Diadopsi dari kasus kapal Caroline (1837) yaitu kasus dimana Inggris membakar kapal pemberontak Kanada yang sedang berlayar di wilayah perairan Amerika Serikat. Sumber: avalon.law.yale.edu, diakses tanggal 14 November 2011.

secara sistematis dan terstruktur. Perlindungan hak asasi manusia dalam hubungan antarnegara saat ini merupakan komitmen bersama seluruh negara di dunia. Selanjutnya pelaksanaan dari intervensi yang disebutkan di atas, disamping tidak menjadi ancaman atau penggunaan kekerasan terhadap integritas wilayah atau kemerdekaan politik, juga harus mendapat izin atau tidak melanggar ketentuan-ketentuan dalam Piagam PBB. Maka untuk ini suatu intervensi harus mendapat izin dari PBB melalui Dewan Keamanan. Izin ini berbentuk rekomendasi yang berisikan pertimbangan-pertimbangan terhadap keadaan yang menjadi alasan tindakan intervensi dan apakah intervensi itu diperlukan terhadap keadaan-keadaan tersebut.⁶¹³

Sedangkan Menurut Simon Duke⁶¹⁴, tindakan intervensi dapat diterapkan pada kondisi:

- a. Terdapat tindak kejahatan berat terhadap hak asasi manusia.
- b. Beberapa kejahatan meluas dan merupakan penyebaran ancaman atas kehidupan yang hilang.
- c. Sumber-sumber atau tindakan di bawah tingkat intervensi telah dihabiskan.
- d. Berbagai penggunaan kekuatan harus proporsional, dengan jalan melindungi dari hal yang membahayakan tetapi bertujuan untuk meminimalisasi gangguan atau kekacauan terhadap faktor lain selain hak asasi manusia.
- e. Intervensi dilakukan dalam tempo sesingkat mungkin.
- f. Intervensi kemanusiaan merujuk pada prosedur Bab VII Piagam PBB.
- g. Intervensi, dimungkinkan, melibatkan beberapa bentuk persetujuan dari pihak/negara yang bertikai.

Intervensi kemanusiaan mendapatkan legitimasinya menurut para pendukungnya berdasarkan penafsiran atas Pasal 2 (4) Piagam PBB.⁶¹⁵ Menurut hasil penelitian D'Amato, kesatuan wilayah dimaksudkan jika sebuah Negara kehilangan wilayahnya secara permanen sedangkan dalam intervensi kemanusiaan, pihak yang melakukan intervensi tidak mengambil wilayah Negara lain secara permanen, tindakan tersebut hanya untuk memulihkan hak asasi manusia. Pasal 2 (4) bukanlah sebuah larangan yang absolut, melainkan sebuah batasan agar sebuah intervensi tidak melanggar kesatuan wilayah (*territorial integrity*), kebebasan politik (*political independence*) dan tidak bertentangan dengan tujuan PBB (*in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations*).⁶¹⁶

Intervensi kemanusiaan tidak melanggar kebebasan politik sebuah Negara. Tindakan tersebut hanya bertujuan untuk memulihkan hak asasi manusia

⁶¹³ Bab VII Piagam PBB, Pasal 39, 41, dan 51

⁶¹⁴ Simon Duke, "The State and Human Rights Sovereignty versus Humanitarian Intervention", *International Relations*, Vol. XII, No. 2, Agustus 1994, hlm. 44.

⁶¹⁵ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Second Edition, Cambridge University Press, Australia, 1994, hlm. 89.

⁶¹⁶ Anthony D'Amato, "There is no Norm of Intervention or Non Intervention in International Law, *International Legal Theory*", ASIL, 2001, hlm.20.

pada suatu Negara. Setiap Negara dan penduduknya tetap memiliki kebebasan politik. Berdasarkan asumsi ini intervensi kemanusiaan tidak melanggar Piagam PBB.

Pasal 51 Piagam PBB juga mengatur salah satu bentuk intervensi. Dimana intervensi ini dilakukan atas nama PBB atau secara kolektif dengan tujuan *self-defence* terhadap suatu keadaan yang timbul yang membahayakan perdamaian atau merusak perdamaian atau merupakan suatu agresi. Jadi dapat disimpulkan bahwa di bawah naungan PBB, suatu intervensi dengan tujuan pembelaan diri terhadap suatu serangan yang membahayakan perdamaian atau merusak perdamaian atau merupakan suatu agresi dan ini adalah salah satu manifestasi dari tujuan utama PBB.

Tindakan Negara-negara dalam melakukan intervensi kemanusiaan sering didasari alasan bahwa telah terjadi tragedi kemanusiaan yang luar biasa sehingga dapat mengancam kedamaian dan keamanan internasional yang merupakan tujuan dari dibentuknya PBB.⁶¹⁷

Perkembangan dalam hukum internasional juga telah mengindikasikan bahwa hak asasi manusia merupakan salah satu isu penting dan universal sehingga perlindungan terhadap hak-hak tersebut harus diutamakan dalam hubungan antar Negara. Indikasinya dapat terlihat dengan lahirnya Universal Declaration of Human Rights (1948), International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) dan International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) 1966. Atas dasar itulah mengapa beberapa Negara mengartikan bahwa intervensi yang mereka lakukan tidak melanggar ketentuan hukum internasional. Pada awal penerimaan dan pemberlakuan hak asasi manusia, tiap-tiap Negara memiliki perbedaan yang mendasar. Perbedaan yang cukup besar adalah mengenai universalitas hak asasi manusia itu sendiri. Namun, dalam Deklarasi Wina 1993, tiap-tiap Negara telah berkomitmen bahwa setiap hak asasi manusia itu bersifat universal (*universal*), tidak dapat dipisahkan (*indivisible*), saling ketergantungan (*interdependence*), dan saling terkait (*interrelated*).⁶¹⁸

Komitmen masyarakat internasional atas perlindungan hak asasi manusia dewasa ini dapat dikatakan sudah melampaui batas territorial (wilayah). Argumen tersebut sangat jelas jika dilihat dari sejarah peradaban manusia dan hubungan antar negara. Tindakan sewenang-wenang yang dilakukan oleh negara terhadap penduduknya telah memberikan pelajaran berharga bahwa kewenangan negara atas penduduknya harus dibatasi. Pembatasan tersebut tidak dilihat sebagai pemangkasan kedaulatan negara, namun merupakan sebuah tindakan pencegahan agar negara tidak dapat bertindak sesuka hatinya. Kelanjutan pembatasan wewenang itu di lain pihak akan menumbuhkan kesadaran dalam masyarakat internasional untuk meningkatkan kerjasamanya dalam hal perlindungan dan penghormatan atas nama kemanusiaan. Bila suatu intervensi itu dilakukan dengan tujuan lain yang dilarang oleh hukum internasional, maka motivasi negara yang

⁶¹⁷ Piagam PBB, Pasal 1 ayat 1

⁶¹⁸ Deklarasi Wina, 1993, Pasal 5

melakukan intervensi diukur dari sudut kepentingan negara yang mengintervensi. Suatu negara akan memandang secara sepihak, apakah salah satu kepentingan dari negaranya akan terganggu dengan adanya kerusuhan dalam satu negara atau antara dua negara. Maka untuk membela kepentingan itu suatu negara akan turut campur dan bentuk dari turut campur itu mungkin akan lebih bergantung pada kemauan dari negara yang mengintervensi. Jadi jelaslah alasan-alasan untuk tindakan intervensi dalam dunia internasional hanya digerakkan oleh pertimbangan-pertimbangan sepihak dari negara yang bersangkutan. Dengan asumsi tersebut, maka penerapan doktrin intervensi kemanusiaan dalam hukum internasional menjadi sangat penting. Terutama jika dilihat bahwa peristiwa-peristiwa di dunia saat ini cukup banyak memperlihatkan bahwa pelanggaran atas hak asasi manusia dalam yurisdiksi domestik kerap terjadi.

C. Bentuk Intervensi Kemanusiaan Menurut Hukum Internasional

Bentuk lain dari suatu intervensi yang diperbolehkan adalah blokade dalam waktu damai. Intervensi ini dijalankan oleh suatu negara untuk memaksa negara lain menepati kewajibannya menurut perjanjian yang dibuat dengan negara yang menjalankan intervensi.⁶¹⁹ Suatu intervensi haruslah bersifat memaksa atau dengan kekerasan. Sifat inilah yang membedakan lembaga intervensi dengan tindakan campur tangan lainnya. Intervensi dijalankan secara lebih aktif terhadap urusan dalam dan luar negeri suatu negara, dan intervensi dapat begitu luas sehingga mencakup tindakan-tindakan militer.

Blokade dalam waktu damai sekiranya hanya dapat dijalankan menurut hukum internasional, apabila penyelesaian sengketa dengan jalan perundingan telah dilakukan tetapi menemui jalan buntu. Suatu tindakan intervensi yang tidak diperbolehkan dengan alasan apapun dan sesungguhnya tidak ada alasan apapun yang dapat dibuat sebagai pembenaran yaitu suatu intervensi yang nyata-nyata akan menimbulkan atau akan lebih membuat suatu keadaan menjadi lebih memburuk. Tindakan intervensi ini bukanlah untuk memberi jalan keluar menuju suatu perdamaian.

Bentuk Intervensi kemanusiaan dapat merupakan tindakan yang meliputi⁶²⁰:

- a. Bantuan logistik dan jaminan keamanan bagi pertukaran atau pemindahan pengungsi atau pelarian serta tugas-tugas yang berhubungan dengan kemanusiaan.
- b. Bantuan teknis, pelatihan, dan keuangan bagi pembersihan ranjau.
- c. Bantuan logistik, keuangan, dan teknis untuk peletakkan senjata, pembebasan dan penyatuan kembali tentara setelah berakhirnya

⁶¹⁹ "Penyelesaian Sengketa Internasional Secara Damai", dimuat di www.hukumit.blogspot.com, diakses tanggal 14 November 2011.

⁶²⁰ Poltak Partogi Nainggolan, "Intervensi Kemanusiaan: Tanggapan Terhadap Berbagai Konflik Pasca Perang Dingin", *Analisa CSIS*, tahun XXIX, No. 2, 2000, hlm. 161-162.

perang saudara, termasuk pelatihan angkatan bersenjata yang sudah dipersatukan setelah berakhirnya pertikaian.

- d. Bantuan teknis dan keamanan bagi organisasi, memantau dan memverifikasi hasil pemilihan umum.

Intervensi kemanusiaan sesuai dengan kebiasaan internasional dilakukan karena adanya sebuah perlakuan kejahatan negara atas penduduknya akibat dari konflik bersenjata. Bentuk-bentuk intervensi kemanusiaan dapat berupa:

1. Bantuan Kemanusiaan (*humanitarian assistance*) dengan keterlibatan negara-negara pihak ketiga atau organisasi internasional untuk merespon situasi darurat dengan melakukan upaya-upaya untuk menyelamatkan umat manusia dan mencegah Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia.
2. Intervensi kemanusiaan, dengan penggunaan militer oleh Negara pihak ketiga walaupun masih diperdebatkan, upaya untuk melindungi keselamatan dan keamanan warga Negara dari pihak Negara penyerang masih mungkin dipergunakan. Hal ini dapat dilihat dalam praktek intervensi kemanusiaan, sangat jelas, baik Liga Bangsa-Bangsa (LBB), Perjanjian Kellog-Briant dan juga Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tidak melarangnya secara tegas.
3. Perjuangan ke arah penekanan militer juga dapat dilakukan melalui penggunaan kekuatan militer secara kolektif, atau yang dikenal sebagai intervensi kolektif. Suatu tindakan dengan memberikan mandat kepada Dewan Keamanan PBB (DK PBB) untuk melakukan intervensi militer secara kolektif didasarkan kepada alasan-alasan sah.

Peranan PBB dalam intervensi kemanusiaan pada dasarnya tidak terlepas dari komitmen pendirian lembaga internasional yang didasarkan pada komitmen "*to prevent war and to strengthen means for conflict resolution*". Dalam laporan tahunan yang disampaikan oleh mantan Sekretariat Jenderal PBB (Koffi A. Annan) pada tahun 2006 dilaporkan bahwa selama masa 10 tahun terakhir hingga 2006, PBB telah melakukan perlindungan yang lebih serius baik dalam bentuk operasi "*peacemaking, peacekeeping dan peacebuilding*". Pada dasarnya *peacekeeping* tidak memiliki definisi secara pasti, namun secara umum *peacekeeping* merupakan suatu teknik yang dibangun, terutama oleh PBB guna membantu melakukan kontrol serta menyelesaikan suatu konflik senjata.⁶²¹

Dalam operasi penjaga perdamaian atau *peacekeeping operations*, usaha yang dilakukan adalah sebagai *conflict termination*, yakni pemisahan permusuhan bersenjata diantara para pihak.⁶²² Terdapat beberapa prinsip yang

⁶²¹ Marrack Goulding, "The Evolution of United Nations Peace Keeping", *International Affairs*, vol.69, No. 3, 1993, hlm. 452.

⁶²² Michael S. Lund, "Early Warning and Preventive Diplomacy", dalam Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson, Pamela Aal, *Managing Global Chaos, Sources of and*

dibangun di dalam peacekeeping operations yang dikemukakan oleh mantan Sekjen PBB, Dag Hammarskold, yaitu:

- a. Peacekeeping operations merupakan operasi dari PBB dibawah perintah dan kontrol Dewan Keamanan,
- b. Peacekeeping operations hanya dapat berdiri apabila memiliki persetujuan (consent) dari - para pihak yang bertikai,
- c. Para pasukan dari *peacekeeping operations* haruslah memiliki sifat impartialitas atau ketidakberpihakan terhadap salah satu pihak yang sedang bertikai,
- d. Para pasukan dari *peacekeeping operations* merupakan pasukan militer yang berasal dari negara anggota PBB secara sukarela, dengan dipersenjatai senjata ringan,
- e. Dalam melakukan operasi, dapat dilakukan dengan menggunakan kekuatan (*use of force*), namun penggunaan tersebut dibatasi seperlunya saja dan hanya untuk membela diri (*self-defence*).⁶²³

Pembentukan *peacekeeping operations* terdapat pada organ PBB yaitu Dewan Keamanan. Dalam membentuk *peacekeeping operations*, Dewan Keamanan memiliki sifat *Ultra Vires*, yakni memiliki kekuasaan yang berlebihan. *Ultra Vires* tidak dimaksudkan kekuasaan yang dimiliki Dewan Keamanan bersifat tidak tak terbatas, melainkan memiliki batasan-batasan secara hukum. Oleh sebab itu Dewan Keamanan tidak dapat bertindak diluar pasal 24 ayat 2 dan pasal 1 ayat 1 Piagam PBB.

Pasal 1 ayat 1 Piagam PBB menyatakan bahwa:

"To maintain international peace and security, and to that end, to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace".

Sedangkan pasal 24 ayat 2 Piagam PBB menyatakan bahwa:

"In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII".

Prinsip-prinsip *peacekeeping operations* PBB mulai berkembang sejak tahun 1988, dengan tidak saja melakukan operasi observasi dan interposisi yang bersifat homogen, yakni dengan mengandalkan militer sebagai satu-satunya komponen, namun lebih kepada operasi yang disesuaikan dengan perkembangan situasi pasca Perang Dingin, yakni melalui keterlibatan masyarakat setempat dalam mengembangkan komunikasi, unsur sipil dan lembaga swadaya masyarakat.

Responses to International Conflict, (Washington D.C, United States Institute of Peace Press, 1996), hlm. 400

⁶²³ Marrack Goulding, Op. Cit., hlm. 453-455.

Operasi perdamaian PBB yang dilakukan pasca Perang Dingin cenderung berada pada konflik internal dan kegiatan tidak saja pada pemeliharaan perdamaian, namun juga kemanusiaan, penegakkan hak asasi manusia, bantuan elektoral, pembangunan dan rekonstruksi perekonomian, pemulihan lembaga sipil, pengembangan pemerintahan dan sistem hukum dan kepolisian.

D. Penutup

Berdasarkan pada pembahasan diatas maka dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut:

- a. Intervensi kemanusiaan hanya dapat dilakukan melalui jalur organisasi internasional ketika dalam situasi konflik bersenjata non-internasional. Pendekatan hukum internasional sebagaimana diatur dalam Piagam PBB memungkinkan negara yang sedang berada dalam konflik bersenjata non-internasional dapat diintervensi dengan ketentuan terdapat pelanggaran HAM kategori berat
- b. Bentuk-bentuk intervensi kemanusiaan Bantuan Kemanusiaan (*humanitarian assistance*), Intervensi kemanusiaan, dengan penggunaan militer oleh negara pihak ketiga, Perjuangan ke arah penekanan militer juga dapat dilakukan melalui penggunaan kekuatan militer secara kolektif, atau yang dikenal sebagai intervensi kolektif. Suatu tindakan dengan memberikan mandat kepada Dewan Keamanan PBB (DK PBB)

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Adjei, Eric., *The Legality of Humanitarian Intervention*, Tesis, University of Georgia, 2005
- Adolf, Huala. *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004
- Alina Kaczorowska, *Public International Law (Textbook)*, Old Bailey Press, London, 2002.
- Amato, Anthony D'., *There is no Norm of Intervention or Non Intervention in International Law*, *International Legal Theory*, ASIL, 2001
- Asep Darmawan, *Prinsip Pertanggungjawaban Pidana Komandan Dalam Hukum Humaniter*, Kumpulan Tulisan, Pusat Studi Hukum Humaniter dan HAM Fakultas Hukum Universitas Trisakti, Jakarta.
- Bedjaoui, Mohammed. *International Law: Achievements and Prospects*, Boston, London: , Unesco-Paris & Martinus Nijhoff Publishers-Dordrecht, 1991
- Boer Mauna, *Hukum Internasional (Pengertian, peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global)*, Edisi ke 2, PT.Alumni, Bandung, 2005.
- Brierly, J. L., *The Law of Nations (an Introduction to the International Law of Peace)*, 5th Edition, Oxford: , Clarendon Press, 1955
- Bryan A Garner, *Black's Law Dictionary*, 7th Ed. Book 1, West Group, St. Paul, Minn, 1999.
- Chairul Anwar, *Hukum Internasional (Pengantar Hukum Bangsa-bangsa)*, Penerbit Djambatan, Jakarta, 1989.
- Charlotte Ku dan Paul Diehl (Editor), *International Law Classic And Contemporary Readings*, Lynne Rienner Publishers, 2009.
- Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson, Pamela Aal, *Managing Global Chaos, Sources of and Responses to International Conflict*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1996.
- D. J. Harris, *Cases And Materials on International Law*, 6th Ed, Sweet & Maxwell, London, 2004.
- D. P. O'Connell, *International Law*, Volume One, Stevens & Sons, London, 1965.
- Dahlan Nasution, *Perang atau Damai Dalam Wawasan Politik Internasional*, CV Remaja Karya, Bandung, 1984.

- Dinstein, Yoram. *War, Aggression and Self-Defence*, Second Edition, Australia: Cambridge University Press, 1994
- Frans E. Likadja, *Bunga Rampai Hukum Internasional*, Binacipta, 1987.
- Hans Kelsen, *General Theory of Law And State*, Anders Wedberg (Penerjemah), Russell & Russell, New York, 1973.
- <http://senandikahukum.wordpress.com/2009/01/13/doktrin-intervensi-kemanusiaan-dalam-hukum-internasional/>. pada 3 juli 2009 15:30:0
- Huala Adolf, *Aspek-aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, Edisi Revisi, PT. RajaGrafindo Persada, Rajawali Press, Jakarta, 2002.
- Ian Brownlie, *International Law And The Use Of Force*, Oxford Clarendon Press, 1963.
- ICRC, *Kekerasan dan Penggunaan Kekerasan*, hlm. 25. Lihat dalam <http://icrcjakarta.info/download/Kekerasan%20dan%20Penggunaan%20Kekuatan.pdf>, diakses pada tanggal 25 Desember 2012.
- J. G. Starke, *Introduction to International Law*, Tenth Edition, Butterworths, London, 1989.
- J. L. Brierly, *The Law of Nations (An Introduction to the International Law of Peace)*, 5th Ed, Clarendon Press, Oxford, London, 1955.
- J.G. Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta 1988.
- J.L. Brierly, *Hukum Bangsa-Bangsa*, Bhratara, Jakarta, 1963.
- J.L. Brierly, *the Law of Nations (an Introduction to the International Law of Peace)*, 5th Ed, Clarendon Press, Oxford, London, 1955.
- John O'Brien, *International Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 2001.
- Kalshoven, Frits., Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, Geneva: ICRC, 2001
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State* (alih bahasa oleh Somardi), Jakarta: Bee Media, 2007.
- Mohammed Bedjaoui (General Editor), *International Law: Achievements and Prospects*, UNESCO (Paris), Martinus Nijhoff Publishers, Netherland, 1991.
- Mullinen, Frederic de., *Handbook on the law of the War for Armed Forces*, Geneve: ICRC, 1987.
- Oppenheim Lauterpacht, *International Law and Treaties*, Longmans, London, 1952.
- Peter Malanzuck, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Ed, Routledge, London & New York, 1997.
- R. C. Hingorani, *Modern International Law*, 2nd Ed, Oceana Publications, INC, New York, London, Rome, 1984.
- Rahman, Abdul., dkk, *Diktat Hukum Humaniter*, 2008.
- Ray August, *Public International Law (Text, Cases, and Readings)*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1995.
- Rebecca M.M. Wallace, *Hukum Internasional*, Bambang Arumanadi (Penerjemah), IKIP Semarang Press, Semarang, 1993.
- Robert McCorquodale & Martin Dixon, *Cases and Materials on International Law*, 4th Ed, Oxford University Press, 2003.

- S. Tasrif, *Hukum Internasional Tentang Pengakuan Dalam Teori dan Praktek*, Abardin, Bandung, 1987.
- Sefriani, *Hukum Internasional (Suatu Pengantar)*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010.
- Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Yogyakarta, 1994.
- Thakur, Ramesh., Dipankar Benerjee, *Democratic Accountability and Use of Force in International Law*, New York: Cambridge Univesity Press, 2003.
- Thomas A.J.A. Vandamme dan Jan-Herman Reestman (Editor), *Ambiguity In The Rule of Law*, Europa Law Publishing Groningen 2001.
- Wallace, Rebecca M. M., *Hukum Internasional (Pengantar Untuk Mahasiswa)*, Bambang Arumanadi (Penerjemah), Cetakan I, Semarang: IKIP Semarang Press, 1993
- William R. Slomanson, *Fundamental Perspectives on International Law*, 3rd Ed, Wadsworth/ Thomson Learning, 2000.
- Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Second Edition, Cambridge University Press, Australia, 1994.

B. Jurnal, Makalah, Artikel & Sumber Internet Lainnya

- "Penyelesaian Sengketa Internasional Secara Damai", dimuat di www.hukumit.blogspot.com, diakses tanggal 14 November 2011.
- "Relevansi Humanitarian Intervention Dan Legalitas Preemptive Use Of Force Dalam Invasi Amerika Serikat Terhadap Irak", lihat dalam <http://leszalombok.blogspot.com/2012/03/relevansi-humanitarian-intervention-dan.html>.
- Adwani, "Perlindungan Terhadap Orang-orang Dalam Daerah Konflik Bersenjata Menurut Hukum Humaniter Internasional", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 12.No. 1, Januari, 2012, hlm. 97.
- Anthony D'Amato, "There is no Norm of Intervention or Non Intervention in International Law, International Legal Theory", *ASIL*, 2001, hlm.20.
- FX.Adji Samekto, "Kasus Aceh, Indonesia Tak Dapat Dituntut", *Suara Merdeka*, Sabtu, 14 Juni 2003. Lihat dalam <http://www.suamerdeka.com/harian/0306/14/kha2.htm>.
- Jost Delbruck, "A Fresh Look At Humanitarian Intervention Under The Authority of United Nations", *Indiana Law Journal*, 1992, hal. 898 – 899.
- Marrack Goulding, "The Evolution of United Nations Peace Keeping", *International Affairs*, vol.69, No. 3, 1993, hlm. 452.
- Oscar Schachter, *Legality of Pro-Democratic Invasion*, *American Journal of International Law* 1984, hlm. 649.
- Poltak Partogi Nainggolan, "Intervensi Kemanusiaan: Tanggapan Terhadap Berbagai Konflik Pasca Perang Dingin", *Analisa CSIS*, tahun XXIX, No. 2, 2000, hlm. 161-162.
- Rahayu, "Eksistensi Prinsip 'Responsibility To Protect' Dalam Hukum Internasional", *MMH*, Jilid 41 No. 1 Januari 2012. Hlm. 129.

Rizanizarli, "Hukum Humaniter Internasional dan Hubungannya Dengan Hak Asasi Manusia", *Jurnal Ilmu Hukum Kanun*, Vol. XI, No. 29, FH UNSYIAH Aceh, Agustus, 2001. Hlm. 394.

Ryan Goodman, Ryan Goodman, *Humanitarian Intervention and Pretexts of War*, International Legal Studies UC Berkeley, hlm. 39. diakses dari <http://escholarship.org/uc/item/3tw008bp>.

Simon Duke, "The State and Human Rights Sovereignty versus Humanitarian Intervention", *International Relations*, Vol. XII, No. 2, Agustus 1994, hlm. 44.

C. Dokumen

Piagam PBB

Deklarasi Wina, 1993

Konvensi Jenewa 1949