



UNIVERSITAS INDONESIA

**ATRIBUSI PERTANGGUNGJAWABAN TERHADAP
NEGARA ATAS TINDAKAN INDIVIDU NON-NEGARA:
STUDI KASUS PUTUSAN BOSNIA v. SERBIA**

SKRIPSI

**Setiawan Y. Sabungan
0504002081**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
DEPOK
JULI 2009**



UNIVERSITAS INDONESIA

**ATRIBUSI PERTANGGUNGJAWABAN TERHADAP
NEGARA ATAS TINDAKAN INDIVIDU NON-NEGARA:
STUDI KASUS PUTUSAN BOSNIA v. SERBIA**

SKRIPSI

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum

**Setiawan Y. Sabungan
0504002081**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
KEKHUSUSAN HUKUM TENTANG HUBUNGAN TRANSNASIONAL
DEPOK
JULI 2009**

Universitas Indonesia

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : Setiawan Y. Sabungan

NPM : 0504002081

Tanda Tangan :

Tanggal : 14 Juli 2009

HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh :

Nama : Setiawan Y. Sabungan
 NPM : 0504002081
 Program Studi : Ilmu Hukum
 Judul Skripsi : Atribusi Tanggung Jawab Terhadap Negara Atas Tindakan Individu Non-Negara: Studi Kasus Putusan Mahkamah Internasional Dalam Bosnia v. Serbia..

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

DEWAN PENGUJI

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

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

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

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

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

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

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

Penguji : Melda Kamil Ariadno, S.H., LL.M. (.....)

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

Ditetapkan di : Depok
 Tanggal : 14 Juli 2009

Universitas Indonesia

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur penulis panjatkan kepada Tuhan Yesus Kristus atas berkat dan karunia-Nya sehingga penulis dapat menyelesaikan skripsi ini dengan baik. Penulisan skripsi ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk menjadi Sarjana Hukum Program Kekhususan VI (Hukum tentang Hubungan Transnasional) pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia).

Penulisan ini terinspirasi dari ketertarikan Penulis terhadap kasus-kasus kemanusiaan yang terjadi di dunia ini. Kasus-kasus tersebut menyentuh perasaan Penulis, karena kekejaman yang terjadi sangatlah hebat. Para pelaku tampak seperti tidak memiliki perasaan dalam melakukan hal-hal tersebut, dan dibutakan karena perbedaan ras, suku, agama.

Pada kesempatan ini pula, Penulis ingin menyampaikan ucapan terima kasihnya kepada pihak-pihak yang secara langsung ataupun tidak langsung membantu menyelesaikan skripsi ini. Ucapan terima kasih terucap untuk:

1. Tuhan Yesus Kristus yang tetap setia memberkati Penulis, walaupun Penulis banyak melakukan kesalahan alias dosa.
2. Segenap keluarga besar penulis, Papi, Mami, Pika, Debi, Sebi, Bapak Tua Bou Epi, Bou Ita, Bou Prima, Uda Ici. Terima kasih atas doa dan dukungannya untuk penulis.
3. Prof. Hikmahanto dan Pak Adijaya atas bimbingan, saran-saran dan pengertiannya sampai skripsi ini selesai. Penulis juga tidak lupa atas uang Rp. 5000 Pak Adi, terima kasih Pak.
4. Teman-teman MUFC, Ramos, Beni, Edo, Kholil, Lanang, Handoyo “Tukang Bakso”, Andrew, Jtk “Bos”, dan lain-lain
5. Teman-teman PK 6, William, Arimbus, Ijul, Theo, Mimi, Bogi, SEMUA
6. Team 5 Tahun Erlina, Deni, Berto, Doyog, Enggar, Geri, Hizbul, Uly, Louis, Afit, Desi, Neil, Sandra, Rey Aprim, Iola dan lain-lain.
7. TEAM GREEN alias Green and the Gank, terdiri dari Green, Christy, Iyuth, Melly, Ike, termasuk Ivan n Kresna.
8. Dan semua teman2 FHUI pada umumnya. Mores, Gideon, Genk Onta, dll. Terutama mantan gebetan dan mantan pacar, hihi.

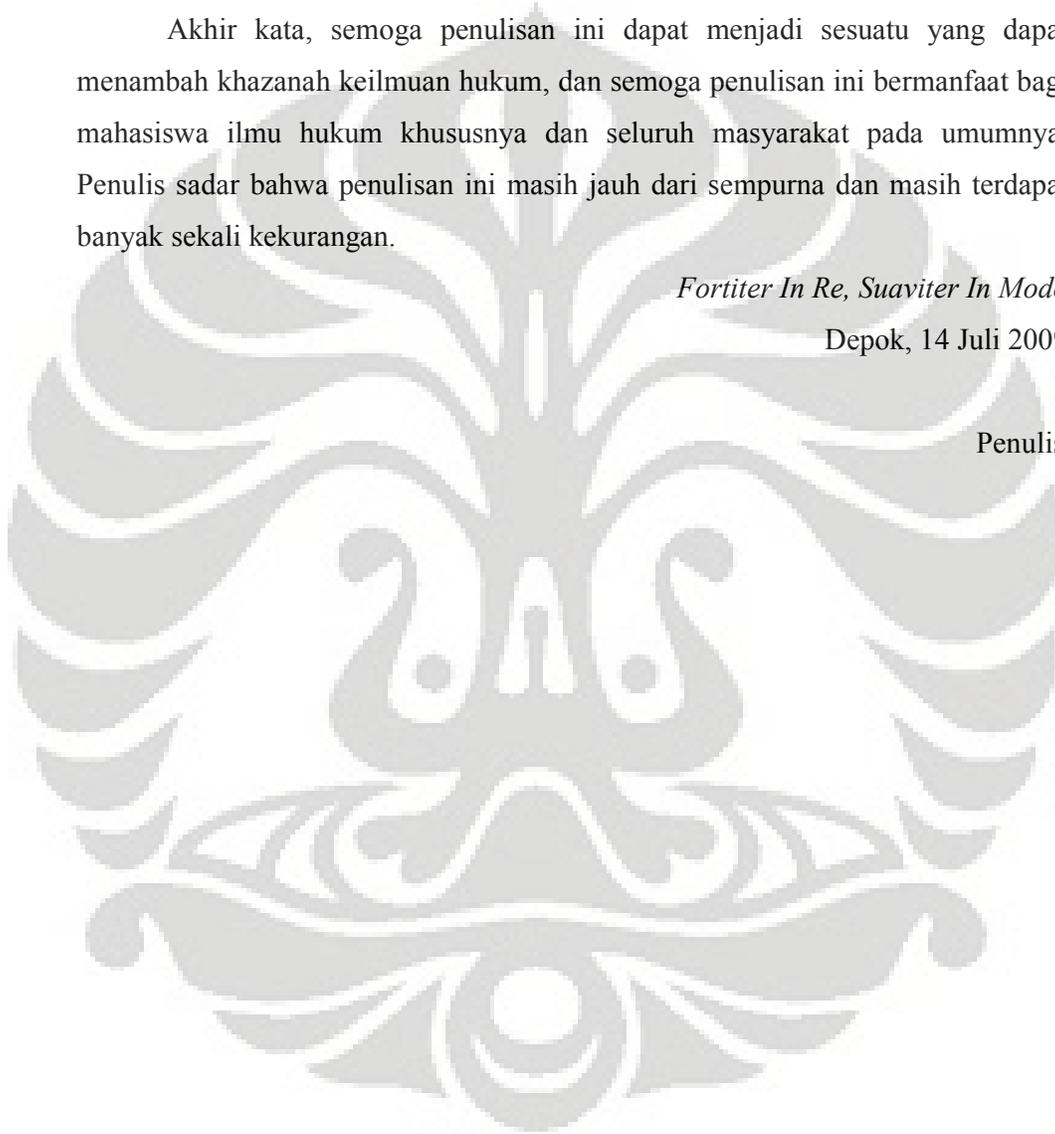
9. Teman-teman sepermainan di luar FHUI, yang walaupun tidak membantu secara langsung, tapi kalau Penulis sedang pusing, tahu kemana harus main.
10. Kepada Pegawai FHUI, Perpustakaan, Kantin, Labkom, Satpam Penulis ucapkan Terima Kasih.

Akhir kata, semoga penulisan ini dapat menjadi sesuatu yang dapat menambah khazanah keilmuan hukum, dan semoga penulisan ini bermanfaat bagi mahasiswa ilmu hukum khususnya dan seluruh masyarakat pada umumnya. Penulis sadar bahwa penulisan ini masih jauh dari sempurna dan masih terdapat banyak sekali kekurangan.

Fortiter In Re, Suaviter In Modo

Depok, 14 Juli 2009

Penulis



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

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

Nama : Setiawan Y. Sabungan
NPM : 0504002081
Program Studi : Ilmu Hukum
Departemen : Program Kekhususan VI (Hukum tentang Hubungan Transnasional)
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Skripsi

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

Atribusi Tanggung Jawab Terhadap Negara Atas Tindakan Individu Non-Negara: Studi Kasus Putusan Mahkamah Internasional Dalam Bosnia v. Serbia.

Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalih-media/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan mempublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok
Pada Tanggal : 14 Juli 2009

Yang menyatakan

(Setiawan Y. Sabungan)

ABSTRAK

Nama : Setiawan Y. Sabungan
Program Studi : Ilmu Hukum/Hukum Tentang Hubungan Transnasional
Judul : Atribusi Tanggung Jawab Terhadap Negara Atas Tindakan Individu Non-Negara: Studi Kasus Putusan Mahkamah Internasional Dalam Bosnia v. Serbia.

Dalam situasi seperti apa hukum internasional harus menyalahkan negara atas tindakan individu non-negara? Walaupun negara pada umumnya tidak bertanggungjawab atas tindakan aktor non-negara, telah ditentukan bahwa tindakan agennya dapat diatribusikan ke negara tersebut. Yaitu tindakan yang hanya berpura-pura sebagai aktor privat dan cukup terhubungnya tindakan tersebut dengan pelaksanaan kekuasaan publik dimana “tindakan privat” tersebut dapat dianggap tindakan negara. Oleh karena itu, skripsi ini menjelaskan mengenai tanggung jawab negara dalam perspektif hukum internasional. Selain itu skripsi ini juga membahas mengenai tanggung jawab negara sehubungan dengan tindakan individu non-negara. Terakhir, skripsi ini menjelaskan pendekatan mengenai peraturan atribusi atas suatu tindakan kepada negara yang dilihat oleh Mahkamah Internasional dalam kasus Bosnia v. Serbia. Dalam hal ini, mendiskusikan atribusi berdasarkan status organ dan atribusi berdasarkan arahan dan kontrol. Secara singkat pembahasannya adalah bahwa tindakan individu atau entitas non-negara dapat diatribusikan ke negara selama memenuhi syarat sebagaimana dituangkan dalam ILC *Draft*. Akan tetapi dalam kasus Bosnia v. Serbia menurut Mahkamah, tindakan Republika Srpska tidak dapat diatribusikan ke Serbia.

Kata kunci:
tanggung jawab negara, atribusi, individu non-negara, status organ, Nikaragua, Tadic, genosida.

ABSTRACT

Name : Setiawan Y. Sabungan
Study Program : Law / Law of Transnational Relations
Title : State Responsibility Attribution for Acts of Non-State Person:
Study Case International Court of Justice Judgement on Bosnia
v. Serbia.

Under what circumstances should international law impute to states the acts of non-state persons? Although states as a general rule are not liable for the conduct of non-state actors, it is now well-settled that the acts of its agent are attributable to the state. That is, the conduct of ostensibly private actors may be sufficiently connected with the exercise of public power that otherwise "private acts" may be deemed state action. Thus, the thesis explains about state responsibility in international law perspective. The thesis also provides more general remarks on the law of state responsibility as it pertains to acts of non-state persons. Finally it analyses the approach concerning the rules of attribution of conduct to a state followed by the ICJ in the Bosnia v. Serbia case, In that regard, it discusses attribution based on organ status and attribution based on direction and control. In short, the act form persons or entity can be attributed to a State, as long it has satisfied any requirement needed from ILC *draft*. But prior to, Bosnia v. Serbia case, the act from the Bosnia Serbs, according to Court's decision, can not be attributed to Serbia.

Key words:

state responsibility, attribution, non-state person, organ status, Nicaragua, Tadic, genocide.

DAFTAR ISI

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS.....	3
HALAMAN PENGESAHAN.....	4
KATA PENGANTAR.....	5
HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI.....	7
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS.....	7
ABSTRAK.....	8
DAFTAR ISI.....	10
BAB 1 PENDAHULUAN.....	1
1.1 Latar Belakang.....	1
1.2 Perumusan Masalah.....	7
1.3 Tujuan Penelitian.....	7
1.3.1 Tujuan Umum.....	7
1.3.2 Tujuan Khusus.....	7
1.4 Manfaat Penelitian.....	8
1.5 Metode Penelitian.....	8
1.6 Metode Operasional Penelitian.....	9
BAB 2 STATUS HUKUM RUANG UDARA DI ATAS PERAIRAN KEPULAUAN TERKAIT DENGAN PENERAPAN KONVENSI CHICAGO	11
2.1 Kedaulatan Negara di Ruang Udara.....	11
2.1.1 Pandangan Kebebasan pada Ruang Udara.....	13
2.1.2 Pandangan Kedaulatan Negara atas Ruang Udara.....	16
2.1.3 Pandangan Ruang Udara Teritorial.....	20
2.1.4 Pandangan Kedaulatan Relatif.....	24
2.2 Kedaulatan Negara di Ruang Udara dan Perairan Kepulauan.....	29
2.2.1 Konsep Negara Kepulauan.....	29
2.2.2 Kedaulatan Negara pada Ruang Udara di Atas Perairan Kepulauan.....	34
BAB 3 KEDAULATAN NEGARA DI RUANG UDARA DI ATAS PERAIRAN KEPULAUAN DAN NEGARA PIHAK KETIGA ..	41
3.1 Negara Pihak Ketiga dan Konsep Negara Kepulauan.....	41
3.1.1 Ruang Udara di Atas Perairan Kepulauan menurut TSC dan Konvensi Jenewa Lainnya.....	41

3.1.2 Penerapan Kedaulatan atas Ruang Udara di atas Perairan Kepulauan pada Negara Pihak Ketiga.....	48
3.2 Konsep Negara Kepulauan sebagai Hukum Kebiasaan Internasional ...	52

BAB 4 POSISI INDONESIA TERKAIT PESAWAT-PESAWAT UDARA ASING YANG MELINTAS DI ATAS PERAIRAN KEPULAUAN INDONESIA 59

4.1 Penerapan Kedaulatan Negara di Ruang Udara pada Perairan Kepulauan dalam Peraturan Perundang-undangan Nasional.....	59
4.1.1 Kedaulatan Indonesia pada Wilayah Udara di Atas Perairan Kepulauan.....	60
4.1.2 Hak dan Kewajiban Pesawat Udara Asing ketika Melintas pada Wilayah Udara Indonesia di Atas Perairan Kepulauan Indonesia	64
4.2 Pelanggaran Wilayah.....	67

BAB 5 PENUTUP 73

5.1. Kesimpulan.....	73
5.2. Saran.....	75

DAFTAR REFERENSI 77

LAMPIRAN.....89

BAB I

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang Permasalahan

Pada tahun 2006 negara berdaulat untuk pertama kalinya dalam sejarah diadili atas dasar Genosida dalam Mahkamah Internasional (*Internasional Court of Justice, ICJ*). Walaupun terdapat kesulitan dalam proses prosedural dan praktis, ICJ dianggap pantas untuk memutus kasus genosida¹ yang dibawa ke ICJ oleh Bosnia-Herzegovina melawan Serbia Montenegro,² dalam hal pertanggungjawaban atas tindakan genosida pada konflik Bosnia yang mengakibatkan pecahnya negara bekas Yugoslavia (*Socialist Federal Republic of Yugoslavia, SFRY*).³ Sehubungan dengan itu, pada dasarnya negara bertanggung jawab baik secara moral maupun secara hukum atas tindakan aparatur-aparatur dan organ-organ negara.⁴ Hal ini termasuk bukan hanya para pejabat dan aparatur negara, tapi juga individu-individu yang tindakannya diatur oleh negara. Negara akan bertanggung jawab dibawah hukum internasional ketika tindakannya, melalui organ-organnya dan aparatur-aparturnya baik resmi ataupun tidak, melanggar kewajiban internasional yang diterima oleh negara tersebut dibawah traktat atau hukum internasional. Hal ini dapat terjadi ketika negara gagal untuk

¹ ICJ, *Bosnia Herzegovina v. Serbia Montenegro, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, dalam General List No. 91. Pembelaan tertulis dan lisan dapat diakses di <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ibhy/ibhyframe.htm>, Diakses pada 12 Januari 2009.

² Sebelumnya Federal Republic of Yugoslavia (FRY), selanjutnya menjadi Serbia.

³ Terjemahan bebas dari Marko Milanovic, *State Responsibility for Genocide*, dalam *European Journal of International Law*, vol. 17, No. 553, 2006, hal. 1.

⁴ CAVR, *Final Report of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor*, part 8, hal 2. CAVR sendiri merupakan singkatan dari *Comissao de Acqhimento Verdade e Reconsiliacao* atau Komisi Penerimaan, Kebenaran dan Rekonsiliasi di Timor Timur.

mencegah kekerasan atau untuk menginvestigasi dan menghukum individu-individu yang bertanggung jawab.

Mengenai peraturan pertanggungjawaban negara atas tindakan salah dari organ-organnya, sejak 1949 *Internasional Law Commision* (ILC) memfokuskan pada pembuatan *Draft Articles* yang membahas mengenai *internationally wrongful act of a state*. Tahun-tahun tersebut, ILC berusaha mendefinisikan prinsip-prinsip hukum yang mengatur pertanggungjawaban, hal mana yang disebut dengan *secondary rules*, yang berlainan dengan *substantive rules* yang mendefinisikan kewajiban negara pada konteks tertentu.⁵

Sebagai jawaban atas Resolusi Majelis Umum PBB 799 (VIII) 7 Desember 1953 yang meminta ILC untuk mengambil langkah perlu dengan segera, ILC, pada sesinya yang ketujuh, tahun 1955, memutuskan untuk mulai mempelajari Pertanggungjawaban Negara dengan menunjuk F.V. Garcia Amador sebagai *Special Rapporteur*.⁶

First-Reading dari ILC *Draft Articles on State Responsibility* sendiri memakan waktu lebih dari 30 tahun untuk menyiapkan, dibawah kepemimpinan *Special Rapporteur* Roberto Ago (1962-1979), Willem Riphagen (1980-1986), dan Gaetano ArangioRuiz (1987-1996). Konsepsi dasar dari *draft articles* serta isi dan struktur dari bagian 1 adalah hasil pekerjaan Ago. Pasal-pasal awal dari Bagian 2, khususnya Pasal 40 yang mendefinisikan “injured State,” disiapkan dibawah kepemimpinan Riphagen, sementara sisa dari Bagian 2 direvisikan dan diselesaikan dibawah Arangio-Ruiz.⁷

Adalah hasil dari *Special Rapporteur* James Crawford sehingga bagian ke 3, mengenai masalah penyelesaian sengketa, ditambahkan, dengan asumsi bahwa keseluruhan teks ILC Draft akan menjadi sebuah traktat. ILC mengadopsi

⁵ Mohamad Mova Al ‘Afghani, *Konsep Kealpaan dalam Hukum Pertanggungjawaban Negara*, diakses pada 12 Januari 2009 dari http://www.theceli.com/index.php?option=com_docman&task=doc_download&Itemid=5&gid=10, hal. 2.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.* hal. 3.

keseluruhan teks mengenai *State Responsibility* pada sesinya yang ke-53 di Jenewa, 23 April-1 Juni dan 2 Juli-10 August 2001.⁸

Peraturan mengenai permasalahan atribusi sendiri diatur dalam bagian tersendiri yakni pada bagian 2 dari ILC *Draft Articles* mulai dari pasal 4 sampai pasal 11. Hal mengenai atribusi diatur dalam bagian tersendiri karena permasalahan atribusi atas *internationally wrongful acts* dari negara sering menjadi permasalahan inti dalam pengadilan internasional. Hal ini dapat dilihat dari kasus ICJ mengenai Nicaragua (Nicaragua case)⁹ yang terkait tanggung jawab Amerika Serikat atas kekejaman yang dilakukan oleh *contras*, kemudian putusan ICJ dalam *Teheran Hostages*¹⁰ dan dalam *Tadic Appeals Chamber case*¹¹ yang diputuskan oleh *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* (ICTY). Permasalahan atribusi juga memainkan peran penting dalam putusan ICJ pada 26 Februari 2007 dalam kasus *Bosnia v. Serbia*. ICJ menemukan bahwa pembantaian di Srebrenica dilakukan oleh beberapa kelompok Bosnia Serbia merupakan tindakan genosida yang melanggar Konvensi Genosida yang akan menjadi subyek tulisan ini. Setelah Mahkamah Internasional menemukan bahwa pembantaian di Srebrenica yang dilakukan oleh beberapa kelompok Bosnia-Serbia merupakan genosida dan melanggar Konvensi Genosida setelah itu timbul pertanyaan apakah tindakan tersebut dapat diatribusikan pada Serbia.¹²

Pertikaian di Bosnia Herzegovina sendiri dilatarbelakangi¹³ ketika pada tanggal 6 Maret 1992 Pemerintah Bosnia mendeklarasikan bahwa Bosnia dan

⁸ UN. Doc.A/CN.4/L.6023/Rev.1, 26 July 2001

⁹ ICJ, *Nicaragua v. U.S.A., Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, putusan tanggal 27 Juni 1986, [1986] ICJ Rep. 1.

¹⁰ ICJ, *U.S.A v. Iran, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case*, putusan tanggal 24 Mei 1980, ICJ Rep. 1

¹¹ ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a 'Dule', Judgement (Appeals Chamber)*, Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999 (hereinafter *Tadic Appeals Chamber case*).

¹² Awalnya tuntutan tersebut ditujukan kepada Republik Federal Yugoslavia karena alasan suksesi negara, pihaknya diganti pada 4 Februari 2003 menjadi Serbia dan Montenegro dan pada 3 Juni 2006 menjadi Republik Serbia.

Herzegovina telah menjadi sebuah negara merdeka, setelah sebelumnya Kroasia dan Slovenia merdeka dari Yugoslavia. Kemerdekaan tersebut terjadi setelah Komisi Arbitrase Uni Eropa meminta kepada Bosnia dan Herzegovina untuk mengadakan referendum untuk menentukan kemerdekaan. Referendum tersebut diadakan tanggal 29 dan 1 Maret 1992. Meskipun terjadi boikot dari etnik Serbia Bosnia, mayoritas rakyat Bosnia dan Herzegovina lebih memilih kemerdekaan.¹⁴ Kemudian pada tanggal 6 April 1992 Masyarakat Eropa dan diikuti Amerika mengakui eksistensi Bosnia Herzegovina. Dalam Konflik di Bosnia Herzegovina menarik perhatian dunia internasional karena terjadinya pengusiran dan praktek penghapusan etnik. Sekitar 150.000 sampai dengan 200.000 orang meninggal dalam konflik di bekas wilayah Yugoslavia.

Terjadinya perpecahan tersebut di wilayah teritorial negara federasi Yugoslavia mengakibatkan pecah perselisihan antar negara dengan didasari etnik dari negara masing-masing. Tidak jarang perselisihan tersebut dilakukan dengan kekuatan bersenjata. Kontak senjata tidak hanya terjadi antara tentara nasional Yugoslavia (JNA) yang dibantu oleh Tentara Serbia Montenegro dengan tentara lokal Bosnia dan Herzegovina (HbiZ), tetapi juga terjadi antara HbiZ dengan tentara Nasional Kroasia atau Tentara Pertahanan Kroasia (HVO). Sebagai akibat dari pecahnya perang tersebut timbulah masalah kejahatan terhadap hukum perang dan tindakan-tindakan kejahatan lain (genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan) yang dilakukan oleh pihak-pihak yang bersengketa secara sistematis, meluas dan ditujukan kepada sasaran sipil. PBB akhirnya mencoba untuk menghentikan konflik dan akhirnya dicapai kesepakatan untuk menghentikan pertempuran dan penarikan pasukan JNA di wilayah konflik. Kemudian sebagai tindak lanjut usaha tersebut Dewan Keamanan PBB melalui

¹³ Mengenai latar belakang ini lihat ICTY, Zefnil Delalic et.al, Judgement Case No. IT-96-21-T, The Hague, 16 November 2001, hal. 41-47.

¹⁴ Bosnia Herzegovina adalah negara yang paling heterogen penduduknya diantara negara-negara federasi Yugoslavia yang terdiri 43,5% Muslim, 31,2 Serbia, 17,4% warga keturunan Kroasia. Di beberapa wilayah di Bosnia dan Herzegovina para etnik tersebut bercampur menjadi satu. November 1990 Bosnia Herzegovina mengadakan pemilu yang diikuti oleh *Democratic Action Party* (SDA/Muslim), SDS dan HDZ. Pemilu tersebut menghasilkan pemerintahan koalisi yang dipimpin oleh tujuh orang dalam suatu Presidium yang dipimpin Alija Izetbegovic (SDA).

Resolusi 743 Tanggal 21 Februari 1992 membentuk *United Nation Protection Force* (UNPROFOR) untuk menjalankan tugas pengamanan dan mengawasi penarikan pasukan JNA dari Kroasia.

Permasalahan pengatribusian dalam kasus Bosnia v. Serbia adalah karena genosida yang dilakukan di Srebrenica bukan dilakukan organ resmi negara Republik Federal Yugoslavia (dalam kasus ini sekarang disebut Serbia) tetapi oleh organ yang tidak ada hubungan resmi atau legal terhadap Serbia. Oleh karena itu perlu diketahui mengenai bagaimana cara untuk menentukan pengatribusian tanggung jawab tindakan individu non-negara kepada negara. Sehubungan dengan hal ini, pada 14 Juli 1997, *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia Since 1991* menghukum Dusko Tadic dua puluh tahun penjara.¹⁵ Pada 7 Mei 1997 tiga hakim yang mengadili dalam pengadilan tersebut dengan suara bulat menyatakan Tadic bersalah atas sebelas tuduhan.¹⁶ Akan tetapi *Presiding Judge* (Hakim Ketua) Gabrielle Kirk McDonald asal Amerika Serikat menulis *dissenting opinion* (opini terpisah) dan berbeda atas hal apa yang paling tepat untuk menguji tindakan aktor non-negara berdasarkan hukum internasional.

Berangkat dari paparan diatas maka penulisan proposal skripsi ini berjudul **Atribusi Tanggung Jawab Terhadap Negara Atas Tindakan Individu Non-Negara: Studi Kasus Putusan Mahkamah Internasional Dalam Bosnia v. Serbia.**

¹⁵ Lihat artikel *Tribunal Sentences Serb to 20 Years*, L.A. TIMES, 15 Juli, 1997, hal. A8 dan; Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule" (sentencing judgment) <http://www.un.org/icty/70714se2.htm> (diakses pada 14 September, 2008).

¹⁶ Lihat Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule" (judgment) <http://www.un.org/icty/tad-jtc.htm> (diakses pada 14 September, 2008).

1.2. Pokok Permasalahan

Bertitik tolak dari uraian-uraian yang telah dikemukakan dalam latar belakang tersebut, maka perlu adanya suatu perumusan masalah-masalah yang akan dibahas secara sistematis.

Beberapa permasalahan yang akan dibahas dalam skripsi ini dirumuskan sebagai berikut:

1. Bagaimanakah pertanggungjawaban negara (*State Responsibility*) dalam perspektif hukum internasional?
2. Bagaimanakah pengaturan konsep atribusi pertanggungjawaban individu atau entitas yang pada faktanya bertindak atas nama negara berdasarkan hukum internasional?
3. Bagaimanakah konsep atribusi yang diterapkan oleh Mahkamah Internasional dalam kasus Bosnia v. Serbia?

1.3. Tujuan Dan Kegunaan Penelitian

Berkenaan dengan masalah pertanggungjawaban negara terkait dengan tindakan individu non-negara maka tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah:

- a. Memberikan deskripsi dan analisa yuridis historis mengenai prinsip tanggung jawab negara.
- b. Memberikan deskripsi dan analisa secara yuridis mengenai konsep atribusi pertanggungjawaban atas tindakan individu atau kelompok atau entitas terhadap negara dalam hukum internasional.
- c. Memberikan deskripsi dan analisa mengenai konsep atribusi yang diterapkan oleh Mahkamah Internasional dalam kasus Bosnia v. Serbia.

Manfaat dari tulisan ini hendaknya mencapai apa yang diharapkan yaitu:

a. Manfaat Teoritis

Hasil dari penelitian ini diharapkan mampu memberikan sumbangan bagi ilmu pengetahuan.

b. Manfaat Praktis

Hasil penelitian ini diharapkan bisa menjadi bahan masukan di masa depan bagi pihak atau institusi yang terkait dalam permasalahan pengatribusian tanggung jawab terhadap negara yg terutama dilakukan oleh individu yang bertindak atas nama negara.

1.4. Kerangka Konseptual

Kerangka konseptual sebagai acuan dari penelitian ini agar penelitian ini terarah dan tidak meluas sehingga tercapai apa yang dimaksudkan.

1. Tanggung Jawab Negara

Tanggung jawab Negara telah dinyatakan secara tegas dibatasi pada “pertanggungjawaban negara-negara bagi tindakan-tindakan yang secara internasional tidak sah”.¹⁷ Selain itu merupakan prinsip dalam hukum internasional yang mengatur mengenai timbulnya pertanggungjawaban suatu negara kepada negara lainnya yang telah dikodifikasi dan diadopsi oleh International Law Commission dalam *ILC Draft Articles on State Responsibility*, ILC’s 53rd Session, Jenewa, 2001¹⁸

¹⁷ J.G. Starke, Pengantar Hukum Internasional (edisi kesepuluh), Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hal. 391.

¹⁸ Mohamad Mova Al ‘Afghani, *op. cit.*, hal. 5.

2. Atribusi

Keterhubungan antara suatu *Act*¹⁹ atau *Omission*²⁰ dengan negara sehingga dapat dikategorikan sebagai tindakan negara.²¹ Dapat juga dikatakan entitas individual atau secara kelompok yang mempunyai status organ dari suatu negara berdasarkan hukum internalnya, dimana tindakannya dapat dinyatakan sebagai tindakan negara (*acts of the State*) sehingga dapat dihubungkan dengan negara menurut hukum internasional.²²

3. Individu yang bertindak atas nama negara

Merupakan suatu kelompok atau individu yang tidak memiliki keterkaitan secara formal atau legal terhadap negara, akan tetapi dapat dikatakan memiliki hubungan dengan negara tersebut. Serta tindakan kelompok atau individu ini juga dapat dikatakan merupakan tindakan suatu negara dibawah hukum internasional jika kelompok atau individu tersebut memang dalam melaksanakan tindakannya berada dibawah instruksi, arahan dan kontrol dari negara tersebut. Hal ini diatur dalam Pasal 8 ILC *Draft*

4. *International Law Commission (ILC)*

¹⁹ Tindakan aktif negara dalam melanggar suatu kewajiban internasional.

²⁰ Kegagalan negara untuk menjalankan suatu kewajiban internasional tertentu, dapat dikatakan tindakan pasif.

²¹ Mohamad Mova Al 'Afghani, *op. cit.*, hal. 6.

²² *Comentary to Article 5, "Text of the draft articles provosinally adopted by the Commission on first reading"*, dari Lauterpacht Research Centre for International Law, State Responsibility Project.

Organisasi dibawah PBB yang didirikan lewat *United Nations General Assembly Resolution 174 (II) 1974* beranggotakan sekumpulan pakar Hukum Internasional yang bertugas antara lain mengkodifikasikan norma-norma dalam hukum Internasional untuk melaksanakan Pasal 13 ayat 1 piagam PBB.²³

1.5. Metodologi Penelitian

Metode yang digunakan dalam penelitian ini menggunakan pendekatan normatif, deskriptif kualitatif, dan analitis, yaitu penelitian yang dilakukan dengan mengumpulkan dan mempelajari data-data primer dan sekunder untuk mengetahui dan menganalisis norma-norma hukum yang terdapat dalam berbagai peraturan perundang-undangan, putusan-putusan pengadilan dan dari bahan pustaka atau data sekunder.²⁴

Bahan kepustakaan atau data sekunder tersebut dapat digolongkan dalam dua bahan hukum, yaitu bahan hukum primer (*primary sources*) dan bahan hukum sekunder (*secondary sources*).

Bahan hukum primer adalah bahan hukum yang isinya mengikat karena dikeluarkan oleh pemerintah atau negara, antara lain Konstitusi, Peraturan perundang-undangan nasional dan putusan-putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap serta traktat. Sedangkan badan hukum sekunder ialah bahan-bahan yang isinya membahas bahan primer, contohnya buku-buku, artikel, laporan penelitian, dan berbagai karya tulis ilmiah lainnya. Bahan hukum tersier ialah bahan-bahan yang bersifat menunjang bahan hukum primer dan sekunder, contohnya kamus, buku pegangan, almanak dan sebagainya, yang semuanya dapat disebut bahan referensi (bahan acuan/bahan rujukan).

²³ Lebih lanjut mengenai ILC dapat dilihat di situs: <http://www.un.org/law/ilc/introfra.htm>

²⁴ Soerjono Sukanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, (Jakarta, PT. Raja Grafindo Perkasa, 2001), hal. 14.

Bahan hukum primer (*primary sources*) yang penulis gunakan dalam tulisan ini terutama adalah *ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* serta berbagai peraturan perundangan lain dan peraturan pelaksanaannya yang berkaitan erat dengan penulisan skripsi ini. Sedangkan bahan sekunder yang dipergunakan adalah buku-buku, artikel, hasil penelitian dan beberapa karya ilmiah lainnya, yang bahan-bahan tersebut penulis peroleh dari Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, artikel internet, artikel *westlaw*, dan dari sumber-sumber lainnya.

Dengan bahan-bahan tersebut diharapkan dapat diketahui prinsip-prinsip hukum tertentu berkaitan dengan prinsip tanggung jawab negara dalam kasus Timor Timur. Dengan demikian, akan berupaya menganalisis pengertian tanggung jawab negara.

1.6. Sistematika Penulisan

Sesuai dengan segala uraian dalam latar belakang dan perumusan masalah yang telah dikemukakan di muka, penelitian ini ditulis dalam lima bab, dengan sistematika sebagai berikut:

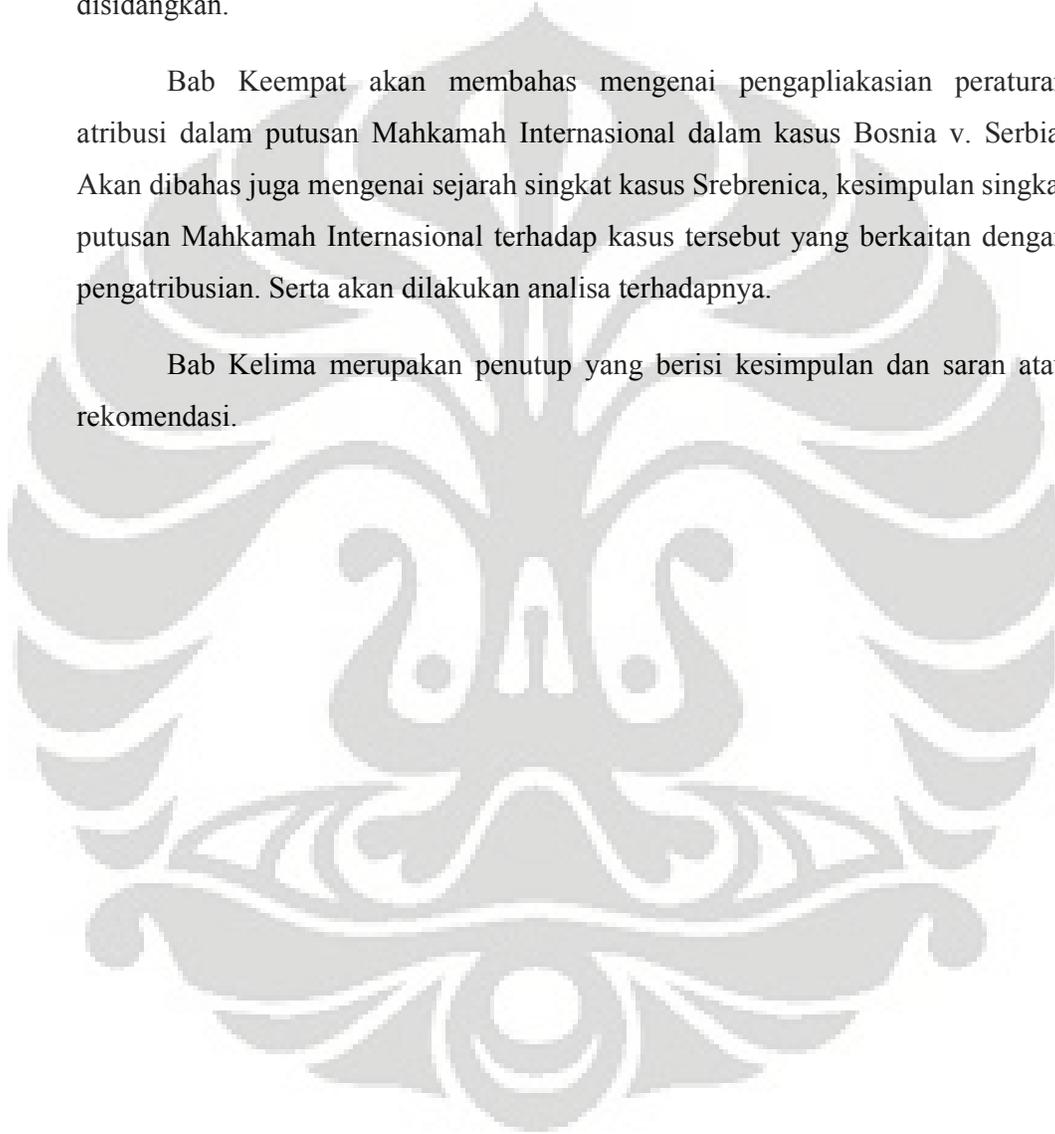
Bab Pertama, merupakan bab pendahuluan yang membahas mengenai latar belakang penelitian, perumusan masalah, tujuan penelitian, kerangka konseptual, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

Bab Kedua menguraikan pembahasan tentang topik yang akan diulas, yakni teori mengenai pertanggungjawaban negara, diawali dengan Dalam Bab II akan dibahas tinjauan secara umum mengenai *Law on State Responsibility*, Kedudukan *ILC Draft Articles on state Responsibility*, Sejarah Pembentukan *ILC Draft Articles on State Responsibility*, Kekuatan Mengikat *ILC Draft Articles on State Responsibility*, Pelanggaran Kewajiban Internasional, Atributabilitas dan Cara Timbulnya Pertanggungjawaban Negara dalam *ILC Draft Articles on State Responsibility* yang melingkupi Tindakan (Act) serta Kealpaan (*Omission*)

Bab Ketiga akan membahas khusus mengenai konsep atribusi dalam hukum internasional. Seperti konsep atributabilitas, pemilihan terminologi atribusi dan pengaturannya dalam *ILC Draft Articles on state Responsibility*. Serta membahas mengenai konsep pengatribusian pertanggungjawaban kepada oleh individu dan juga bagaimana penerapannya dalam kasus-kasus yang telah disidangkan.

Bab Keempat akan membahas mengenai pengaplikasian peraturan atribusi dalam putusan Mahkamah Internasional dalam kasus Bosnia v. Serbia. Akan dibahas juga mengenai sejarah singkat kasus Srebrenica, kesimpulan singkat putusan Mahkamah Internasional terhadap kasus tersebut yang berkaitan dengan pengatribusian. Serta akan dilakukan analisa terhadapnya.

Bab Kelima merupakan penutup yang berisi kesimpulan dan saran atau rekomendasi.



BAB II

PERTANGGUNGJAWABAN NEGARA DALAM PERSPEKTIF HUKUM INTERNASIONAL

2.1 Praktek-praktek di Pengadilan Internasional Mengenai Tanggung Jawab Negara

Berikut akan disajikan dua kasus mengenai tanggung jawab negara yang menjadi perhatian utama masyarakat internasional. Dua kasus ini tidak mempunyai hubungan langsung dengan kasus Bosnia v. Serbia yang menjadi pokok permasalahan, tetapi prinsip-prinsip yang dikandungnya mempengaruhi perkembangan hukum internasional terutama dalam hal tanggung jawab negara.

Kasus pertama adalah Trail Smelter, merupakan contoh nyata dari tindakan suatu negara yang menimbulkan tanggung jawab internasional. Sedangkan kasus kedua adalah kasus selat Corfu (*Corfu Channel Case*) yang merupakan contoh dari omisi yang menimbulkan tanggung jawab negara.. Ringkasan kedua kasus tersebut adalah sebagai berikut:

2.1.1 Kasus Trail Smelter²⁵

2.1.1.1 Kasus Posisi

Para Pihak yang bersengketa dalam kasus ini adalah Amerika Serikat dan Kanada dan bermula pada tahun 1986 dimana sebuah *smelter*²⁶ dibuat dibawah

²⁵ Badan Arbitrase Internasional, *Convention for Settlement of Difficulties Arising From Operation of Smelter at Trail*, British Columbia U.S. Treaty Series No. 893, Ditandatangani di Ottawa, April 15, 1935; ratifikasi Agustus, 3, 1935. Dalam Burns H. Weston, Richard A. Falk dan Anthony A. D' Amato (1980), *International Law and World Order*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., hal. 441-446.

²⁶ Dalam *Encyclopædia Britannica*. Retrieved May 5, 2003, from *Encyclopædia Britannica Premium Service*. <http://www.britannica.com/eb/article?eu=70026> diakses pada 19 Desember 2008, memberi pengertian mengenai *smelting* yakni: *process by which a metal is obtained, either as the element or as a simple compound, from its ore by heating beyond the*

pengawasan Amerika di sebuah tempat yang disebut dengan Trail. Pada 1906, Consolidated Mining and Smelting company of Canada, Limited, memperoleh sertifikat pendirian dari pihak yang berwenang di Kanada dan perusahaan tersebut memiliki sebuah *smelter plant* di Trail ketika perusahaan tersebut didirikan. Sejak saat itu, perusahaan Kanada, tanpa gangguan, telah mengoperasikan *smelter* dari waktu ke waktu sampai *smelter* tersebut menjadi *smelting plant* yang terbesar di benua itu. Pada 1925 dan 1927, dua tumpukan bijih setinggi 409 kaki diproses. Penambahan produk ini menghasilkan asap sulfur dioksida dibuang ke udara, dan mencapai Amerika Serikat. Pada 1916, sekitar 5,000 ton sulfur per bulan dikeluarkan; pada 1924, sekitar 4,700 ton dan pada 1926, sekitar 10,000 ton, atau dengan kata lain, sebanyak 300-350 ton sulfur dikeluarkan setiap harinya.pada 1930. Sejak 1925 dan setidak-tidaknya, sampai akhir 1931, kerusakan terjadi di Negara bagian Washington dihasilkan dari sulfur dioksida yang dikeluarkan dari *Trail Smelter*.

Dua tahun kemudian pemerintah Amerika Serikat memberi semacam keluhan kepada pemerintah Kanada yang intinya mengemukakan bahwa kondisi-kondisi yang ada masih jauh dari memuaskan dan kerusakan terus berlangsung, sehingga perlu diadakan pembaruan pembicaraan diplomatik. Kedua negara sepakat untuk membawa persoalan ini ke badan arbitrase berdasarkan konvensi yang berlaku di kedua negara yang ditandatangani tanggal 15 April 1935.

Terdapat tiga permasalahan dalam kasus ini yang menjadi pertanyaan bagi Putusan Badan Arbitrase Internasional. Pertama, apakah kerusakan yang disebabkan oleh pabrik di Trail dan timbul di negara bagian Washington telah ada sejak 1 Januari 1932? Jika memang benar, berapa kerugian yang harus diganti? Dalam pertanyaan ini Badan arbitrase menyatakan bahwa asap yang ditimbulkan dari pabrik Trail naik ke udara dan mengikuti arah angin, dibawa ke lembah, memasuki Amerika Serikat. Setelah melakukan berbagai cara pengukuran, badan arbitrase menetapkan ganti rugi yang harus dibayar pemerintah Kanada selama

melting point, ordinarily in the presence of oxidizing agents, such as air, or reducing agents, such as coke. The first metal to be smelted in the ancient Middle East was probably copper (by 5000 BC), followed by tin, lead, and silver.

periode 1 Januari 1932 sampai 1 Oktober 1937 kepada pemerintah Amerika Serikat, sebesar US\$ 78.000.

Kedua, untuk mengesahkan pertanyaan pertama, apakah perlu untuk menghentikan pengoperasian pabrik di Trail? Jika memang demikian sampai kapan? Dalam hal ini Badan Arbitrase memutuskan bahwa pengoperasian pabrik di Trail dapat dilanjutkan dengan syarat tidak menyebabkan kerusakan sampai tanggal 1 Oktober 1940, saat mana akan keluar putusan akhir yang akan menentukan semuanya.

Ketiga, Pedoman apa yang dipakai dalam menentukan putusan kasus ini? Dalam pertanyaan ini Badan arbitrase menyatakan bahwa pedoman yang dipakai adalah pengetahuan yang memadai dan intensif dari keadaan meteorologi di lembah dan menyarankan perbaikan metode pengoperasian peleburan, yang akan sangat berguna untuk mencegah gangguan-gangguan di masa mendatang tanpa bermaksud membatasi produksi pabrik di Trail

2.1.1.2 Putusan Akhir

Setelah mempertimbangkan keadaan yang berhubungan dengan kasus ini, badan arbitrase memutuskan bahwa negara Kanada bertanggung jawab menurut hukum internasional terhadap tindakannya di pabrik peleburan Trail.

2.1.2 Kasus Selat Corfu²⁷

2.1.2.1 Kasus

Para pihak dalam kasus ini adalah Inggris Raya dan Albania, kasus selat Corfu ini timbul dari insiden yang terjadi tanggal 22 Oktober 1946 di selat Corfu: dua kapal perusak Inggris membentur ranjau di perairan Albania dan menderita kerusakan, termasuk adanya korban jiwa. Inggris menyitir Resolusi 9 April 1947 dari Dewan Keamanan yang merekomendasikan kedua pemerintah untuk menyerahkan kasus

²⁷ I.C.J. Reports (1949), hal. 4, sebagaimana dikutip oleh Gerhard von Glahn (1986), *Law Among Nations*, Fifth Edition. New York: MacMillan Publishing Co., hal. 337-340.

mereka ke Pengadilan. Inggris kemudian menyerahkan perkara dimana Albania berkeberatan atas yurisdiksi Pengadilan, namun keberatan ini ditolak lewat keputusan Maret 25, 1948, dimana Pengadilan menyatakan bahwa dirinya memiliki Yurisdiksi. Pada hari yang sama, kedua pihak menyimpulkan sebuah *Special Agreement* dengan memberikan pertanyaan kepada Pengadilan:

1. Apakah Albania bertanggungjawab atas ledakan, dan apakah ada kewajiban untuk membayar kompensasi?
2. Apakah Kerajaan Inggris telah melanggar Hukum Internasional lewat tindakan Angkatan Lautnya di Laut Albania, pada hari pertama ledakan terjadi dan, kedua, pada 12 dan 13 November, 1946, ketika kapalnya menyapu ranjau di selat?

Fakta-faktanya adalah sebagai berikut. Pada 22 Oktober 1946, dua *cruisers* Inggris dan 2 kapal perusak, datang dari selatan, memasuki Selat Corfu Utara. Selat yang mereka susuri, yang berada di perairan Albania, dinyatakan sebagai aman: selatnya pernah disapu pada 1944 dan di sapu kembali pada 1945. Salah satu kapal perusaknya, Saumarez membentur ranjau dan rusak parah. Kapal perusak yang lain, *Volage*, dikirim untuk membantunya dan, ketika sedang mendereknya, membentur ranjau lain dan rusak lebih parah lagi. Empat puluh lima perwira dan pelaut Inggris kehilangan hidupnya, dan, 42 lainnya terluka.

Sebuah insiden pernah terjadi di perairan ini, pada bulan Mei ke 15 tahun 1946: sebuah *battery* Albania menembakkan ke arah 2 *cruisers* Inggris. Pemerintah Inggris memprotes, menyatakan bahwa *innocent passage* lewat selat adalah hak yang dikenal dalam hukum Internasional; Pemerintah Albania menyatakan bahwa kapal perang asing dan kapal dagang dilarang masuk laut teritorial Albania tanpa izin sebelumnya; dan pada Agustus ke2, 1946, pemerintah Inggris telah menyatakan bahwa, apabila di masa depan, tembakan dilepaskan kepada kapal perang Inggris yang melintasi selat, maka kapal Inggris akan membalasnya. Akhirnya, pada 21 September 1946, Pangkalan di London mengirimkan kabar kepada *British Commander-in-Chief* di Mediterranean perihal dampak berikut: " Hubungan diplomatik dengan Albania sedang dipertimbangkan

oleh His Majesty's Government yang ingin mengetahui apakah Pemerintah Albania telah belajar untuk bersikap.”

Setelah ledakan tanggal 22 Oktober Pemerintah Inggris mengirimkan nota ke Tirana perihal niatnya untuk melakukan sweeping di Corfu Channel. Jawaban dari Albania adalah bahwa izin tidak akan diberikan kecuali operasi penyapuan ranjaunya berada di luar Laut Teritorial Albania dan bahwa penyapuan yang dilakukan di perairan-perairan tersebut merupakan pelanggaran kedaulatan Albania.

Penyapuan yang dilakukan oleh AL Inggris terjadi tanggal 12/13 November 1946, di laut teritorial Albanian dan berada dalam jarak selat yang sebelumnya disapu. 22 ranjau dijinakkan, ranjau-ranjau tersebut adalah tipe GY buatan Jerman.

Pertanyaan pertama yang berada dalam *Special Agreement* tersebut adalah mengenai pertanggungjawaban Albania dalam hukum Internasional akibat ledakan tanggal 22 Oktober, 1946.

2.1.2.2 Putusan Pengadilan:

Pengadilan menemukan, pada kesempatan pertama, bahwa ledakan disebabkan oleh ranjau-ranjau yang ditemukan di ladang ranjau yang ditemukan pada 13 November. Tidak dibantah bahwa ladang ranjau ini ditanam baru-baru saja. Karena ranjau-ranjau ini berada dalam selat, yang sebelumnya pernah disapu dan dideklarasikan sebagai “aman”, akan tetapi kemudian ledakan tersebut terjadi. Sifat dari kerusakan menunjukkan bahwa sumbernya berasal dari ranjau yang sama yang dibersihkan pada November 13th; akhirnya, teori bahwa ranjau yang ditemukan pada 13 November mungkin ditanam setelah ledakan pada Oktober 22 terlalu meragukan untuk dapat diterima.

Dalam kondisi ini pertanyaan yang timbul adalah apakah yang menjadi dasar hukum pertanggungjawaban Albania. Pengadilan tidak merasa bahwa dirinya perlu memberikan perhatian serius bahwa Albania sendiri yang menanam ranjau: saran tersebut hanya dikedepankan *pro memoria*, tanpa bukti-bukti yang

mendukungnya dan tidak dapat dihubungkan dengan fakta yang tak terbantahkan bahwa, pada keseluruhan litoral Albania, hanya terdapat beberapa *launches* dan *motor boats*. Tetapi Inggris juga menuduh bahwa penanaman ranjau telah dilaksanakan oleh 2 kapal Yugoslavia lewat permintaan Albania, atau dengan persetujuannya. Pengadilan menemukan bahwa kesimpulan ini tidak dapat ditemukan.

Inggris juga berpendapat bahwa siapapun pelaku dari penanaman ranjau, tidak dapat dilaksanakan tanpa sepengetahuan Albania. Benar, bahwa fakta bahwasanya ranjau-ranjau yang ditaruh di perairan Albania tidak melibatkan pertanggungjawaban *prima facie* maupun menggeserkan beban pembuktian. Dengan kata lain, kontrol eksklusif yang dilaksanakan oleh negara didalam batas negara dapat membuatnya tidak mungkin untuk memberikan bukti langsung atas fakta pembuktian langsung yang akan membuktikan pertanggungjawabannya dalam hal pelanggaran hukum internasional. Negara yang menjadi korban, harus, dalam hal ini, diizinkan untuk secara lebih liberal menyimpulkan fakta dan bukti situasi.

Dalam kasus ini terdapat dua rangkaian fakta, yang saling mendukung satu sama lain, yang harus dipertimbangkan. Yang pertama berkaitan dengan perilaku Pemerintah Albania sebelum dan sesudah bencana. Peletakan ranjau terjadi dalam periode dimana terdapat niatan untuk mengawasi laut teritorialnya. Lebih lagi, ketika pemerintah Albania telah secara sepenuhnya sadar perihal keberadaan ladang ranjau, ia memprotes secara tegas aktivitas armada Inggris, tetapi tidak memprotes peletakan ranjaunya, walaupun tindakan ini, apabila dilakukan tanpa persetujuannya, akan menjadi pelanggaran serius atas kedaulatannya; Albania tidak memberitahukan kapal-kapal perihal keberadaan ranjau, sebagaimana diperlukan oleh Hukum Internasional, dan Albania tidak melakukan tindakan penyelidikan yudisial yang seharusnya menjadi tanggungjawabnya pada kasus semacam itu. Kelakuan semacam itu hanya dapat dijelaskan apabila Pemerintah Albania, ketika mengetahui keberadaan dari peletakan ranjau, menginginkan kejadian tersebut dirahasiakan.

Serangkaian fakta kedua yang berhubungan dengan kemungkinan memantau peletakan ranjau dari pantai Albania. Secara geografis, selat tersebut dapat dilihat dengan mudah, ia didominasi oleh ketinggian yang menawarkan titik observasi dan ia berhadapan dekat dengan pantai (ranjau terdekat adalah 500 meter lepas garis pantai). Peletakan ranjau yang metodikal dan dipersiapkan dengan tertata rapi diperkirakan memakan waktu dua sampai dua setengah jam di perairan antara Cape Kiephali dan biara St. George. Dalam hal ini, ahli kelautan yang ditunjuk oleh Pengadilan melaporkan bahwa, setelah penyelidikan pada titik kejadian, mereka berpendapat bahwa adalah merupakan fakta yang tidak dapat diperdebatkan apabila, observasi normal dilakukan di Cape Kiephali, Denta Point, dan St. George's Monastery, dan apabila observasinya diperlengkapi dengan alat keker, dibawah kondisi normal daerah ini, operasi peletakan ranjau pasti telah diketahui oleh para penjaga pantai. Keberadaan pos observasi di *Denta Point* tidak dapat didasarkan; tetapi Pengadilan, mendasarkan dirinya pada deklarasi Pemerintah Albania bahwa *lock-out posts* terletak di titik lain, mengacu pada beberapa kesimpulan-kesimpulan berikut: bahwa dalam kasus peletakan ranjau 1) dari utara ke selatan para peletak ranjau seharusnya dapat terlihat dari Cape Kiephali; apabila dari Selatan ke Utara, mereka pasti terlihat dari *Cape Kiephali* dan *St. George's Monastery*.

Dari seluruh fakta dan observasi yang disebutkan diatas, Pengadilan mengambil kesimpulan bahwa peletakan ranjau tidak dapat diselesaikan tanpa sepengetahuan Albania. Perihal kewajiban yang didapat darinya atas pengetahuan tersebut, tidak diperdebatkan. Adalah tugasnya untuk memberitahukan kapal-kapal dan khususnya untuk memperingatkan kapal-kapal yang melaju melewati selat pada 22 Oktober perihal bahaya yang akan mereka hadapi. Pada faktanya, tidak ada hal apapun yang dicoba dilakukan Albania untuk mencegah bencana terjadi dan kelalaian berat ini menimbulkan pertanggungjawaban Internasional baginya. Dalam penilaian Pengadilan, dilampirkan satu deklarasi dan *dissenting opinions* dari Alvarez, Winiarski, Zoricic, Badawi Pasha, Krylov and Azevedo, dan juga Dr. Ecer, Hakim *ad hoc*.

2.2. Sejarah Hukum Pertanggungjawaban Negara

2. 2.1. Pandangan Sarjana: Pemikiran Lawrence Oppenheim

Sering dikatakan bahwa negara, sebagai subyek yang berdaulat, tidak dapat dibebani pertanggungjawaban. Pandangan ini hanya benar apabila dikaitkan dengan tindakan-tindakan negara terhadap warganya.²⁸ Posisi ini berbeda dalam hubungan suatu negara dengan negara lain. Dalam hal ini negara berkedudukan sebagai subyek hukum internasional (*International Person*), dan memiliki pertanggungjawaban yang melekat pada dirinya. Pertanggungjawabannya adalah pertanggungjawaban dalam arti hukum.

Oppenheim membedakan dua macam *responsibility*, ‘original’ dan ‘vicarious’. *Original responsibility* dipikul oleh negara, atas tindakan pemerintahnya, atau karena tindakan pegawai pemerintah, atau atas tindakan individu yang dijalankan lewat instruksi pemerintah, atau otorisasinya. ‘Vicarious liability’ adalah pertanggungjawaban negara atas tindakan yang dilakukan bukan oleh aparat negara. Menurut Oppenheim, suatu tindakan negara yang merugikan negara lain adalah bukan pelanggaran hukum internasional (*international delinquency*) apabila dilakukan tidak karena kesengajaan (*willfully and maliciously*) atau karena kelalaian (*culpa*).²⁹

2. 2.2 Pemikiran Dionisio Anzilotti Mengenai Konsep Atributabilitas

Anzilotti menganalisa persyaratan untuk mengatribusikan tindakan salah (*wrongful act*) kepada negara. Dalam hal ini ia mengisolir hukum internasional sebagai entitas otonom dalam hubungannya dengan hukum nasional. Secara umum, tindakan-tindakan individu (*individual action*, seperti mencuri, merusak, membunuh atau tindakan-tindakan lainnya) adalah satu hal tersendiri dan kewajiban internasional (*international obligation*, misalnya kewajiban “due

²⁸ Hersch Lauterpacht, *Oppenheim’s International Law, A Treatise*, (Great Britain: Vol I, 8th Ed, 1995.) hal. 336

²⁹ Mohamad Mova Al ‘Afghani, *op. cit.*, hal 15

diligence” untuk melindungi warga asing) dari negara dimana individu tersebut diatas melakukan tindakannya adalah hal lain. Dalam sistem hukum internasional, pertanggungjawaban negara hanya akan dilibatkan apabila tindakan individu tersebut mengakibatkan negara melanggar norma hukum internasional, menurut Anzilotti:

... international law regards acts injuring or offending foreign States committed by individuals as individual acts not attributable to the State; but it combines with these acts particular international obligations, and corresponding duties; a liability of the State for a wrongful act, accordingly, arises not in consequence of the individual's action, but only from the failure to meet the obligations that international law combines therewith.³⁰

Maka konsep atribusi yang murni, adalah:

... from the viewpoint of international law is nothing other than the consequence of the relationship of causality that exists between an act contrary to the law of nations and the activity of the State that is the author of that act.³¹

Adalah organisasi hukum dari negara sendiri yang menyediakan kondisi untuk mengasosiasikan individu atau organ negara dengan negara itu sendiri sebagai subyek hukum. Mengomentari Anzilotti, Dupuy³² memberikan klarifikasi bahwa hukum internasional tidak menginterferensi dengan kondisi dari organisasi internal negara, dan tidak dapat menyatakan, apakah seorang individu memang bertindak atau tidak bertindak dengan otoritas negara.

³⁰ Pierre-Marie Dupuy, *Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States*, dapat dilihat di www.ejil.org/journal/Vol3/No1/art8-01.html diakses pada 12 Januari 2009.

³¹ Terjemahan bebas: dari sudut pandang hukum internasional, tidak lebih dari konsekuensi hubungan sebab akibat antara tindakan yang berlawanan dengan hukum internasional dan aktivitas negara yang menjadi pelaku tindakan tersebut.

³² Pierre-Marie Dupuy, *op. cit.*

Sebagai dualis yang konsisten, Anzilotti menolak dengan tegas, ide dari Georges Scelle³³, maupun ide apapun dalam hal pelibatan hukum internasional dalam ruang hukum domestik³⁴, Anzilotti juga menegaskan bahwa tidak ada yang lebih *absurd* selain daripada ide bahwa kekuasaan negara dijalankan lewat otoritas yang diberikan hukum internasional.

Maka, atribusi dari tindakan salah hukum internasional (*internationally wrongful act*) tidak mengikat hukum domestik dan internasional secara bersamaan, karena satu diantaranya (hukum domestik) menentukan apakah pelaku *wrongful act* tersebut dapat dikategorikan sebagai ‘agen’ negara. Sementara yang lainnya (hukum internasional) mengatribusikan apakah tindakan tersebut memiliki kualitas ‘salah’ di mata hukum internasional. Setiap dari dua rezim ini memiliki otonomi terpisah yang lainnya. Walaupun apabila kesalahan (*wrongfulness*) daripada tindakan yang bersangkutan dapat dianggap sebagai tindakan negara lewat aturan atribusi.

Ide Anzilotti ini dapat ditemukan dalam Pasal 5-15 bagian pertama dari *ILC draft on the Law of International Liability of States*, dan dapat dikatakan bahwa peraturan klasik dalam mengimputasi tindakan salah (*wrongful act*) kepada negara sebagai subyek hukum internasional (*international person*) dipengaruhi oleh konsepsi Anzilotti.

2.2.3. Aturan Tradisional tentang *State Responsibility*

Aturan lama tentang *state responsibility* terdiri dari terutama, aturan hukum kebiasaan internasional yang berkembang dari praktek negara-negara

³³ Member of the Permanent Court of Arbitration from 1950, he also acted as counsel for France and Peru before the International Court of Justice in the *Admission* (1948) and *Asylum (Colombia v. Peru - 1950)* cases, member of the International Law Commission 1948, Secretary General of the international Law Academy at the Hague (1935-1948), <http://www.ejil.org/journal/Vol1/No1/art13.html> diakses pada 12 Januari 2009.

³⁴ Menurut Scelle: “...international law overrides any municipal law conflicting with it (*le droit international prime le droit étatique*” G. Scelle, *Manuel élémentaire de droit international public* (1943) 21 seperti dikutip oleh Bruno Simma dalam *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, http://www.ejil.org/journal/Vol6/No1/art3-02.html#P110_39521 diakses pada 12 Januari 2009.

(*state practice*) dan kasus-kasus dalam pengadilan internasional (*international tribunal*). Hanya sedikit peraturan yang diambil dari traktat (*treaty rules*) yang ada, yang paling terkenal adalah Pasal 3 Konvensi Jenewa Keempat tahun 1907 mengenai *Laws and Customs of War on Land* yang menyatakan bahwa: *A Belligerent party which violates the provisions of the said Regulations, shall if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed force.*³⁵

Menurut hukum kebiasaan internasional, apabila Negara melanggar kewajiban yang terdapat dalam aturan internasional, negara tersebut melahirkan kebiasaan internasional. Sebagai konsekuensi, negara harus membayar ganti rugi atas pelanggarannya, atau sebagai alternatif, negara yang dirugikan dibolehkan melakukan pembalasan (*self-help*). Juga, negara diperbolehkan melakukan tindakan kekerasan (*forcible action*) seperti perang atau pembalasan bersenjata (*retaliation*) atau juga tindakan non-kekerasan (*non-forcible actions*) seperti sanksi ekonomi atau pengakhiran traktat.

Menurut Cassese, peraturan tradisional mengenai *State Responsibility* tidaklah rumit.³⁶ Peraturan tersebut tidak menspesifikasi elemen umum mengenai pandangan pelanggaran hukum internasional (*international delinquency*) atau kondisi umum perihal konsekuensi dari kesalahan (*International wrongs*). Mengenai isi dari kewajiban untuk membayar reparasi, belum dispesifikasikan bahwa mode reparasi tertentu lebih dipilih ketimbang mode lainnya. Dalam peraturan tradisional, juga belum jelas apakah *State Responsibility* timbul hanya apabila pejabat negara dari negara yang disangka melanggar hukum bertindak, baik dengan sengaja maupun tidak, atau, apakah fakta sederhana bahwa pejabat negara telah melanggar hukum internasional sudah cukup, tanpa adanya maksud (*intent*) atau kealpaan (*culpable negligence*).

³⁵ *Geneva Convention on Laws and Customs of War on Land*, 1907, Article 3

³⁶ Antonio Cassese, *International Law*, (New York: Oxford University Press, 2002), hal. 338.

2.3. Sejarah Pembentukan ILC *Draft Articles On State Responsibility*

State Responsibility merupakan topik yang paling ambisius sekaligus paling sulit dalam upaya kodifikasi yang dilakukan oleh ILC³⁷. Menurut Bruno Simma dan M Spined:

While all the former and other current topics studied by the commission deal with certain, defined 'primary' rules of international law, State Responsibility, in a sense, embraces the entire 'other side of the medal', the totality of legal rules and consequences linked to the breach of any international obligation of the state. No other codification project goes so deeply into the 'roots', the theoretical and ideological foundations of international law.³⁸

Special Rapporteur pertama yang mengurus masalah *state responsibility* adalah F.V.Garcia Amador antara 1956-1961, berkonsentrasi pada masalah kerugian yang diakibatkan pada hak milik atau jiwa warga negara asing. Pada 1962-1963, ILC memutuskan untuk tidak membatasi studinya pada kerugian terhadap warga negara asing (*injury to aliens*) saja, tetapi juga memperluasnya pada studi terhadap pelanggaran atas prinsip fundamental hukum internasional, seperti kewajiban yang berkenaan dengan perdamaian dan keamanan internasional. Pada tahun 1975, komisi mengadopsi rencana umum mengenai struktur *draft articles* yang terdiri atas: Bagian 1 mengenai asal timbulnya *State Responsibility*, Bagian II mengenai isi, bentuk dan derajat *State Responsibility*, Bagian III mengenai implementasi *State Responsibility* dan penyelesaian sengketa.

³⁷ Peter Malanczuck, *Akehurst Modern Introduction to International Law*, (Routledge; 7th edition July 1997), hal. 254

³⁸ Ketika seluruh topik yang dipelajari oleh komisi berhubungan dengan aturan primer (*primary rules*) hukum internasional yang terdefinisikan dengan pasti, *State Responsibility*, dalam satu sisi, menjelaskan sisi lain dari sebuah koin, totalitas dari aturan hukum dan konsekuensinya dihubungkan dengan dengan pelanggaran hukum internasional dari negara. Tidak pernah ada proyek kodifikasi lain yang meneliti begitu mendalam sampai kepada akar, dan dasar teoritis serta ideologis dari hukum internasional. M.Spined/B.Simma, Terjemahan bebas, dalam *United Nations Codification of the State Responsibility*, 1987

ILC kemudian memutuskan untuk meneruskan dengan kodifikasi mengenai *liability of injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law* yang dipisahkan dari ILC Draft Articles on State Responsibility dan menunjuk R. Quentin-Baxter sebagai special Rapporteurnya.

First Reading dari ILC Draft diadopsi oleh ILC pada 1981 berdasarkan dari 8 laporan Special Rapporteur Roberto Ago. Laporan itu berisikan 35 Draft Articles dan dikenal sebagai Bagian I (*Part One*).

Setelah tahun 1980, ILC berkonsentrasi pada Bagian 2 dari draft articles yang berurusan dengan isi, bentuk dan derajat dari *State Responsibility* yang melingkupi konsekuensi hukum dari sebuah *Internationally Wrongful Act*, pertama, berdasarkan laporan *Special Rapporteur* Willem Riphagen, yang kemudian digantikan oleh Gaetana Arangio-Ruiz. Sampai tahun 1995, ILC telah menyelesaikan banyak dari pekerjaan-pekerjaan awalnya, mengenai Bagian II, dan, pertimbangan-pertimbangan juga diberikan pada Bagian III, yang keduanya diadopsi oleh ILC pada 1996.

Bagian ketiga dan adopsi keseluruhan teks ILC Draft dilaksanakan lewat *second-readingnya* di Jenewa, dalam sesi ILC ke 53, 23 April- 1 Juni dan 2 Juli- 10 Agustus 2001 dibawah *Special Rapporteur* James Crawford.

2.4. Bentuk dan Kekuatan Mengikat ILC Draft Articles On State Responsibility

ILC Draft tidak mengikat sebagai suatu instrumen hukum Internasional karena belum ditetapkan sebagai sebuah produk hukum. Namun demikian, kekuatan mengikat ILC Draft tidak dilihat dari bentuknya sebagai suatu instrumen, melainkan dari isinya. ILC Draft dapat mengikat sebagai hukum kebiasaan Internasional.³⁹

³⁹ Martin Dixon, *Textbook on International Law, Third Edition*, Blackstone Press Limited 1996, hal 219. "Without Doubt, many represent customary international law, especially those within Part I"

Terdapat dua pandangan mengenai bagaimana instrumen hukum ILC sebaiknya. Menurut pandangan pertama, ILC *draft on state responsibility* lebih baik diformalisasikan dalam bentuk perjanjian internasional, seperti halnya konvensi Wina mengenai perjanjian internasional (*Vienna Convention on the Law of Treaties*). Alasannya adalah pertama walaupun Negara-negara tidak menjadi peserta konvensi, maka akan tetap terikat sebagai hukum kebiasaan internasional dan kedua hasil kerja ILC selama bertahun-tahun tersebut layak untuk dijadikan *law making text*. Menurut pandangan kedua, ILC Draft on State Responsibility lebih cocok untuk dijadikan Resolusi Majelis Umum PBB saja, dengan alasan⁴⁰:

- a. perlunya fleksibilitas dalam perkembangan hukum;
- b. keraguan bahwa negara-negara memiliki kepentingan untuk mengadopsi perjanjian internasionalnya apabila ILC Draft dijadikan konvensi;
- c. kekhawatiran bahwa ILC Draft yang telah berhasil disetujui ILC setelah bertahun-tahun konferensi tersebut akan terdekodifikasi dalam proses negosiasi konvensi, sehingga kehilangan esensi teori hukumnya.

Crawford sendiri lebih cenderung kepada pengadopsian teks ILC draft oleh Resolusi Majelis Umum PBB, karena menurutnya, tidak seperti draft lainnya, ILC *draft on State Responsibility* bisa menjadi *droit acquis* tanpa harus diformalisasikan dalam bentuk konvensi. Hukum pertanggungjawaban Negara beroperasi pada level internasional dan tidak ada perlunya untuk dibawa ke tingkat nasional. Negara-negara, pengadilan dan ahli hukum internasional akan merujuk pada ILC draft tersebut terlepas dari statusnya karena akan menjadi teks yang otoritatif dalam bidang *State Responsibility*. ILC Draft telah sering dikutip dan dipergunakan dalam sengketa internasional walaupun statusnya hanyalah sebuah

⁴⁰ Lihat <http://www.law.cam.ac.uk/rcil/ILCSR> (sf).doc; diakses 8 Juli 2007

draft. Proses dukungan dan penerapan individual ini akan terus berlanjut, dan dikembangkan dengan adanya adopsi lewat Resolusi Majelis Umum PBB⁴¹.

2.5. Syarat Timbulnya Pertanggungjawaban Negara Menurut ILC *Draft Articles On State Responsibility*

Karakteristik esensial dari syarat pertanggungjawaban negara tergantung pada beberapa faktor. Pertama terdapatnya eksistensi akan terdapatnya sebuah kewajiban internasional. Kedua, telah terjadinya sebuah tindakan (*act*)⁴² atau kelalaian (*omission*)⁴³ yang menyebabkan terjadinya pelanggaran. Dan terakhir adalah terdapatnya kerugian yang diakibatkan oleh tindakan melawan hukum. Faktor-faktor ini telah diakui oleh beberapa kasus seperti dalam kasus *the Spanish Zone of Morocco*. Dalam kaitannya dengan ini Hakim Huber menyatakan:

Pertanggungjawaban merupakan ikutan dari sebuah hak. Semua hak yang memiliki karakter internasional mengandung kewajiban internasional pula. Pertanggungjawaban mengakibatkan kewajiban untuk melakukan perbaikan (*reparasi*) dalam kewajiban yang dimaksud tidak dilaksanakan.⁴⁴

Dan dalam *Chorzow Factory case PCIJ* menyatakan:

Merupakan sebuah keniscayaan dalam hukum internasional,, apabila pelanggaran terhadap sebuah kewajiban meliputi kewajiban untuk melakukan reparasi, ... reparasi merupakan elemen utama bagi

⁴¹ James Crawford, *Fourth Report on State Responsibility*, International Law Commission (ILC) Doc. A/CN.4/517, ILC, 2000.

⁴² Mohamad Mova Al 'Afghani, *op. cit.* hal. 39. Tindakan (*Act/Dolus*) merupakan perilaku aktif Negara dalam aktivitasnya. Kategori ini untuk mengindikasikan bahwa negara memang berniat untuk melakukan suatu tindakan tertentu lewat aparturnya. Teori Hukum tidak memberikan definisi spesifik tentang "act". Salmond, misalnya, hanya menyatakan bahwa "act" adalah untuk membedakan dengan kejadian alam, dengan pikiran-pikiran, atau dengan kealpaan. Permasalahan atributabilitas tidak banyak timbul disini karena dalam hal ini telah jelas-jelas adanya maksud dari negara dalam melakukan suatu hal tertentu secara aktif.

⁴³ Kealpaan merupakan kategorisasi yang dibuat karena perbuatan pasif dari negara dalam tidak melakukan sesuatu yang seharusnya, menurut hukum, dilakukan. *Ibid.*, hal. 40.

⁴⁴ Dikutip dalam Malcolm N. Shaw, *International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), hal. 542.

pertanggungjawaban atas kegagalan dalam pemenuhan kewajiban Konvensi, dan tidak ada keharusan bagi Konvensi untuk menyatakannya secara eksplisit.⁴⁵

Pada rancangan, pasal satu menyatakan bahwa setiap perbuatan salah yang berdimensi internasional (*internationally wrongful act*) dari suatu negara dengan sendirinya memiliki konsekuensi bagi pertanggungjawaban. Dilanjutkan oleh pasal dua apabila suatu keadaan membuktikan telah terjadinya 'perbuatan salah yang berdimensi internasional' atau apabila suatu perbuatan atau kelalaian dapat diatributkan kepada negara dibawah hukum internasional, maka perbuatan tersebut merupakan pelanggaran terhadap hukum internasional.

Menurut Crawford dan Olleson, perbuatan salah yang berdimensi internasional memiliki syarat yakni (a) dapat ditunjukan pada sebuah negara; dan (b) mengandung pelanggaran atas kewajiban internasional yang dimiliki oleh negara. Dalam beberapa persoalan terdapat pengecualian yang disebut '*circumstances precluding wrongfulness*', artinya negara responden mengklaim tindakannya dalam rangka membela diri (*self-defence*) atau dalam keadaan terpaksa (*force majeure*).⁴⁶

2. 5.1. Atribusi

2. 5.1.1 Konsep Atributabilitas

Negara bertindak pada level internasional lewat individu. Sehingga, agar negara dapat dianggap bertanggungjawab maka harus dapat dibuktikan bahwa tindakan individu dapat diimputasi kepada negara.

⁴⁵ Dikutip dalam Martin Dixon dan Robert McCorquodale, *Cases and Materials on International Law*, New York: Oxford University Press, 2003, hal. 404.

⁴⁶ James Crawford dan Simon Olleson "The Nature and Forms of International Responsibility", dalam Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, (New York: Oxford University Press, 2003), hal 453.

Untuk tujuan imputasi kepada negara, pada umumnya harus dapat dibuktikan bahwa individu yang melakukan pelanggaran memiliki status pejabat negara dibawah system hukum nasionalnya, baik pemerintahan pusat (termasuk legislatif dan yudisial) atau unit teritorialnya pada misalnya, negara federal seperti Amerika Serikat.

Di dalam *Phosphate and Morocco Case*, dinyatakan bahwa “act being attributable to the State and described as *contrary to the treaty right[s] of another State*”.⁴⁷ Elemen ini juga dapat ditemukan dalam *Dickson Car Wheel Company case*, yang dikeluarkan pada bulan Juli tahun 1931 oleh *Mexico-United States General Claims Commission* yang didirikan lewat Konvensi 8 September 1923, dimana kondisi yang diperlukan untuk sebuah negara untuk mengklaim *international responsibility* adalah adanya fakta” ... that an unlawful international act be imputed to it, that is, that there exist a *violation of a duty imposed by an international juridical standard*”.⁴⁸

Supaya suatu tindakan dapat dikategorikan sebagai *internationally wrongful act*, maka harus dapat diatribusikan kepada negara dan harus dimungkinkan bahwa baik tindakan (*action*) atau kealpaan (*omission*) yang dipertanyakan dapat di pertimbangkan sebagai “*act of the State*”. Negara adalah suatu kesatuan terorganisir yang nyata, tetapi untuk mengenali realitas ini, juga harus dicatat bahwa Negara tidak mampu melakukan tindakan fisik. Oleh karena itu, yang dianggap “*act of the State*” hanya dapat berupa tindakan fisik baik lewat tindakan (*action*) atau kealpaan (*omission*) oleh manusia atau sekelompok manusia.⁴⁹

Tidak ada satupun aktivitas negara yang dapat dianggap sebagai “dirinya sendiri”, baik dalam hukum nasional maupun internasional. Karena sifat alami

⁴⁷ *Phosphates in Morocco case (Preliminary Objections)*, 14 June 1938 (P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 28). (Italics supplied by the Commission.)

⁴⁸ United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, *op. cit.*, hal. 678. (Italics supplied by the Commission.)

⁴⁹ “States can act only by and through their agents and representatives.” (*Case of Certain questions relating to settlers of German origin in the territory ceded by Germany to Poland*, Advisory opinion No. 6, P.C.I.J., Series B, No. 6, p. 22)

negara tersebut, atribusi dari perilaku negara bersifat normatif.⁵⁰ Harus juga ditekankan bahwa Negara, yang mana tindakan khususnya tersebut diatribusikan adalah negara dilihat sebagai subyek dari hukum dan bukan negara dilihat sebagai sistem hukum atau sistem norma. Menurut ILC⁵¹, membicarakan atribusi kepada negara sebagai subyek hukum adalah membicarakan negara sebagai subyek hukum internasional, bukan hukum nasional. Atribusi daripada tindakan tersebut kepada negara dengan tujuan membuktikan keberadaan tindakan salah (*internationally wrongful act*) oleh negara tersebut hanya dapat dilakukan menurut aturan hukum internasional, proses melekatkan tindakan (*action*) atau kealpaan (*omission*) kepada subyek hukum internasional dengan tujuan untuk menarik kesimpulan darinya dalam area hubungan hukum internasional tidak dapat dilakukan dalam kerangka lain selain hukum internasional itu sendiri.⁵²

Draft pasal 5 menentukan bahwa tindakan organ yang dibawah hukum nasional suatu negara merupakan organ dari negara tersebut dianggap sebagai tindakan negara tersebut. Apabila hukum negara tersebut sendiri menentukan bahwa organ termaksud adalah organ dari negara, maka hukum internasional dapat mengambil posisi yang sama. Namun sebaliknya, apabila hukum nasional dari negara tidak memperlakukan suatu organ sebagai bagian dari negara, tidak secara otomatis mengikuti bahwa tindakan organ tersebut tidak bisa diatribusikan kepada negara. Hukum nasional tidak memiliki efek menentukan dalam konteks ini: atribusi adalah permasalahan hukum internasional. United Kingdom juga mengobservasi bahwa prinsip-prinsip yang dikembangkan dalam konteks imunitas negara tidak secara langsung dapat diaplikasikan dalam konteks State responsibility. Pemerintah United Kingdom, dalam observasinya, mengharapkan bahwa International Law Commission akan mengklarifikasi poin-poin ini dalam

⁵⁰ J. G. Starke (1955), "Imputability in International Delinquencies", *The British Year Book of International Law*, 1938 (London), vol. 19, hal. 105 1953-III, vol. 84 (Leyden, Sijthoff, 1955), hal. 422.

⁵¹ Yearbook of International Law 1973, vol. II, hal. 179-184

⁵² J. G. Starke, *loc. cit.*, pp. 106-107 Kelsen juga berpendapat bahwa penentuan apakah individu merupakan 'agen' dari negara harus diselesaikan menurut hukum nasional. (H. Kelsen, *Principles of International Law* (New York, Rinehart, 1952), p. 117).

Commentary, dan mempertimbangkan apakah perubahan dalam draft-draft pasal dianggap perlu.⁵³

Pada prinsipnya, negara tidak bertanggungjawab atas tindakan individu, kecuali mereka pada faktanya bertindak atas nama negara atau melaksanakan elemen otoritas pemerintahan pada saat absennya pejabat pemerintahan. Namun, tindakan individu ini juga dapat dibarengi dengan beberapa *action* atau *omission* yang dapat diatribusikan pada negara. Menurut Akehurst⁵⁴ tindakan (*act*) atau kealpaan (*omission*)nya dapat berupa 6 bentuk, yakni (1) memprovokasi individu untuk menyerang warga asing, (2) gagal untuk menyediakan *reasonable care* (*due diligence*) untuk mencegah individu membahayakan warga asing, (3) kegagalan nyata untuk menghukum individu, (4) kegagalan untuk memberikan akses peradilan bagi warga negara asing (*denial of justice*), (5) memiliki keuntungan atas tindakan individu (misalnya menyimpan barang jarahan individu), (6) mengafirmasi dan mendukung tindakan individu secara nyata.

Sedangkan Casesse⁵⁵, dengan memberikan contoh kasus Khadaffi yang dianggap bertanggungjawab atas tindakan terorisme terhadap Perancis, selaku kepala negara Libya, walau jabatan resminya adalah sekjen Partai di Libya, memberikan beberapa kategori dimana aktivitas individu bisa dianggap teratribusi kepada negara. Menurutnya, kategori itu terbagi atas (1) bertindak atas instruksi negara, (2) bertindak dibawah kontrol negara dan (3) pada kenyataannya bertindak sebagai pejabat negara. Dalam membahas atributabilitas, perlu juga diperhatikan kategorisasi ICJ dalam kasus Nicaragua⁵⁶ yang terdiri atas (1) pejabat resmi pemerintahan, dalam hal ini *Covert Agents* CIA yang tentu saja tindakannya teratribusi kepada negara, (2) individu yang dikontrol negara, dalam hal ini UCLA (*Unilaterally Controlled Latino Assets*), yang juga dinilai ICJ

⁵³ United Kingdom Government, Draft Articles On State Responsibility Comments By The United Kingdom Government, Foreign And Commonwealth Office January 1998, para 5.

⁵⁴ Peter Malanczuk, Akehurst, *Modern Introduction to International Law*, Routledge, NY, 1997, hal 259

⁵⁵ Casesse, *loc.cit.*, hal. 189

⁵⁶ ICJ, *Nicaragua v. U.S.A.*, *op. cit.*

bahwa tindakannya teratribusi terhadap negara, dan terakhir, (3) *Contras*, yang dinilai ICJ tidak teratribusi tindakannya kepada USA karena tidak adanya elemen *effective control* USA atas mereka. Kasus ini akan dibahas lebih lanjut di bab selanjutnya

2. 5.1.2. Pemilihan Terminologi *Attribution*

Mengenai pemilihan terminologi “atribusi”⁵⁷, (dalam *sub-paragraph (a) second reading*), ketimbang yang sering digunakan dalam *international practice and judicial decisions*, seperti "imputation", komisi memandang bahwa dalam berbagai sisi, terminologi "attribution" kelihatan lebih dapat mencegah misinterpretasi. Banyak para penulis yang secara berkelanjutan menekankan fakta bahwa term "imputability" atau "imputation" digunakan dalam hubungannya terhadap *international responsibility* dari negara, para penulis tersebut menegaskan bahwa mereka tidak mempunyai arti yang sama dengan, misalnya, dalam hukum pidana nasional, dimana "imputability" kadang-kadang mengindikasikan kemampuan untuk mengerti dan menentukan sebagai dasar dari pertanggungjawaban jawab, atau dalam acara pidana (*criminal procedure*), dimana "imputation" dapat berarti menuduh suatu subyek dalam hukum internal oleh otoritas yudisial. Namun demikian, dengan alasan untuk membedakan dengan hukum nasional dan untuk mencegah misinterpretasi ILC lebih memilih mempergunakan kata atribusi.

2. 5.2. Pelanggaran

Prasyarat kedua untuk pembuktian adanya *internationally wrongful act of the State* adalah bahwa tindakan yang diatribusikan kepada negara haruslah merupakan pelanggaran kewajiban internasional negara tersebut. Inilah disebut dengan *objective element* dari *internationally wrongful act*. Perbedaan kontras

⁵⁷ Yearbook of International Law, *op.cit.*

antara tindakan nyata negara dengan tindakan yang secara yuridis dipraktikkan olehnya merupakan esensi dari *wrongfulness* itu sendiri.

Adanya “elemen obyektif” yang memberikan karakter pada *internationally wrongful act* dikenal lewat keputusan yudisial dan literatur. Dalam keputusan 26 Juli 1927 pada dalam *Case concerning the Factory at Chorzow*,⁵⁸ Permanent Court of International Justice (PCIJ) menggunakan kata-kata "*breach of an engagement*". PCIJ juga menggunakan kata yang sama pada putusan tanggal 13 September 1928 perihal *merits* dari kasus tersebut.⁵⁹ The International Court of Justice (ICJ) mengarah secara eksplisit kepada kata-kata PCIJ ketika memutuskan dalam *advisory opinion* nya tanggal 11 April 1949 dalam kasus *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*.⁶⁰ Dalam *advisory opinion* 18 July 1950 pada kasus *Interpretation of the Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase)* ICJ memutuskan bahwa "*refusal to fulfil a treaty obligation involved international responsibility*."⁶¹ Dalam keputusan arbitrase, definisi klasiknya yang disebutkan diatas, diberikan oleh the *Mexico-United States General Claims Commission* dalam keputusannya di *Dickson Car Wheel Company Case*.⁶² Dalam praktek negara, terminologi "*nonexecution of international obligations*", "*acts incompatible with international obligations*", "*breach of an international obligation*" dan "*breach of an engagement*" digunakan secara umum untuk mengindikasikan esensi dari *internationally wrongful act*, sumber dari pertanggungjawaban negara. Ekspresi ini sering dipakai juga dalam memorial bantahan (*replies*) oleh pemerintah⁶³ Lebih lagi, pasal 1 yang diadopsi secara bulat (*unanimously*) dalam *first reading* oleh *Third Committee* dari

⁵⁸ *P.C.I.J. Series A, No. 9, p. 21.*

⁵⁹ *P.C.I.J. Series A, No. 17, p. 29.*

⁶⁰ *I.C.J. Reports 1949, p. 184.*

⁶¹ *I.C.J. Reports 1950, p. 228.*

⁶² Lihat paragraf 2 dari *commentary*. Lihat juga keputusan tanggal 10 Juli 1924 dalam *Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise* (United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. I (*op. cit.*), hal. 425.

⁶³ League of Nations, *Bases of Discussion ...* (*op. cit.*), vol. III, hal. 25 *et seq.*, 30 *et seq.*, and 33 *et seq.*; *Supplement to Volume III* (*op. cit.*), hal. 2, 6 *et seq.*

Conference mengandung kata-kata berikut: "any failure ... to carry out the international obligations of the State".⁶⁴ Konsistensi yang sama juga ditemukan dalam literature dan draft kodifikasi State responsibility yang dilakukan oleh pihak privat (misalnya Harvard Draft).

*Objective element*⁶⁵ ini terdiri dari praktek negara-negara, keputusan badan yudisial dan doktrin, dalam fakta bahwa tindakan yang diatribusikan kepada negara sebagai subyek dari hukum internasional adalah karena kegagalan negara tersebut untuk menaati kewajiban internasionalnya atau – menggunakan terminologi Pasal 3 subparagraph (b) dari draft, dalam fakta bahwa tindakan tersebut merupakan "a breach of an international obligation of the State". ILC telah menyatakan alasan-alasannya⁶⁶ untuk membedakan *objective element* dari *internationally wrongful act* dalam "breach of an international obligation" dan untuk memilih term tersebut ketimbang lainnya seperti "breach of a rule" atau "norm of international law". ILC telah menunjukkan bahwa term yang dipilih tidak hanya term yang sering digunakan dalam keputusan peradilan internasional dan praktek negara-negara tetapi juga yang paling akurat. *Rule* adalah ekspresi obyektif dari hukum, dimana *obligation* adalah situasi hukum subyektif yang menunjuk pada perilaku subyek yang melakukan tindakan, baik bersesuaian dengan kewajiban hukumnya atau melanggarnya. Lebih lagi, suatu 'kewajiban' tidak harus memiliki akar pada peraturan, dalam arti literal: kewajiban bisa timbul akibat tindakan unilateral negara, atau oleh keputusan peradilan internasional atau organ dari organisasi internasional yang diberi wewenang untuk melakukan tindakan itu. Komisi juga menyatakan alasannya untuk memilih, dalam bahasa Perancis, term *violation* ketimbang term lain seperti *manquement*, *transgression* and *non-exécution*; khususnya, *violation* adalah term yang digunakan dalam teks Perancis dari article 36, paragraf 2(c) dari Statuta International Court of Justice. Bab III dari draft mengembangkan ide spesifik "breach of an international obligation". Tujuannya adalah untuk menentukan, seperti yang dilakukan di Bab

⁶⁴ Yearbook of International Law 1956, vol. II, hal. 225, document A/CN.4/96, Annex 3.

⁶⁵ Yearbook of International Law 1976, vol. II (Part Two), hal. 75-78.

⁶⁶ *Ibid.*, hal. 184, para. 15, komentar terhadap Article 3.

II, ide dari "act of the State"—dalam kondisi apa dapat di disimpulkan bahwa Negara telah melakukan pelanggaran tertentu.

Seperti yang ditegaskan oleh komisi dalam komentarnya atas pasal 3⁶⁷ *objective element* adalah elemen yang membedakan *internationally wrongful act* dari tindakan lain (*other acts*) dari negara yang memiliki konsekuensi Hukum Internasional. Esensi dari *wrongfulness*, sumber dari *international responsibility*, terletak persis pada konflik, atau ketidaktaatan tindakan negara dengan tindakan yang seharusnya dapat diadopsi untuk tetap dapat mengikuti kewajiban internasional tertentu.

Harus juga dicatat bahwa dalam hukum internasional, ide pelanggaran hukum internasional dapat dianggap ekuivalen dengan ide pelanggaran hak subyektif dari yang lain.⁶⁸ Tidak seperti situasinya dalam hukum nasional, atau pada khususnya hukum administratif, korelasi antara pelanggaran suatu kewajiban hukum oleh negara yang melakukan *internationally wrongful act* dan pelanggaran dari hak subyektif internasional yang direpresentasi oleh pelanggaran tersebut tidak mendapat pengecualian dalam Hukum Internasional. Dalam hukum internasional, selalu ada korelasi antara kewajiban dari satu subyek dengan hak subyektif dari lainnya, apakah itu hak subyektif dari subyek tertentu, serangkaian subyek atau seluruh subyek. Roberto Ago, mengikuti jejak Anzilotti, menyarankan bahwa persyaratan adanya *legal injury* adalah inheren dalam setiap *breach of an international obligation*. Pandangan ini diterima oleh komisi.

2.6. Bentuk-bentuk Pertanggungjawaban

Terdapat beberapa bentuk pertanggungjawaban yang diakui dalam hukum internasional. Salah satunya adalah *reparation*. Akan tetapi, pada saat ini *reparation* sudah jarang digunakan karena pada saat ini lebih sering persoalan

⁶⁷ *Ibid.*, hal. 181, para. 7 and 8 dalam *commentary*.

⁶⁸ *Ibid.*, hal. 182, para. 9 dalam *commentary*.

mengenai ekspropriasi yang lebih bersifat politis.⁶⁹ Di samping itu, penggunaan istilah ini makin membingungkan ketika Brownlie menerapkan istilah *reparation* untuk ditujukan kepada semua tindakan yang diambil oleh negara yang terkena pertanggungjawaban: pembayaran kompensasi, atau restitusi, sebuah apology, penghukuman atas individu yang bertanggungjawab, mengambil tindakan supaya tidak terjadinya pengulangan, segala bentuk pembalasan (*satisfaction*) lainnya. Problematika tidak berhenti sampai di situ, Brownie membuat perbedaan antara restitusi dan kompensasi. Kompensasi adalah reparasi dalam pengertian sempit yang berhubungan dengan pembayaran sejumlah uang sebagai nilai ganti atas kerugian.⁷⁰

Kompensasi dapat diberikan terhadap pelanggaran-pelanggaran oleh suatu negara walaupun pelanggaran terhadap tersebut tidak berhubungan dengan kerugian yang bersifat finansial, misal pelanggaran terhadap kekebalan diplomatik atau konsular. Ganti rugi dalam kaitannya dengan persoalan diatas disebut sebagai reparasi moral atau politis.⁷¹ Akan tetapi, prinsip dasar dalam pertanggungjawaban atas kesalahan yang dilakukan oleh suatu negara merupakan sebuah persoalan yang dapat kita generalisir. Sebagaimana dinyatakan oleh *the Chorzow Factory case*:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act- a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or if this is not possible payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principles which should serve to

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1992), hal 458.

⁷¹ *Ibid.*

*determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.*⁷²

Dari pernyataan diatas semua bentuk restitusi harus memiliki tujuan utama yakni, perlindungan kepentingan negara penuntut yang harus dibedakan dengan model yang hanya ditujukan untuk mendapatkan *legal standi* untuk melindungi kepentingan hukum yang tidak identik dengan negara yang bersangkutan atau negara-negara lain. Sehingga sebisa mungkin restitusi tersebut dapat mengembalikan situasi ketika tidak terjadinya pelanggaran.

Sebelum menutup bagian ini perlu kita bahas dua bentuk lain dari *remedy*. Pertama, *declaratory judgments* yang merupakan putusan dari pengadilan internasional.⁷³ Putusan ini pada dasarnya merupakan kehendak dari para pihak yang bersengketa. Putusan ini bersifat *declaratory* bukan *executory*.⁷⁴ Hal ini seperti dituntut oleh para *applicants* dalam *Southe West African case* yang hanya mempersoalkan tindakan dari Afrika Selatan yang menuntut mereka bertentangan dengan sistem mandat.⁷⁵

Kedua adalah *satisfactions* yang memiliki arti sebagai sebuah upaya yang dilakukan oleh sebuah negara untuk mendapatkan sebuah putusan dari pengadilan yang mendukungnya. Dalam beberapa kasus, persoalan yang diajukan tidak menyebabkan kerugian secara langsung kepada negara yang mengajukan tapi melanggar hak negara tersebut.⁷⁶ Contoh mengenai ini bisa kita temukan dalam *Corfu Chanel case* dimana Inggris mengajukan gugatan terhadap Albania atas kerusakan berat dari dua kapal perang Inggris yang diakibatkan oleh ranjau yang ditempatkan oleh Albania.⁷⁷

⁷² *Ibid.* hal.458-459

⁷³ D.W. Greig, *International Law*, (London: Butterworth, 1976), hal 605.

⁷⁴ Ian Brownlie, *op.cit.*, hal 459.

⁷⁵ Martin Dixon dan Robert McCorquodale, *op. cit.*, hal. 420-421.

⁷⁶ D.W. Greig, *op. cit.*, hal 606

⁷⁷ Martin Dixon dan Robert McCorquodale, *op. cit.*, hal. 420-421

BAB III

**PENGATURAN ATRIBUSI PERTANGGUNGJAWABAN INDIVIDU
PRIVAT YANG PADA FAKTANYA BERTINDAK ATAS NAMA
NEGARA TERHADAP SUATU NEGARA DALAM HUKUM
INTERNASIONAL**

3.1 Pengertian Konsep Individu Privat Yang Pada Faktanya Bertindak Atas Nama Negara

Dalam skripsi ini akan digunakan istilah "individu privat yang pada faktanya bertindak atas nama negara"⁷⁸ sebagai istilah yang paling tepat untuk menjelaskan subyek hukum dalam draf Pasal 8 tersebut dan bukan menggunakan istilah organ *de facto* walaupun dalam berbagai macam literatur digunakan istilah organ *de facto* untuk menjelaskan konsep yang dimaksud dalam draf Pasal 8. Akan tetapi dalam komentarnya mengenai *Article of State Responsibility*, ILC tidak pernah sekalipun menggunakan istilah "organ *de facto*". ILC memakai istilah "organ" terbatas hanya untuk atribusi yang diatur dalam draf Pasal 4 tetapi tidak pernah menggunakannya dalam konteks atribusi sebagaimana dimaksud dalam draf Pasal 8-11.⁷⁹ Sehingga ILC hanya berbicara mengenai peraturan umum dimana "tindakan yang dapat diatribusikan ke negara pada level internasional hanya apabila dilakukan oleh organ pemerintahannya, atau oleh individu lain yang bertindak dibawah arahan, dorongan, atau kendali dari organ negara tersebut, contoh sebagai agen dari suatu negara."⁸⁰

Penulis-penulis yang memakai terminologi organ *de facto* tidak mendefinisikannya secara jelas, karena bagi mereka maksud dari konsep organ *de*

⁷⁸ Tidak selalu harus selalu individu dapat juga dipakai kata agen yang bertindak atas nama Negara atau agen dari suatu Negara.

⁷⁹ Lihat komentar ILC *draft Article on State Responsibility*.

⁸⁰ *Ibid.*

facto adalah sangat jelas. Bahkan sering dalam arti yang lebih luas dibandingkan pengertian yang diberikan Mahkamah Internasional. Marko Milanović sendiri berusaha menjelaskan pengertian *de facto* menurut pandangan dia sendiri. Menurutnya, organ *de facto* adalah badan yang (1) jelas bukan merupakan organ *de jure*, (2) meskipun demikian, karena kuatnya hubungan antara mereka dan suatu negara, peraturan yang sama dipakai untuk organ *de jure* dapat diaplikasikan juga ke mereka, walaupun tanpa adanya status organ negara yang ditetapkan oleh hukum domestik.⁸¹ Tentu saja Marko Milanović dan sarjana lainnya bebas untuk mendefinisikan konsepnya sendiri, akan tetapi konsep yang berbeda antara satu penulis dan penulis lainnya akan menimbulkan kebingungan.⁸² Sehingga untuk menghindari kesimpangsiuran ini, penulis memakai istilah yang diambil langsung dari draf Pasal 8 yakni "individu privat yang pada faktanya bertindak atas nama negara".

3.2 Tanggung Jawab Negara Atas Tindakan Individu Privat Yang Pada Faktanya Bertindak Atas Nama Negara Berdasarkan Pasal 8 ILC Draft Articles On State Responsibility

ILC yang telah terus berupaya untuk mengkodifikasikan hukum internasional tentang tanggung jawab negara.⁸³ Salah satunya adalah mengenai pengatribusian pertanggungjawaban agen yang bertindak atas nama negara yang tertulis dalam Pasal 8. Dan untuk melihat bagaimana peraturan atas tindakan individu privat dalam Pasal 8 ILC draft, maka kita lihat tersebut bagaimana rumusan pasal tersebut,

Conduct directed or controlled by a State

⁸¹ Marko Milanović, *State Responsibility for Acts of Non-State Actors: A Comment on Griebel and Plücken*, *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, no. 2, 2009, (b) hal. 7

⁸² Contoh jelas untuk masalah ini adalah perbedaan konsep antara Griebel dan Plücken dengan Marko Milanović yang melatarbelakangi artikel yang ditulis Marko Milanović yang berjudul *State Responsibility for Acts of Non-State Actors: A Comment on Griebel and Plücken*,

⁸³ Lihat Shabtai Rosenne, *The International Law Commission's Draft Articles On State Responsibility* (1991), dalam Gregory Townsend, *State Responsibility For Acts Of De Facto Agents*, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, 1997.

*The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.*⁸⁴

3.2.1 Pasal 8 ILC *Draft* Menurut Gregory Townsend⁸⁵

Menurut draf Pasal 8 tersebut, esensi pengatribusian tindakan individu ke negara terdiri dari pembuktian setidaknya salah satu dari dua komponen: “atas nama/untuk kepentingan Negara” dan/atau “adanya otoritas”. Dengan kata lain, jika suatu individu bertindak dalam salah satu komponen tersebut, dia dapat dikatakan sebagai agen dari negara, dan tindakannya dapat diatribusikan kepada negara tersebut. Draft Pasal 8 tampaknya berdasar atas tulisan Vattel dimana dia menjelaskan bahwa “persetujuan dapat mengikutsertakan tanggung jawab negara, dan hal ini biasanya timbul sesudah tindakan”.⁸⁶

Oleh karena itu, tindakan faktual yg memiliki karakter publik dari individu adalah penting sekali untuk pengatribusian ke negara. Roberto Ago, sebelum perumusan akhir draft pasal 8, menulis bahwa “tindakan seorang privat, dalam satu atau lain cara melaksanakan fungsi atau tugas yang secara jelas memiliki karakter publik harus dipertimbangkan sebagai sebuah tindakan yang dapat diatribusikan ke rakyat dan seharusnya melibatkan pertanggungjawaban negara pada level internasional”.⁸⁷

Dalam hukum Amerikat Serikat sendiri terdapat peraturan yang setara dengan draft Pasal 8, yakni di U.S. Foreign Relations Law bagian 207 yang berbunyi:

⁸⁴ Tindakan suatu individu atau kelompok individu dapat dianggap sebagai tindakan suatu negara menurut hukum internasional apabila individu atau kelompok tersebut pada faktanya bertindak atas instruksi, atau dibawah arahan atau kontrol dari negara tersebut dalam melakukan tindakannya. (hasil terjemahan bebas penulis)

⁸⁵ Lihat Gregory Townsend, *op. cit.*

⁸⁶ *Ibid.*, hal. 3.

⁸⁷ Roberto Ago, Rapporteur, *Third Report on State Responsibility*, International Commentary hal. 199, 264 paragraf 1, U.N. Doc. A/CN.4/246 dan ADD.1-3.

*A state is responsible for any violation of its obligations under international law resulting from action or inaction by ... c) any organ, agency, official, employee, or other agent of a government or any political subdivision, acting within the scope of authority or under color of such authority.*⁸⁸

Kata-kata “under color of such authority” diatas tampaknya diberlakukan untuk individu yang bertindak atas nama Negara atau sebuah agen negara. Untuk menentukan apakah negara bertanggungjawab atas tindakan orang-orang yang dilakukan dalam “scope and color of authority”, haruslah dipertimbangkan semua keadaan/kenyataan yang ada. Hal ini termasuk apakah kelompok bersangkutan dianggap bertindak sebagai “official”, entah hal tersebut untuk kepentingan publik atau keuntungan pribadi, dan apakah individu tersebut memakai seragam atau perlengkapan resmi suatu negara.⁸⁹

3.2.2 Pasal 8 ILC *Draft* Berdasarkan Komentar dari James Crawford⁹⁰

Sebagai prinsip umum, tindakan individu atau entitas privat tidak dapat diatribusikan ke negara menurut hukum internasional. Akan tetapi hal tersebut dapat saja diatribusikan karena terdapat hubungan faktual yang spesifik antara individu atau entitas yang melakukan tindakan tersebut dengan suatu negara. Pasal 8 berhubungan dengan dua persoalan. Pertama menyangkut individu privat yang bertindak atas instruksi dari suatu negara dalam melakukan tindakan salahnya. Kedua menyangkut situasi umum dimana individu privat tersebut bertindak dibawah arahan atau kontrol suatu negara.⁹¹ Adalah penting untuk

⁸⁸ “Sebuah negara bertanggungjawab atas pelanggaran atas kewajibannya menurut hukum internasional yang dihasilkan dari tindakan atau kealpaan dari...c) setiap organ, badan, pejabat, pegawai negeri, atau agen dari suatu pemerintahan atau bawahan negara, yang bertindak dalam lingkup kekuasaan pemerintahan atau dibawah pengaruh kekuasaan pemerintahan.”. Dalam *Restatement (Third) of The Foreign Relations Law of The U.S.* section 207 (1986) (Hasil terjemahan bebas penulis).

⁸⁹ *Ibid.*, lihat komentar ILC *draft*.

⁹⁰ Lihat buku James Crawford, *The International Law Commission's Article On State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, (New York: Cambridge University Press, 2002).

memperhitungkan hubungan nyata antara individu atau kelompok yang melakukan tindakan dengan organ perlengkapan negara dalam dua kasus tersebut, sebagai prinsip efektifitas.

Pengatribusian kepada negara atas tindakan yang pada faktanya disahkan oleh negara tersebut telah diterima dalam yurisprudensi internasional.⁹² Dalam kasus ini, tidaklah penting apakah individu atau kelompok yang terlibat merupakan individu privat ataupun tindakan mereka memerlukan "aktivitas pemerintah". Pada umumnya, kasus seperti ini akan muncul dimana organ negara, untuk membantu tindakan mereka, merekrut atau mendesak individu atau kelompok privat yang bertindak sebagai "alat pembantu" dan tetap berada diluar struktur ofisial dari suatu negara. Termasuk di dalamnya individu-individu atau kelompok-kelompok privat yang, walaupun tidak secara spesifik diangkat oleh negara dan juga bukan merupakan bagian kepolisian atau pasukan bersenjata, dipekerjakan sebagai pembantu atau dikirim sebagai *volunteer* ke negara lain, atau yang diinstruksikan untuk membawa misi khusus ke luar negeri.

Permasalahan yang lebih rumit dalam Pasal ini adalah dalam menentukan apakah tindakan tersebut dilakukan "dibawah arahan atau kontrol" suatu negara. Tindakan tersebut akan diatribusikan ke negara hanya apabila negara tersebut mengarahkan atau mengontrol suatu operasi spesifik dan tindakan yang dituduhkan merupakan bagian tidak terpisahkan dari operasi tersebut. Pada prinsipnya hal tersebut tidak mencakup tindakan yang bukan merupakan inti suatu operasi, atau yang bebas dari arahan atau kontrol. Lebih lanjut lagi tingkat kontrol yang harus dilakukan oleh negara agar tindakan tersebut dapat diatribusikan ke

⁹¹ Permasalahan berbeda muncul ketika satu negara terlibat dalam tindakan salah internasional yang diarahkan atau berada dibawah kontrol negara lain. Lihat komentar Pasal 17 ILC *draft*, para. 7

⁹² Sebagai contoh lihat the *Zafiro* case, UNRIAA, vol. VI (Sales No. 1955. V.3), hal. 160 (1925); the *Stephens* case, UNRIAA, vol. IV (Sales No. 1951.V.1), hal. 267; dan *Lehigh Valley Railroad Company and Others (U.S.A.) v. Germany (Sabotage cases)*: insiden "Black Tom" dan "Kingsland", UNRIAA, vol. VIII (Sales No. 58.V.2), hal. 84 (1930) and hal. 458 (1939).

negara merupakan masalah kunci dalam kasus Nikaragua dan kasus Tadic, yang akan dibahas di subbab berikutnya.⁹³

Negara dapat, entah melalui arahan yang spesifik atau melalui mengontrol suatu kelompok, mengambil tanggung jawab atas tindakan mereka. Setiap kasus akan tergantung pada faktanya masing-masing, khususnya kasus yang menyangkit hubungan antara instruksi yang diberikan atau arahan atau kontrol yang diberikan dan tindakan spesifik yang dituntut. Dalam pasal 8 ini, ketiga istilah "instruksi", "arahan" dan "kontrol" adalah terpisah; adalah cukup untuk membuktikan salah satu dari istilah tersebut. Pada saat yang bersamaan haruslah jelas bahwa instruksi, arahan atau kontrol harus berhubungan dengan tindakan salah internasional.⁹⁴

Permasalahan berikutnya adalah apakah ada pengatribusian apabila sebuah negara telah memberi otoritas atas suatu tindakan atau telah memberi arahan atau kontrol atasnya, akan tetapi tindakan yang dilakukan berada melebihi otoritas yang diberikan. Sebagai contoh, apabila seorang agen, pada saat melakukan instruksi atau arahan yang diberikan, ternyata melakukan hal yang berkebalikan dari apa yang diinstruksikan atau yang diarahkan oleh negara. Dalam kasus ini dapat diselesaikan dengan dengan menanyakan apakah tindakan yang tidak diotorisasi atau tidak disahkan tersebut bagian yang mengiringi misi yang diberikan atau jelas-jelas berada melebihi misi yang diberikan. Pada umumnya suatu negara, dalam memberikan instruksi yang tidak salah secara hukum kepada individu⁹⁵ individu yang bukan organnya, tidak memikul resiko dimana apabila instruksi tersebut akan dilakukan dalam cara yang salah secara internasional. Sebaliknya apabila individu-individu atau kelompok-kelompok telah melakukan tindakan dibawah kontrol efektif suatu negara, persyaratan pengatribusian tetap terpenuhi bahkan ketika suatu instruksi tertentu diabaikan. Tindakan tersebut akan tetap dilakukan dibawah kontrol negara tersebut dan akan diatribusikan kepada negara tersebut berdasarkan Pasal 8.

⁹³ James Crawford, *op. cit.*, hal. 112.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.* hal. 113.

3.3 Non-Atribusi Bagi Tindakan Individu Yang Murni Privat

Tindakan seseorang atau kelompok orang yang murni bersifat privat pada dasarnya tidak menimbulkan pertanggungjawaban negara, kecuali negara tersebut tidak melakukan upaya pemeriksaan hukum atau *due diligence*. Pada draft konvensi tahun 1926 ditegaskan bahwa kehilangan yang dialami orang asing dan dilakukan oleh individu privat tidak mengakibatkan pertanggungjawaban bagi Negara.⁹⁶ Kemudian ditemukan bahwa konsep tersebut masih kurang lengkap karena masih belum membahas pertanggungjawaban Negara karena kurangnya *due diligence*.⁹⁷ Sebagaimana disebutkan diatas tindakan dari suatu individu yang dimaksud haruslah merupakan tindakan privat yang murni. Pengatribusi ke negara atas tindakannya atas nama negara tersebut merupakan pengecualian atas pengaturan ini, atau dilakukan ketika tindakan individu tersebut menjadi tindakan publik.

Sebagai contoh, pada traktat 1848 antara Amerika Serikat dan Mexico membentuk Dewan Komisaris (*Board of Commissioners*) untuk mendamaikan pernyataan perang. Dewan tersebut menolak tuntutan penggugat terhadap Hayes⁹⁸ karena kerugiannya disebabkan oleh tindakan privat seseorang.⁹⁹ Hayes terikat kontrak dengan individu privat, tetapi tidak ada bukti yang menunjukkan bahwa Hayes “bertindak sebagai agen Mexico”.¹⁰⁰

⁹⁶ Edwin M. Borchard, *The Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners*, American Journal of International Law: 1929, hal. 133. Dimana mendiskusikan tentang Pasal 5 dari Guerrero Report 1926.

⁹⁷ *Ibid.* hal. 189.

⁹⁸ Lihat Marjorie M Whiteman, *3 Damages in International Law*, 1943. Hal. 1570-1571.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

3.4 Analisa Kasus Tanggung Jawab Negara Sehubungan Dengan Tindakan Organ Non-Negara

3.4.1 Teheran Hostage Case¹⁰¹

3.4.1.1 Duduk Perkara

Kasus ini timbul dari penguasaan oleh sekelompok warga Iran terhadap Kedubes AS di Teheran, Iran dan penyanderaan staf Kedubes. Kejadian yang menjadi pokok klaim Amerika Serikat dikategorikan menjadi dua fase yang akan diuji secara terpisah oleh Pengadilan.

Fase pertama melingkupi serangan bersenjata terhadap Kedubes AS oleh militan pada 4 November 1979, penguasaan rumah kediamannya, penyanderaan penghuninya, penguasaan hak milik dan arsip-arsip kedutaan dan perilaku otoritas Iran dalam kejadian itu. Serangan dan pengisian rumah kediaman setelahnya, setahap demi setahap, adalah operasi yang berlangsung dalam jangka waktu tiga jam, tanpa ada polisi, unit militer atau pejabat Iran yang mengintervensi atau mencoba memberhentikan atau menghalanginya. Hasil dari serangan itu adalah kerusakan pada gedung Kedutaan dan barang-barang miliknya, pembukaan paksa atas arsip-arsip kedutaan, penyitaan arsip dan dokumen lain yang ditemukan di kedutaan, dan yang paling parah, pengekangan secara paksa personil diplomatik dan konsuler beserta dua orang warga negara AS.

Tidak pernah ada yang menyatakan bahwa militan, ketika mereka melancarkan serangan ke kedutaan, memiliki bentuk resmi yang dapat menyatakan sebagai “agen” dari negara Iran. Tindakannya dalam melakukan serangan, mengokupasi Kedutaan dan menjadikan sandera penghuninya tidak dapat, dianggap dapat diimputasi kepada negara lewat dasar itu. Tindakan mereka hanya bisa dianggap sebagai dengan sendirinya dapat diimputasi kepada Negara Iran hanya apabila dapat ditemukan bahwa, pada faktanya, dalam kesempatan tersebut, mereka bertindak sebagai agen dari negara Iran, ditugaskan oleh organ kompeten dari negara Iran, untuk melakukan operasi khusus. Informasi yang di

¹⁰¹ ICJ, U.S.A v. Iran, *op. cit.*

dapat Pengadilan, bagaimanapun juga, tidak mencukupi, untuk dapat menemukan adanya keterhubungan antara militan dan organ kompeten dalam negara.

Fase kedua dari kejadian-kejadian yang mendasari klaim Amerika Serikat terdiri atas seluruh rangkaian fakta-fakta yang terjadi setelah okupasi kedutaan oleh militan. Walaupun merupakan tugas dari Pemerintah Iran untuk mengambil langkah-langkah yang pantas untuk mengakhiri pelanggaran kedaulatan atas Kedutaan dan stafnya, dan untuk menawarkan ganti kerugian atas kerusakan yang ditimbulkan, Iran tidak melakukan hal apapun. Lebih parah lagi, ekspresi persetujuan didengar segera dari sejumlah otoritas Iran Ayatollah Khomeini sendiri memproklamirkan dukungan negara Iran atas penyitaan kedutaan dan penahanan sandera. Ia menggambarkan kedutaan sebagai “pusat mata-mata”, dan menyatakan bahwa para sandera (dengan beberapa pengecualian) akan tetap ditahan sampai Amerika Serikat mengembalikan mantan Shah dan barang kekayaannya ke Iran, dan menyatakan untuk melarang seluruh bentuk negosiasi dengan AS mengenai masalah itu. Seketika organ dari Negara Iran memberikan persetujuan atas tindakan-tindakan yang dipermasalahkan AS, tindakan-tindakan tersebut bertransformasi menjadi tindakan-tindakan Negara Iran: para militan menjadi agen negara, yang dengan sendirinya menjadi bertanggungjawab secara internasional atas tindakannya. Selama periode enam bulan, situasinya tidak kunjung berubah: perintah Pengadilan pada 15 Desember 1979 secara terang-terangan ditolak oleh Iran, sementara Ayatollah menyatakan bahwa penahanan para sandera akan terus berlanjut sampai parlemen Iran yang baru mengambil kesimpulan untuk menentukan nasib para sandera.

Keputusan pemerintahan Iran untuk meneruskan penyanderaan dan pendudukan kedutaan menimbulkan pelanggaran hukum internasional atas kewajiban Iran dibawah traktat, sebagai tambahan atas pelanggaran yang dilakukannya pada saat penyitaan Kedutaan (Konvensi 1961: Ps. 22, 24, 25, 26, 27 dan 29 Konvensi 1963: inter alia, Ps. 33; Traktat 1955, Ps. II (4)). Sehubungan dengan *Chargé d'affaires* dan dua anggota lain dari misi AS yang berada di Kementrian Luar negeri Iran sejak 4 November 1979 Pengadilan menemukan bahwa otoritas Iran telah menunda proteksi dan fasilitas yang perlu untuk

mengizinkan mereka meninggalkan kedubes dengan aman, dan dengan demikian melanggar Pasal 26 dan 29 dari Konvensi Wina 1961.

Pengadilan mempertimbangkan bahwa dirinya harus menguji pertanyaan apakah tindakan otoritas Iran dapat dibenarkan karena Kementerian luar negeri Iran menuduhkan dalam suratnya bahwa AS melakukan aktivitas kriminal di Iran. Pengadilan mempertimbangkan bahwa walaupun tuduhan-tuduhan ini dapat dibuktikan, mereka tidak dapat dijadikan pembelaan atas klaim AS karena hukum diplomatik menyediakan kemungkinan untuk memutuskan hubungan diplomatik atau mendeklarasikan seseorang sebagai persona non grata.

3.4.1.2 Analisa Kasus

Pengatribusian dalam kasus ini terbagi menjadi dua, yakni pengatribusian dalam fase pertama, yakni penyerbuan kedutaan pada tanggal 4 November 1979 dan fase kedua, yakni kumulasi efek sejak 4 November 1979.

Pada fase pertama, Mahkamah memutuskan bahwa Iran bertanggungjawab atas tindakan militan. Akan tetapi bukan tindakan tersebut yang menyebabkan pertanggungjawaban melainkan kelalaian dari pasukan pertahanan dan otoritas yang berwenang dalam melindungi Kedutaan Amerika Serikat tersebut.

Putusan Mahkamah Internasional adalah tepat karena militan tersebut bertindak sebagai individu pribadi, dan tidak membawa pertanggungjawaban kepada negara. Pada fase pertama dimana dilakukannya penguasaan dan penyerangan kepada Kedutaan tersebut, Mahkamah menyatakan bahwa tidak ada petunjuk bahwa militan tersebut ketika menyerang Kedutaan, memiliki status resmi sebagai “agen” atau organ dari negara Iran. Tindakan mereka dalam menyerang dan menduduki Kedutaan, menangkap orang-orang disana dan memperlakukan mereka sebagai sandera pada dasarnya tidak dapat diatribusikan ke Negara Iran. Tindakan mereka dapat diatribusikan ke Negara Iran, hanya jika terdapat fakta bahwa tindakan tersebut dilakukan atas nama negara.

Bagaimanapun, Iran sebagai negara tuan rumah dimana misi berada, memiliki kewajiban untuk mengambil langkah-langkah yang pantas untuk melindungi Kedubes Amerika Serikat malah tidak melakukan apa-apa untuk mencegah serangan, menghentikannya sebelum kejadiannya terlaksana atau menyuruh militan untuk menarik diri dari kedubes dan melepaskan sandera. Aksi diam Iran terhadap AS ini kontras dengan perlakuan otoritas Iran pada periode yang sama, dimana mereka telah mengambil langkah-langkah yang pantas. Hal ini merupakan, menurut Pengadilan, pelanggaran yang jelas dan serius atas kewajiban Iran terhadap AS dibawah pasal 22 (2), 24, 25, 26, 27 dan 29 dari Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961, dan pasal 5 serta 36 dari Vienna Convention on Consular Relations 1963, dan pasal 11 (4) dari traktat 1955. Pelanggaran atas konvensi 1963 dilibatkan karena gagalnya Iran dalam melindungi Konsulat AS di Tabriz dan Shiraz.

Hal ini berarti bahwa Pengadilan dapat meminta pertanggungjawaban kepada pemerintah Iran hanya atas dasar kegagalan *due diligence* dan kealpaan, terlepas dari putusan mahkamah tentang status militan tersebut. Sehingga Pengadilan menyimpulkan bahwa pada tanggal 4 November 1979, otoritas Iran sepenuhnya mengetahui kewajiban mereka dibawah konvensi, dan juga urgensinya bagi mereka untuk bertindak cepat, bahwa mereka memiliki sarana-sarana untuk dapat memenuhi kewajibannya, namun demikian mereka gagal untuk memenuhinya.

Pada fase kedua yang menjadi titik sentral adalah adanya dukungan dan persetujuan (*approval and endorsement*) dari otoritas Iran dan Ayatollah Khomeini sendiri atas pendudukan kedutaan. Hal ini seketika mentransformasikan tindakan para militan yang tadinya adalah individu pribadi (*private persons*) menjadi tindakan organ negara (*act of the state*). Maka dalam fase kedua ini, pengatribusiannya dilakukan dengan tindakan (*action*).

Pernyataan Ayatollah Khomeini bahwa warga negara Amerika Serikat dibawah tahanan Iran adalah cukup signifikan untuk mengaplikasikan prinsip atribusi. Pada umumnya tindakan “menahan” adalah tindakan yang hanya dapat

dilakukan organ resmi negara.¹⁰² Pada kenyataan dalam kasus ini, wewenang untuk menahan diberikan secara resmi bagi para militan. Karena Mahkamah mengasosiasikan wewenang ini sebagai wewenang negara, dengan demikian Mahkamah memutuskan bahwa pada kenyataannya militan bertindak atas nama negara Iran.¹⁰³

3.4.2 Nicaragua Case

3.4.2.1 Duduk Perkara¹⁰⁴

Pada tanggal 9 April 1984 Duta Besar Republik Nikaragua untuk Kerajaan Belanda mendaftarkan pada bagian pendaftaran Mahkamah sebuah aplikasi permohonan persidangan melawan Amerika Serikat mengenai suatu sengketa tentang pertanggungjawaban untuk kegiatan militer dan paramiliter di dalam dan melawan Nikaragua. Aplikasi ini didasarkan pada deklarasi-deklarasi penerimaan terhadap yurisdiksi memaksa Mahkamah yang dibuat oleh para Pihak menurut Pasal 36 Statuta.

Sengketa antara Nikaragua dan Amerika Serikat ini menyangkut kejadian-kejadian yang terjadi setelah jatuhnya Pemerintahan Presiden Anastasio Somoza Debayle di Nikaragua pada bulan Juli 1979, dan aktivitas Pemerintahan Amerika Serikat dalam hubungannya dengan Nikaragua sejak saat itu. Setelah jatuhnya Presiden Somosa, sebuah Junta dari National Reconstruction dan sejumlah 18 anggota pemerintah dilantik oleh badan yang memimpin oposisi bersenjata terhadap Presiden Somoza, yaitu Front Pembebasan Nasional Sandinista (Frente Sandinista de Liberacion Nacional/FSLN). Badan itu pada awalnya mendapat

¹⁰² "To seize implies authority." Jackson Harvey Ralston, "The Law and Procedure of International Tribunals", 1926, hal. 369. Pada Gregory Townsend, *op. cit.*

¹⁰³ Lihat Lawrence Preuss, *International Responsibility for Hostile Propaganda Against Foreign States*, (American Journal of International Law, 1934), hal. 649. Mendiskusikan tanggung jawab negara bagi partai politik dan pers yang berada dibawah otoritas rezim yang berkuasa.

¹⁰⁴ Mengenai sengketa ini, dapat dibaca: ICJ Reports of Judgments, 26 November 1984, *op.cit.*, dan 27 Juni 1986, *op. cit.* Juga lihat: Terry D. Gill, *Litigation Strategy at the International Court, A Case Study of The Nicaragua v. United States Dispute*, (Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, ed.1. 1987.)

bagian yang besar dalam pemerintah yang baru, yang digambarkan sebagai "koalisi demokrasi", dan sebagai akibat dari pengunduran diri dan penyusunan kembali setelahnya, menjadi hampir komponen tunggalnya. Lawan-lawan tertentu dari pemerintah yang baru, terutama pendukung dari Pemerintahan Somoza yang dahulu dan khususnya bekas anggota National Guard, membentuk dirinya dalam pasukan kekuatan militer, dan memulai kebijaksanaan dari oposisi bersenjata, walaupun untuk lingkup yang terbatas.

Sikap pemerintah Amerika terhadap "pemerintah koalisi demokrasi" pada mulanya mendukung; dan suatu program bantuan ekonomi untuk Nikaragua telah disetujui. Akan tetapi sejak tahun 1981 sikap ini berubah. Bantuan Amerika Serikat untuk Nikaragua ditunda pada bulan Januari 1981 dan akhirnya dihentikan pada bulan April 1981. Menurut Amerika Serikat, Alasan perubahan ini adalah laporan-laporan dari keterlibatan Pemerintah Nikaragua dalam dukungan logistik, termasuk persenjataan, untuk pasukan gerilya di El Salvador. Akan tetapi hubungan diplomasi tidak terganggu, yang tetap dipelihara sampai saat itu. Pada bulan September 1981, menurut kesaksian pihak Nikaragua, diputuskan untuk merencanakan dan mengambil tindakan yang ditujukan untuk melawan Nikaragua.

Oposisi bersenjata terhadap pemerintah baru di Nikaragua yang asalnya terdiri dari dua kelompok utama: Fuerza Democratica Nicaraguense (FDN) dan Alianza Revolucionaria Democratica (ARDE). FDN tumbuh sejak tahun 1981 menjadi suatu kekuatan perlawanan yang terlatih, beroperasi di sekitar perbatasan dengan Honduras; sedangkan ARDE beroperasi di sekitar perbatasan dengan Costa Rica. Setelah beberapa waktu berjalan operasi rahasia yang dilakukan oleh personil-personil dan orang-orang Amerika Serikat yang dibayar untuk menutupinya dari umum, menjadi jelas bukan hanya dalam pers AS, tetapi juga dalam Kongres dan pernyataan-pernyataan resmi oleh Presiden dan pejabat-pejabat tinggi AS, bahwa Pemerintah AS telah membantu pihak *contra*, suatu istilah bagi perlawanan terhadap Pemerintah Nikaragua pada waktu itu. Pada tahun 1983 badan pembuat undang-undang mengenai anggaran belanja yang dibuat oleh kongres membuat ketentuan khusus bagi dana yang akan digunakan

oleh agen-agen intelejen AS untuk membantu "secara langsung atau tidak langsung, operasi militer dan paramiliter di Nikaragua". Menurut Nikaragua, pihak *contra* telah menimbulkan sejumlah besar kerugian material dan hilangnya banyak nyawa, dan juga telah melakukan tindakan-tindakan pembunuhan para tahanan, pembunuhan warga-warga sipil tanpa pandang bulu, penyiksaan, pemerkosaan dan penculikan. Nikaragua berpendapat bahwa Pemerintah Amerika Serikat secara efektif mengatur *contra*, merencanakan strategi dan mengatur taktik mereka, dan bahwa tujuan dari Pemerintah itu, dari awal, adalah untuk menggulingkan Pemerintahan Nikaragua.

Kemudian dinyatakan oleh Nikaragua bahwa operasi-operasi militer atau paramiliter tertentu yang melawan Nikaragua dilakukan bukan oleh pihak *contra* yang pada saat itu menyatakan bertanggungjawab, tetapi oleh orang-orang bayaran Pemerintah Amerika Serikat, dan dibawah komando langsung dari personil Amerika Serikat yang juga ambil bagian dalam operasi-operasi tersebut. Operasi-operasi ini termasuk peranjauan pelabuhan-pelabuhan Nikaragua tertentu pada permulaan tahun 1984, serangan-serangan pada pelabuhan-pelabuhan, instalasi-isntalasi minyak, pangkalan angkatan laut, dan lain-lain. Nikaragua juga mengeluh mengenai penerbangan tanpa izin di atas wilayahnya oleh pesawat Amerika Serikat, bukan hanya untuk keperluan-keperluan pertemuan intelejen dan bantuan bagi *contra* di lapangan, tetapi juga untuk menakut-nakuti penduduk.

Dalam bidang ekonomi, Nikaragua menyatakan bahwa Amerika Serikat telah menarik kembali bantuannya kepada Nikaragua, mengurangi secara drastis kuota untuk impor gula dari Nikaragua ke Amerika Serikat, dan menerapkan embargo perdagangan; AS juga telah menggunakan pengaruhnya dalam Bank Pembangunan Inter-Amerika (Inter-American Development Bank) dan Bank Internasional untuk Rekonstruksi dan Pembangunan (International Bank for Reconstruction and Development) untuk menghalangi ketetapan mengenai pinjaman bagi Nikaragua.

Dari segi hukum, Nikaragua menyatakan, antara lain, bahwa Amerika Serikat telah melanggar Pasal 2 ayat 4 Piagam PBB, dan kewajiban hukum kebiasaan internasional untuk tidak mengancam atau menggunakan kekuatan; dan

bahwa tindakan-tindakannya adalah merupakan intervensi dalam urusan dalam negeri Nikaragua, melanggar Piagam Organisasi Negara-negara Amerika (pasal 18, 20, dan 21) dan ketentuan-ketentuan hukum kebiasaan internasional yang melarang intervensi; dan bahwa Amerika Serikat telah melanggar kedaulatan Nikaragua, dan melanggar sejumlah kewajiban lain yang terdapat dalam hukum kebiasaan internasional umum dan dalam sistem inter-Amerika (seperti dalam Piagam DAS tersebut).

Tindakan-tindakan Amerika Serikat juga dinyatakan oleh Nikaragua sebagai kegagalan tujuan dan maksud dari Perjanjian Persahabatan, Perdagangan dan Pelayaran yang ditandatangani kedua negara pada tahun 1956, dan merupakan penyimpangan dari ketentuan-ketentuan dari perjanjian tersebut.

Sebelum kasus ini dibawa ke Mahkamah, telah terlebih dahulu dibawa ke Dewan Keamanan PBB (DK-PBB) mengenai beberapa elemen dari masalah dalam kasus ini. Nikaragua pertama kali membawa kasus ini pada DK-PBB pada tahun 1982 dimana ia pertama kali menyatakan mengenai bantuan Amerika Serikat bagi *contra*, dan menuduh AS sedang mempersiapkan perang dengan Nikaragua dan terlibat dalam penerbangan tanpa izin secara ilegal di atas wilayahnya.

Usulan (*draft*) resolusi yang dibuat oleh Nikaragua isinya meminta agar Amerika Serikat menghentikan bantuan bagi *contra* dan menghargai prinsip-prinsip non-agresi dan non-intervensi. Amerika Serikat kemudian memveto usulan resolusi ini. Kemudian Nikaragua kembali ke DK-PBB pada bulan April 1984, setelah terjadi peranjauan terhadap pelabuhan-pelabuhannya. Dalam usulan resolusi lainnya yang diserahkan pada tanggal 4 April, ia meminta kepada DK-PBB untuk "mengutuk dan meminta dihentikannya peranjauan dari pelabuhan-pelabuhan utama Nikaragua". Usulan resolusi ini mendapat dukungan dari tiga belas anggota DK, termasuk beberapa sekutu AS, dengan Inggris menyatakan abstain. AS kembali menghentikan usulan resolusi tersebut dengan menggunakan hak vetonya.

Pada saat yang sama Nikaragua telah menyiapkan untuk menyerahkan aplikasi kepada Mahkamah, meminta kepada Mahkamah untuk mengadili dan menyatakan bahwa bantuan Amerika Serikat untuk kegiatan-kegiatan militer dan paramiliter dari *contra* adalah melanggar hukum internasional. Nikaragua juga meminta kepada mahkamah untuk menyatakan bahwa Amerika Serikat "berada dibawah kewajiban khusus untuk menghentikan dengan segera dari segala penggunaan kekuasaan...melawan Nikaragua". Teks dari Aplikasi Nikaragua ini isinya serupa dengan isi *draft* resolusinya yang telah diveto dalam Dewan Keamanan.¹⁰⁵

3.4.2.2 Analisa Kasus

Pada kasus ini, Mahkamah internasional membahas satu permasalahan mengenai tanggung jawab negara atas tindakan individu yang bertindak atas nama negara, yakni apakah Mahkamah dapat “menyamakan *contra* dengan organ pemerintah Amerika Serikat atau bertindak atas nama pemerintah Amerika Serikat.”¹⁰⁶ Meskipun terdapat bukti yang kuat bahwa Amerika Serikat berperan besar dalam membiayai, melatih, mempersenjatai dan mengorganisasikan *contra*,¹⁰⁷ Mahkamah menemukan bahwa “tidak ada bukti jelas bahwa Amerika Serikat menjalankan tingkat kontrol yang cukup pada semua bidang agar dapat dikatakan bahwa *contra* bertindak untuk kepentingan Amerika Serikat”.¹⁰⁸ Mahkamah menyatakan bahwa agar dapat meminta pertanggungjawaban Amerika Serikat atas tindakan *contra*, haruslah terdapat fakta bahwa Amerika Serikat menjalankan kontrol efektif terhadap mereka.¹⁰⁹ Hakim Ago mengkritik keraguan dalam pertimbangannya mengenai penggunaan istilah “dikontrol”. Dalam

¹⁰⁵ *Ibid.*, hal. 133-134

¹⁰⁶ ICJ, *Nicaragua v. U.S.A*, *op. cit.*, para. 109.

¹⁰⁷ *Ibid*

¹⁰⁸ *Ibid*

¹⁰⁹ *Ibid.* Hal. 65, para. 115

opini terpisahnya, dia menyatakan bahwa istilah dikontrol kurang tepat dibandingkan diarahkan (*directed*) atau didesak (*enforce*).¹¹⁰

Mahkamah menyatakan bahwa *contra* bukanlah agen AS karena “tindakan *contra* yang menggunakan petunjuk manual CIA mengenai psikologi dalam perang gerilya menguatkan komisi bahwa pelanggaran hukum yang dilakukan tidak dapat diatribusikan ke Amerika Serikat, karena bukti yang ada tidak menunjukkan kontrol dan otorisasi yang cukup agar kelompok non-negara tersebut memenuhi syarat sebagaimana diatur dalam ILC draft Pasal 8.¹¹¹ Apabila Amerika Serikat memberi perintah ke *contra* untuk melakukan tindakan atas nama Amerika Serikat, maka *draft* Pasal 8 dapat diaplikasikan. Pada kenyataannya *contra*, tidak dapat dianggap memiliki perintah spesifik dari Amerika Serikat.¹¹²

Dalam hal apakah Amerika Serikat bertanggungjawab atas pemberian bantuan bagi *contra*, Mahkamah menyatakan bahwa hal tersebut tidak dapat memberikan kesimpulan bahwa pasukan tersebut merupakan bagian Amerika Serikat dimana tindakannya dapat diatribusikan ke Amerika Serikat. Hal ini berarti bahwa *contra* tetap bertanggungjawab atas tindakannya sendiri, dan bahwa Amerika Serikat tidak bertanggungjawab atas tindakan *contra*, selain atas tindakannya sendiri terhadap Nikaragua.¹¹³

Mahkamah menemukan bahwa bantuan Amerika Serikat merupakan hal yang sangat penting bagi semua tindakan *contra*,¹¹⁴ akan tetapi, perlu dicatat bahwa *contra* tetap melakukan aktifitasnya meskipun pada kenyataannya Kongres Amerika Serikat tidak lagi mengotorisasikan bantuan militer sejak Oktober 1984.¹¹⁵ Oleh karena itu bantuan dari Amerika Serikat tersebut masih belum

¹¹⁰ *Ibid* at 189, para. 18.

¹¹¹ Gordon A. Christenson, “The Doctrine of Attribution”, dalam Richard B. Lillich, *International Law Of State Responsibility* (ed., 1983) hal. 330, 336.

¹¹² ICJ, *Nicaragua v. U.S.A*, *op. cit.*, hal. 189, para. 16.

¹¹³ *Ibid*. hal. 65, para. 116.

¹¹⁴ *Ibid*, hal. 62, para. 110.

¹¹⁵ *Ibid*.

cukup untuk membuktikan bahwa *contra* sepenuhnya tergantung (*complete dependence*) pada Amerika Serikat.¹¹⁶

3.4.3 Kasus Tadic¹¹⁷

3.4.3.1 Duduk Perkara

Pada 7 Mei 1997, terdakwa pengadilan Internasional, Dusko Tadic alias "Dule" alias "Dusan", seorang Bosnia-Serbia dan mantan pemilik kafe, merupakan tersangka pelanggar hukum humaniter internasional di Yugoslavia pertama yang diadili di hadapan Mahkamah Internasional Yugoslavia. Ia ditangkap tanggal 12 Februari 1994 di Munich, Jerman, tempat dimana ia tinggal sejak pindah dari Bosnia-Herzegovina pada pertengahan tahun 1993. Dusko Tadic ditangkap aparat pemerintah Jerman karena dicurigai terlibat tindak penyiksaan, berpartisipasi, serta memberi bantuan terhadap tindakan genosida, tindakan-tindakan mana yang dianggap sebagai kejahatan di dalam hukum internasional.

Dakwaan terhadap Dusko Tadic dilakukan pada bulan februari 1995 atas total 132 tindakan terdakwa yang dianggap termasuk pelanggaran Berat Konvensi Jenewa (Pasal 2 Statuta ICTY), Pelanggaran Hukum dan Kebiasaan Perang (Pasal 3 Statuta), serta Kejahatan terhadap Kemanusiaan (Pasal 5 Statuta), yang dilakukan terdakwa pada kamp-kamp konsentrasi di Omarska, Karaterm, dan Trnopolje yang terletak di Opstina (distrik) Prijedor, Bosnia Herzegovina. Dusko Tadi didakwa atas perlakuan kejam dan tidak manusiawi (Pasal 2(b) Statuta), pemerkosaan (Pasal 5(g) Statuta), dengan sengaja menyebabkan kematian (Pasal 2(a) Statuta), pembunuhan (Pasal 5 (a) Statua), penyiksaan (Pasal 5 (f) Statuta), secara sengaja menyebabkan penderitaan berat ataupun cedera terhadap tubuh maupun kesehatan (Pasal 2 (c) Statuta), serta tindakan-tindakan tidak manusiawi lainnya (Pasal 5 (e) Statuta). Dusko Tadic diserahkan oleh Pemerintah Jerman

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a 'Dule', op. cit.*

pada tanggal 24 April 1995 kepada ICTY dan selanjutnya ditahan oleh unit Penahanan PBB di Den Haag.

Sidang pertama Dusko Tadic berlangsung pada tanggal 26 April 1995 di Kamar Pengadilan II, ICTY. Sidang tersebut dipimpin oleh hakim ketua Judge Gabrielle Kirk McDonald (Amerika Serikat), Judge Jules Deschenes (Kanada), dan Judge Lal Chand Vohrah (Malaysia). Dalam persidangan pertama tersebut Dusko Tadic mengaku tidak bersalah atas seluruh dakwaan yang diajukan Penuntut.

Kemudian Pengadilan Internasional pada tanggal 14 Juli 1997 menjatuhkan sanksi 20 tahun penjara kepada Tadic. Walaupun perannya cukup besar dalam kampanye pembersihan etnis, Tadic dapat terhindar dari berbagai macam dakwaan. Mayoritas hakim menyatakan bahwa tuduhan dibawah Pasal 2 Statuta ICTY tidak dapat diberlakukan karena Konvensi Jenewa IV berlaku hanya untuk melindungi korban yang berada dalam tangan pihak yang bersengketa atau pemegang kekuasaan akan tetapi bukan warga negara di tempat itu. Dengan kata lain, ICTY menemukan bahwa Tadic dan korbannya memiliki kewarganegaraan yang sama (Republik Bosnia Herzegovina) dan juga karena Tadic bukan merupakan agen dari Republik Federal Yugoslavia (Serbia Montenegro).

3.4.3.2 Analisa Kasus

Dalam kasus ini tindakan pasukan bersenjata Republik Srpska yang walaupun berkewarganegaraan Bosnia Herzegovina setelah 19 Mei 1992 di Opstina Prijedor, dapat diatribusikan ke Republik Federal Yugoslavia (Serbia Montenegro) jika pasukan tersebut bertindak sebagai individu yang bertindak atas nama negara atau agen negara Yugoslavia dan bertindak untuk kepentingan Negara tersebut.

Tampaknya, merujuk pada kasus Nikaragua, Mahkamah beranggapan berdasarkan bukti-bukti bahwa pasukan bersenjata Republik Srpska tidak dapat dinyatakan sebagai agen yang bertindak atas nama Pemerintah Republik Federal Yugoslavia (Serbia Montenegro). Mahkamah membutuhkan standar tinggi untuk menentukan sifat dari agen tersebut yaitu dengan mengharuskan penuntut untuk

membuktikan agen tersebut sangat tergantung pada suatu negara, dan bahwa negara memiliki kontrol efektif atas agen tersebut. Walaupun Mahkamah memakai test sebagaimana yang dinyatakan pada *draft* Pasal 8 ketika menyatakan bahwa tindakan Tadic "tidak dapat dikatakan dilakukan atas nama negara Republik Yugoslavia", pada kenyataannya Mahkamah membentuk suatu standar yang baru, lebih tinggi dan lebih sulit untuk mendefinisikan agen yang bertindak atas nama negara dimana dibutuhkannya suatu perintah dan kontrol (*command and control*).

Hakim McDonald, dalam opini terpisah dan berbedanya, tidak setuju dengan sebagian besar hakim dalam hal menentukan kontrol efektif untuk mendefinisikan agen yang bertindak atas nama negara. Hakim McDonald menyatakan bahwa bukti yang ada dapat memenuhi standar hakim yang tinggi. Hakim McDonald menyatakan dalam menentukan sifat agen tersebut dalam kasus ini haruslah diperhatikan bahwa Republik Federal Yugoslavia membayarkan sejumlah gaji kepada pasukan VRS-Tadic dan bahwa VRS "secara formal berada dibawah komando Beograd dan dioperasikan sebagai bagian yang terintegrasi dalam perang tersebut." Hakim McDonald seharusnya mengaplikasikan Konvensi Jenewa IV (*Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 1949) karena VRS pada dasarnya merupakan rezim boneka dari Republik Federal Yugoslavia dan "subyek hukum fiktif" dan seharusnya memutuskan bahwa Tadic bertanggungjawab atas kejahatan terhadap kemanusiaan. Penentuan (test) yang dilakukan McDonald lebih menyerupai *draft* Pasal 8. Tetap harus diperhatikan apakah test yang dilakukan McDonald akan terus dipakai dalam 21 kasus lainnya dalam pengadilan internasional tersebut yang menyangkut pelanggaran Konvensi Jenewa IV.

BAB IV

KONSEP ATRIBUSI DALAM PUTUSAN MAHKAMAH INTERNASIONAL DI DALAM KASUS BOSNIA v. SERBIA

4.1. Latar Belakang Kasus Bosnia v. Serbia¹¹⁸

Kasus, yang dinamakan oleh Mahkamah Internasional sebagai *Case Concerning The Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide oleh Mahkamah Internasional*, adalah kasus antara Bosnia dan Herzegovina melawan Serbia dan Montenegro. Kasus ini diantarkan ke Mahkamah oleh Bosnia dan Herzegovina (Bosnia) pada tanggal 20 Maret 1993 untuk menuntut Republik Federal Yugoslavia (RFY)¹¹⁹ dalam hal pelanggaran terhadap *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Konvensi Genosida) yang diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada tanggal 9 Desember 1948, dan juga hal-hal lain yang mana diklaim berhubungan oleh Bosnia.¹²⁰

Dalam aplikasinya kepada Mahkamah, Bosnia menyatakan bahwa RFY telah melanggar dan tetap/sedang melanggar kewajiban hukumnya dalam beberapa traktat internasional kepada Bosnia, termasuk *Genocide Convention, the Geneva Conventions 1949*¹²¹, *Additional Protocol I 1977*¹²², *the Hague*

¹¹⁸ Banyak dari tulisan dalam subbab berikut merupakan rangkuman penulis dari ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, op.cit.* para. 1-66.

¹¹⁹ Dimana pada tanggal 4 Februari 2003 menjadi Serbia dan Montenegro, dan pada tanggal 3 Juni 2006 menjadi Republik Serbia.

¹²⁰ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, op. cit.* para. 1.

¹²¹ *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949*, dibuka untuk ditandatangani pada 12 Agustus 1949, 75 UNTS 31 (berlaku pada 21 Oktober 1950) ('*Geneva Convention I*'); *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949*, dibuka untuk ditandatangani pada 12 Agustus 1949, 75 UNTS 85 (berlaku mulai 21 Oktober 1950) ('*Geneva Convention II*'); *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, dibuka untuk ditandatangani pada 12 Agustus 1949, 75 UNTS 135 (berlaku mulai 21 Oktober 1950) ('*Geneva Convention III*'); *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949*, dibuka untuk

*Regulations 1907*¹²³, dan *Universal Declaration of Human Rights 1948* (Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia/ DUHAM). Secara spesifik Bosnia menduga keras bahwa RFY, ‘telah menghilangkan, membunuh, melukai, memperkosa, merampok, menyiksa, menculik, menahan secara ilegal, dan membinasakan warga Bosnia...dan sedang/tetap melakukan hal tersebut’¹²⁴. Bosnia mengatakan bahwa tindakan ini, selain melanggar beberapa traktat yang telah disebutkan diatas, juga melanggar hukum kebiasaan internasional. Lebih lanjut lagi, Bosnia mengklaim bahwa RFY secara ilegal menggunakan pasukan melawan Bosnia, dan melanggar kedaulatan Bosnia dengan melakukan serangan bersenjata dan intervensi ilegal, dan dengan “merekrut, melatih, mempersenjatai, memberi perlengkapan, membiayai, mensuplai, dan mendorong, mendukung, membantu dan mengarahkan aksi militer dan paramiliter....agen dan wakil/penggantinya.”¹²⁵

Bosnia juga menginginkan pernyataan Mahkamah bahwa Bosnia berhak untuk menggunakan kekuatan bersenjata untuk mempertahankan diri dan untuk meminta bantuan dari negara lain, serta meminta Dewan Keamanan PBB untuk mengeluarkan resolusi dalam hal mengembargo senjata di seluruh wilayah Yugoslavia, tetapi tidak menghalangi hak Bosnia untuk mempertahankan dirinya. Selain pernyataan tersebut diatas, Bosnia juga meminta Mahkamah untuk memerintahkan RFY ‘untuk menahan dan memberhentikan segera’ tindakan pelanggaran atas kewajiban hukumnya, dan membayar reparasi kepada Bosnia dan warganya atas kerusakan ‘orang-orang dan properti, serta perekonomian dan lingkungan Bosnia’.

ditandatangani pada 12 Agustus 1949, 75 UNTS 287 (berlaku mulai 21 Oktober 1950) (*Geneva Convention IV*) (semua ini secara bersama-sama disebut *Geneva Conventions*).

¹²² *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts*, dibuka untuk ditandatangani pada 8 Juni 1977, 1125 UNTS 3 (berlaku mulai 7 Desember 1978).

¹²³ *Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, Annex to the Convention, Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land*, dibuka untuk ditandatangani pada 8 Oktober 1907, (1910) UKTS 9 (berlaku mulai 26 Januari 1910) (*Hague Regulations*).

¹²⁴ Bosnia, *Application Instituting Proceedings* (20 March 1993). Dapat dilihat di <http://www.icj-cij.org>, diakses pada 5 Juli 2009.

¹²⁵ *Ibid.*

Pada tanggal yang sama seperti surat aplikasi diatas, Bosnia juga meminta indikasi tindakan darurat (*indication of provisional measures*) untuk mengamankan hak-haknya sebagaimana diatur dibawah Konvensi Genosida (harus diingat bahwa ketika surat aplikasi kepada Mahkamah ini dibuat, konflik di Bosnia masih tetap terjadi). Selanjutnya, pada 8 April 1993, Mahkamah mengeluarkan indikasi tindakan darurat kepada RFY untuk “melakukan semua tindakan dalam kekuasaannya untuk mencegah adanya tindakan kejahatan genosida”, dan mengarahkan kedua belah pihak untuk tidak melakukan semua tindakan yang dapat memperburuk konflik antar mereka.

Dalam kasus ini Mahkamah memiliki beberapa pertanyaan yang harus diputuskan yaitu:

- i. Apakah Mahkamah memiliki Yurisdiksi memutus kasus ini dibawah Pasal IX Konvensi Genosida, yang merupakan pernyataan keberatan oleh Serbia?
- ii. Apakah ketentuan dari Konvensi Genosida dapat diaplikasikan dalam kasus ini untuk permasalahan tanggung jawab negara ataukah Konvensi tersebut hanya untuk kewajiban individu dalam lapangan kriminal?
- iii. Mahkamah juga mempertanyakan mengenai bukti-bukti yang menjadi dasar tuntutan dan bantahan.
- iv. Apakah Serbia bertanggungjawab atas genosida yang terjadi di suatu tempat dan kejadian yang spesifik di Bosnia?
- v. Apakah Serbia bertanggungjawab atas kegagalannya dalam mencegah dan menghukum tindakan genosida yang terjadi? termasuk kegagalannya dalam hal Perintah Tindakan Darurat Mahkamah seperti yang dijelaskan di atas.
- vi. Cara penyelesaian masalah yang diberikan oleh Mahkamah.

Secara singkat dan garis besar Mahkamah memutuskan demikian:

- i. Mahkamah memiliki Yurisdiksi atas kasus ini dengan dasar doktrin *res judicata*.
- ii. Konvensi Genosida dapat diaplikasikan juga ke negara sebagaimana dapat diaplikasikan ke individu-individu.
- iii. Mahkamah menerima tuntutan Bosnia bahwa telah terjadi genosida, berdasarkan putusan dari ICTY, akan tetapi hanya ditemukan di pembantaian Srebrenica pada Juli 1995.
- iv. Serbia tidak bertanggungjawab atas tindakan Genosida menurut hukum internasional.¹²⁶
- v. Di lain pihak Serbia bertanggungjawab karena gagal untuk mencegah dan menghukum tindakan genosida.
- vi. Penyelesaian masalah yang paling tepat untuk kasus ini adalah *satisfaction* (sebuah pernyataan dari Serbia bahwa telah terjadi Genosida dan bahwa Serbia telah gagal untuk mencegah dan menghukum tindakan tersebut), dan bukan penyelesaian masalah berupa kompensasi keuangan.

Dari beberapa putusan diatas, hanya permasalahan pertanggungjawab Serbia saja yang akan dibahas lebih lanjut, khususnya dalam hal pengatribusian. Sebelum itu perlu dilihat terlebih dahulu mengenai fakta genosida di Srebrenica.

4.1.1. Kasus Genosida Di Srebrenica¹²⁷

Setelah melakukan pertimbangan, Mahkamah Internasional memutuskan bahwa hanya pembantaian di Srebrenica sajalah yang melanggar Konvensi Genosida.¹²⁸ Oleh karena itu dalam tulisan berikut hanya akan membahas

¹²⁶ Dalam hal ini beberapa kritik atas putusan ini terlontar dari Alexander Solzhenistan yang menyatakan 'hal ini membuktikan bahwa pengadilan mungkin bukanlah instrument terbaik untuk mencapai rekonsiliasi dalam politik internasional.' Dalam Pan Mohamad Faiz, *Keadilan Untuk Siapa?*, <http://jurnalhukum.blogspot.com/2007/03/keputusan-mahkamah-internasional-antara.html> diakses pada 1 Juni 2009.

¹²⁷ Lihat ICTY, *Radislov Krstik Indictment*, (The Hague: ICTY, 1999)

mengenai pembantaian yang terjadi di Srebrenica, walaupun banyak kejahatan-kejahatan lainnya yang terjadi.

Srebrenica adalah suatu kota yang terletak di timur Bosnia Herzegovina. Wilayah Srebrenica dijadikan oleh PBB sebagai tempat aman bagi pengungsi dari peperangan yang melanda di Bosnia Herzegovina. Tetapi upaya tersebut ditentang oleh pemimpin kelompok Bosnia-Serbia Radovan Karadzic dan sebagai respon atas tindakan PBB tersebut Karadzic mengeluarkan perintah untuk melakukan tindakan perang aktif di seluruh daerah aman (*enclave*) Srebrenica. Perintah ini dikenal dengan *Directive 7* dan perintah tersebut diberikan kepada Drina Corps. Dalam struktur angkatan bersenjata Republik Bosnia Serbia terdapat tiga kesatuan yaitu *Krajina Corps*, *East Bosnia Corps*, *Hercegovina Corp* dan *Sarajevo Rumanija Corp*. Seluruh kesatuan ini dibawah kendali Staf utama yang diketuai Jendral Ratko Mladic. *Drina Corps* dipimpin oleh seorang atasan yaitu Mayor Jendral Mlinco Zivanovic dan dibantu satu kepala staf yaitu Mayor Jendral Radislov Krstik serta tiga orang asisten.

Sebagai tindak lanjut dari *Directive 7*, Jendral Ratko Mladic sebagai atasan Angkatan Bersenjata Republik Serbia mengeluarkan rencana operasi yang diberi sandi *Directive 7.1*. Selanjutnya *Directive 7.1* dijabarkan oleh Mayjen Mlinko Zivanovic selaku atasan Drina Corp, membuat rencana operasi militer untuk mengurangi area aman Srebrenica. Operasi ini dikenal dengan kode Krivaja 95. Tanggal 31 Mei 1995 pasukan dari Drina Corp menyerang pos pemantau UNPROFOR Echo. Tanggal 6 Juli 1995 Drina Corp menyerang Srebrenica dan pos-pos pemantau UNPROFOR jatuh ketangan Drina Corp setelah tentara UNPROFOR dari Belanda (*Dutch Bat*) mundur karena serangan tersebut. Tanggal 9 Juli 1995 Drina Corp telah masuk sepanjang 4 Kilometer ke dalam daerah *enclave* Srebrenica dan Radovan Karadzic memerintahkan Drina Corp untuk mengambil alih Srebrenica dan melakukan pengepungan.

Setelah mengambil alih Srebrenica, kejahatan-kejahatan terhadap penduduk sipil dimulai. Tanggal 13 Juli 1995 Jendral Ratko Mladic mengangkat Mayor Radislov Krstik sebagai Komandan Pasukan Drina Corp menggantikan

¹²⁸ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, *op. cit.*, para. 297 dan 376.

Mayjen Mlinco Ivanovic. Drina Corp dibawah kendali Mayjen Radislov Krstik dengan dibantu unit militer lain memindahkan wanita, anak-anak dan lanjut usia etnis muslim Bosnia dari Potocari ke wilayah yang menjadi daerah etnis Muslim Bosnia. Selama dua hari pemindahan (tanggal 12 dan 13 Juli 1995) Drina Corp dibantu kesatuan militer Serbia lain telah memindahkan sebanyak 25.000 orang muslim Bosnia keluar dari daerah Srebrenica. Disamping Pemindahan paksa, selama pendudukan di Srebrenica tercatat terjadi pembunuhan secara sistematis terhadap warga muslim Bosnia laki-laki dengan korban mencapai 7.000-8.000 orang meninggal.

4.2 Konsep Mahkamah Internasional Mengenai Pengatribusian dalam Kasus Bosnia v. Serbia

Setelah mengetahui bahwa terdapat tindakan genosida di Srebrenica, pertanyaan selanjutnya adalah apakah tindakan pihak yang melakukan pembantaian tersebut dapat diatribusikan ke Serbia.¹²⁹ Hanya apabila memang demikian barulah Mahkamah dapat memutuskan bahwa Serbia memang bertanggung jawab atas pembantaian tersebut. Mahkamah sendiri membuat prosedur untuk menentukan pengatribusian tersebut.

Pertama, haruslah sah dan meyakinkan bahwa pembantaian di Srebrenica dilakukan oleh organ negara Serbia, maksudnya adalah orang atau entitas yang tindakannya dapat diatribusikan ke Serbia karena mereka pada faktanya merupakan instrumen Serbia. Kemudian apabila ditemukan bahwa pertanyaan pertama tersebut tidak terbukti, maka haruslah terbukti secara sah dan meyakinkan bahwa tindakan tersebut dilakukan oleh individu-individu yang, walaupun bukan organ negara Serbia, bertindak dibawah instruksi dari atau dibawah arahan atau kontrol dari Serbia.¹³⁰

¹²⁹ Lihat *Ibid.* para. 390: Pihak yang dimaksud adalah Republika Srpska dan kekuatan militernya (Vojska Republike Srpske, VRS), 'Scorpions', 'Red Berets', 'Tigers', and 'White Eagles'.

¹³⁰ *Ibid.*, para. 384.

Mahkamah Internasional mengikuti outline prosedur tersebut dan menentukan pertama-tama apakah tindakan tersebut memang dilakukan oleh organ negara Serbia dengan melihat Pasal 4 ILC draf mengenai tindakan organ suatu negara.¹³¹ Mengingat tidak adanya individu atau kelompok yang terlibat dalam pembantaian Srebrenica yang ditemukan, memiliki posisi atau jabatan resmi dalam pemerintahan Republik Federal Yugoslavia sebagaimana diatur dalam hukum negara Yugoslavia, oleh karena itu Mahkamah menepis pengatribusian dengan alasan ini.¹³² Kemudian masih melihat Pasal 4 ILC draf, mahkamah melanjutkan dengan mempertanyakan apakah ada hubungan ketergantungan atau kontrol penuh antara Bosnia-Serbia (Republika Srpska) dengan Serbia sehingga orang Bosnia-Serbia dapat dianggap organ Serbia. Dalam hal ini Mahkamah, dengan mengacu pada kasus Nikaragua, menggunakan *complete dependence test* (tes ketergantungan mutlak). Menurut Mahkamah Internasional tes ini membutuhkan bukti bahwa ‘orang-orang atau kelompok-kelompok terkait bertindak dalam “ketergantungan penuh” terhadap negara, dimana mereka betul-betul hanyalah instrumen’. Dalam menggunakan tes tersebut terhadap fakta-fakta dalam kasus Bosnia v. Serbia, Mahkamah menemukan bahwa tidak ada cukup bukti mengenai hubungan yang demikian antara RFY dan beberapa kelompok Bosnia-Serbia. Hal tersebut dikarenakan orang-orang Bosnia-Serbia diberikan otonomi yang cukup besar oleh Serbia.

Mahkamah selanjutnya melihat ke Pasal 8 ILC draft, dimana dalam penjelasan pendahulunya menyatakan sebagai berikut:

The Court now addresses a completely separate issue: whether, in the specific circumstances surrounding the events at Srebrenica the perpetrators of genocide were acting on the Respondent's instructions, or under its direction or control. An affirmative

¹³¹ *Ibid.*, paras. 385-389; Pasal 4 ILC Draft, berjudul Tindakan dari Organ negara ('Conduct of organs of a State'), bertuliskan demikian: '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.'

¹³² *Ibid.*, para. 386-389

*answer to this question would in no way imply that the perpetrators should be characterized as organs of the Federal Republic of Yugoslavia (FRY), or equated with such organs. It would only mean that the FRY's international responsibility would be incurred owing to the conduct of those of its own organs which gave the instructions or exercised the control resulting in the commission of acts in breach of its international obligations. In other words, it is no longer a question of ascertaining whether the persons who directly committed the genocide were acting as organs of the FRY, or could be equated with those organs - this question having been answered in the negative.*¹³³

Dari penjelasan tersebut diatas dapat kita simpulkan bahwa setelah Mahkamah menemukan bahwa kelompok Bosnia-Serbia tidak dapat dikategorikan sebagai organ Serbia, Mahkamah melanjutkan ke tahap kedua prosedur untuk menentukan pengatribusian yakni melihat apakah operasi Srebrenica dilakukan dibawah perintah atau “kontrol efektif” Serbia. Dalam hal ini Mahkamah tidak menemukan demikian, tidak ada bukti bahwa Serbia mengetahui mengenai genosida di Srebrenica ketika hal tersebut terjadi, apalagi mengontrol pembantaian tersebut.¹³⁴

4.3 Analisis Keputusan Mahkamah Internasional Mengenai Konsep Atribusi dalam Kasus Bosnia v. Serbia

Dalam menganalisa keputusan Mahkamah Internasional terdapat dua hal penting yang perlu diperhatikan, pertama adalah pemakaian Pasal 8 ILC draft dan hubungannya dengan status organ negara. Hal ini penting karena Mahkamah menggunakan konsep yang baru dibandingkan kasus terdahulu, seperti kasus Tadic dan kasus Nikaragua, untuk menentukan pengatribusian. Hal kedua adalah mengenai pemakaian tes ketergantungan penuh, dan alasan mengapa menggunakan tes ini pada pasal 4 ILC draft dan bukannya di Pasal 8 ILC draft.

¹³³ *Ibid.*, para. 397

¹³⁴ *Ibid.*, para 408-413.

4.3.1 Konsep Mahkamah Internasional Mengenai Pasal 8 ILC Draft sebagai Peraturan Atribusi dalam Kasus Bosnia v. Serbia dan Status Organ Negara

Dari putusan Mahkamah Internasional, ada beberapa hal yang perlu diperhatikan mengenai penggunaan Pasal 8 ILC draf ini. Hal yang paling penting untuk dibahas adalah mengenai pemakaian pasal 8 sebagai peraturan atribusi, dan konsep Mahkamah yang menyatakan bahwa terdapat perbedaan antara pengatribusian dan status organ negara.

Pertama kali kita lihat terlebih dahulu apakah Mahkamah menggunakan Pasal 8 ILC draft, atau tidak menganggapnya sebagai peraturan atribusi.¹³⁵ Mengapa bisa sampai ada sebuah pemikiran yang menganggap bahwa Mahkamah tidak menggunakan Pasal 8 ILC? Mari kita lihat alasannya. Mahkamah menyatakan dalam putusan paragraph 397,

*An affirmative answer to this question [that of whether the requirements of Art. 8 ILC Articles are fulfilled] would in no way imply that the perpetrators should be characterized as organs of the FRY, or equated with such organs. It would only mean that the FRY's international responsibility would be incurred owing to the conduct of those of its own organs which gave the instructions or exercised the control resulting in the commission of acts in breach of its international obligations.*¹³⁶

Menurut Griebel dan Plücker, paragraph tersebut diatas diartikan sebagai berikut:

ICJ is of the opinion that the responsibility incurred by the state under Article 8 of the ILC Articles flows from the conduct of the state's organs in giving the instructions or exercising the control in question, as opposed to the action of the instructed or controlled entities. Considering that the function of the attribution rules is to attribute to the state the conduct of persons who have acted against

¹³⁵ Seperti yang diungkapkan Griebel and Plücker dalam J. Griebel & M. Plücker, *New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice's Decision in Bosnia v. Serbia*, (21 Leiden Journal of International Law, 2008), hal. 601

¹³⁶ *Ibid.*, hal. 607. Terjemahan bebas, Dengan dipenuhinya persyaratan dalam Pasal 8 ILC draft, tidak berarti bahwa pelaku kejahatan digolongkan sebagai organ FRY (Federal Republic Yugoslavia) atau dipersamakan dengan organ tersebut. Hal tersebut hanya berarti bahwa tanggung jawab internasional FRY akan muncul karena organ negaranya memberikan instruksi atau mengontrol tindakan yang mengakibatkan terjadinya pelanggaran kewajiban internasional

*international law, the Court's refusal to consider the persons acting under such instructions or control as de facto organs, and its foundation of responsibility in Article 8 situations on the wrongfulness of the state organs' instructions or control, entirely stripped Article 8 of the ILC Articles of its character as an attribution rule.*¹³⁷

Pendapat Griebel dan Plücker tersebut diatas sebenarnya adalah karena salah interpretasi. Mahkamah tidak pernah sekalipun menganggap bahwa Pasal 8 ILC draft bukanlah peraturan atribusi. Bahkan, dalam paragraf pendahuluan yang mana dijelaskan langkah-langkahnya dalam menentukan pertanggungjawaban Serbia, Mahkamah menyatakan:

*Having thus explained the interrelationship among the three issues set out above (paragraph 379), the Court will now proceed to consider the first of them. This is the question whether the massacres committed at Srebrenica during the period in question, which constitute the crime of genocide within the meaning of Articles II and III, paragraph (a), of the Convention, are attributable, in whole or in part, to the Respondent. **This question has in fact two aspects, which the Court must consider separately.** First, it should be ascertained whether the acts committed at Srebrenica were perpetrated by organs of the Respondent, i.e., by persons or entities whose conduct is necessarily attributable to it, because they are in fact the instruments of its action. Next, if the preceding question is answered in the negative, it should be ascertained **whether the acts in question were committed by persons who, while not organs of the Respondent, did nevertheless act on the instructions of, or under the direction or control of, the Respondent.***¹³⁸

Kemudian lebih jelas lagi Mahkamah menyatakan:

¹³⁷ *Ibid.*, Terjemahan bebas:

Mahkamah beranggapan bahwa tanggung jawab yang dimunculkan oleh negara dalam Pasal 8 ILC draft berasal dari tindakan organ resmi negara dalam memberikan arahan atau mengontrol suatu individu atau kelompok. Mengingat bahwa fungsi dari peraturan pengatribusi adalah untuk mengatribusikan ke suatu negara atas tindakan individu atau kelompok yang melanggar hukum internasional, maka penolakan Mahkamah untuk memandang bahwa individu atau kelompok yang berada dibawah instruksi atau suatu negara sebagai organ de facto dan pondasinya dari pertanggungjawaban di pasal 8 ILC Draft dalam hal kesalahan atas instruksi atau kontrol organ negara, dapat dikatakan sepenuhnya mematahkan Pasal 8 ILC draf dari sifatnya sebagai peraturan mengenai atribusi.

¹³⁸ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, *op. cit.*, para. 384

*The rules for attributing alleged internationally wrongful conduct to a State do not vary with the nature of the wrongful act in question in the absence of a clearly expressed *lex specialis*. **Genocide will be considered as attributable to a State** if and to the extent that the physical acts constitutive of genocide that have been committed by organs or persons other than the State's own agents were carried out, wholly or in part, on the instructions or directions of the State, or under its effective control. This is the state of customary international law, as reflected in the ILC Articles on State Responsibility.¹³⁹*

Lebih lanjut lagi:

*A State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf. That is true of acts carried out by its official organs, and also by persons or entities which are not formally recognized as official organs under internal law but which must nevertheless be equated with State organs because they are in a relationship of complete dependence on the State. Apart from these cases, a State's responsibility can be incurred for acts committed by persons or groups of persons – neither State organs nor to be equated with such organs – only if, assuming those acts to be internationally wrongful, **they are attributable to it under the rule of customary international law reflected in Article 8 cited above.**¹⁴⁰*

Dari ketiga kutipan diatas jelas bahwa Mahkamah tidak sekalipun menganggap bahwa Pasal 8 ILC draf bukan merupakan peraturan atribusi, seperti yang dipikir oleh Griebel dan Plücken. Sehingga jelas bahwa Pasal 8 ILC draft, merupakan peraturan atribusi yang digunakan oleh Mahkamah Internasional dalam memutus kasus Bosnia v. Serbia.

Hal kedua yang perlu kita perhatikan adalah, walaupun Mahkamah menyatakan bahwa Pasal 8 ILC draft tidak dapat digunakan untuk menentukan status organ negara, yang statusnya tidak diatur dalam peraturan negara tersebut dan yang tidak sepenuhnya dikontrol oleh negara.¹⁴¹ Satu hal perlu dicatat bahwa

¹³⁹ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, *op. cit*, para. 401

¹⁴⁰ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, *op. cit*, para. 406

¹⁴¹ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, *op. cit*, para. 397

pengatribusian dan status suatu organ negara bukan merupakan satu hal yang sama; apabila tindakan suatu aktor dapat diatribusikan ke negara, sehingga aktor tersebut pastilah organ negara, entah statusnya diatur resmi atau tidak diatur dalam hukum suatu negara.¹⁴²

Agar atribusi ke suatu negara atas tindakan individu atau kelompok non-negara dapat muncul dibutuhkan hubungan antara negara dan aktor tersebut. Identitas individu atau kelompok tersebut tidaklah cukup, karena status mereka tidak diakui dalam hukum negara. Hal tersebut jelas merupakan keseluruhan poin tentang atribusi yang dituangkan dalam Pasal 8-11 ILC draf, dimana maksud ILC adalah *deal with certain additional cases where conduct, not that of a State organ or entity, is nonetheless attributed to the State in international law*.¹⁴³ Tindakan tersebut bukan merupakan tindakan organ negara dimana harus dibuktikan instruksinya atau kontrolnya atau persetujuannya atas suatu tindakan spesifik.

Hal tersebut diatas merupakan konsep yang digunakan oleh Mahkamah dalam kasus Bosnia v. Serbia ini, dimana Mahkamah menyatakan *responsibility would be incurred owing to the conduct of those of its own organs which gave the instructions or exercised the control resulting in the commission of acts in breach of its international obligations*.¹⁴⁴ Disini Mahkamah menjelaskan alasan kenapa suatu negara dapat dimintakan pertanggungjawaban, yaitu dengan melihat apa yang telah dilakukan negara sehingga dia dapat bertanggungjawab atas tindakan entitas non-negara; alasan dibalik peraturan atribusi ke negara atas tindakan yang tidak dilakukan organnya.¹⁴⁵

¹⁴² Marko Milanović, *op. cit.*, (b) hal. 7

¹⁴³ Komentar ILC draft Article on State Responsibility pada 83, para. 8. Terjemahan bebas:
berhubungan dengan hal dimana tindakan organ non-negara atau entitas non-negara dapat diatribusikan ke negara menurut hukum internasional

¹⁴⁴ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, *op. cit.*, para. 397.

¹⁴⁵ ILC beranggapan demikian dalam komentarnya mengenai pasal 4 ILC draft:
Certain acts of individuals or entities which do not have the status of organs of the State may be attributed to the State in international law, and these cases are dealt with in later articles of this chapter. But the rule is nonetheless a point of departure. It defines the core cases of attribution, and it is a starting point for other cases. For example, under article 8 conduct which is authorized

Sehingga dalam hal ini dapat disimpulkan bahwa Mahkamah dalam melihat Pasal 8 ILC draft tidak melihat status organ suatu negara, dimana hal tersebut diatur dalam Pasal 4. Hal yang penting dalam Pasal 8 ini adalah adanya suatu arahan atau kontrol yang efektif (*effective control*).

Apabila dihubungkan dengan kasus maka Bosnia tidak dapat memberikan bukti ke Mahkamah bahwa Serbia terlibat langsung dengannya memberikan arahan atau kontrol, bahkan Serbia pada saat itu tidak mengetahui mengenai pembantaian Srebrenica. Dengan mengetahui fakta tersebut satu-satunya cara agar kesalahan dapat diatribusikan ke Serbia adalah dengan membuktikan bahwa Republika Srpska dan pasukan militernya merupakan organ Serbia, sehingga walaupun Serbia tidak mengetahui mengenai operasi Srebrenica dan tidak terlibat secara langsung, Serbia tetap dapat dipersalahkan. Bosnia memang memberikan bukti mengenai level kontrol dan pengaruh Serbia pada tingkat umum terhadap Republika Srpska.¹⁴⁶ Akan tetapi bukti tersebut tidak dapat memenuhi tes ketergantungan dan kontrol penuh (*complete dependence and control test*) yang dibutuhkan Mahkamah untuk menentukan status organ negara. Di bagian selanjutnya akan dibahas mengenai tes tersebut.

4.3.2 Tes Ketergantungan Penuh (*Complete Control Test*)

Test ini sebenarnya sangat sulit untuk dianggap sebagai test yang relevan untuk menentukan atribusi.¹⁴⁷ Sebagai contoh, pemikiran untuk memakai tes ini tidak didukung dan tidak diikuti dalam kasus Tadic.¹⁴⁸ Dalam Kasus Tadic menggunakan asumsi bahwa putusan kasus Nikaragua hanya menggunakan satu tes,¹⁴⁹ yakni tes kontrol efektif dimana tes ini pun dikritisi¹⁵⁰ dan pada akhirnya

by the State, so as to be attributable to it, must have been authorized by an organ of the State, either directly or indirectly.

¹⁴⁶ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, *op. cit.*, para. 238.

¹⁴⁷ Griebel and Plücken, *op. cit.*, hal. 612.

¹⁴⁸ ICTY, Decision of the Trial Chamber in the Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a 'Dule', Judgement of 7 May 1997 (Trial Chamber), Case No. IT-94-1-T (Tadic Trial Chamber case), at 288 (Judge McDonald, Separate and Dissenting Opinion). Para. 585.

pada kasus Tadic menggunakan kontrol keseluruhan (*overall control*).¹⁵¹ Tes kontrol penuh sangat ketat sehingga akan sangat sulit untuk diaplikasikan atau dibuktikan¹⁵² dan tes ini tidak akan bisa dipenuhi apabila tes kontrol efektif (*effective control test*) tidak dipenuhi pada saat yang bersamaan. Sehingga tes ini dapat dikatakan sangat berlebihan, dan bisa diabaikan dalam praktek.¹⁵³ Pertanyaan berikutnya sehubungan dengan tes kontrol penuh ini adalah apakah tes kontrol penuh cocok dengan Pasal 4 (2) ILC draft, sebagaimana yang dilakukan Mahkamah dalam kasus Bosnia v. Serbia ini? Asumsinya adalah bahwa hanya Pasal 8 ILC draft saja yang mengatur pengatribusian berdasarkan kontrol yang dilakukan.¹⁵⁴

Pertama kali mari kita lihat alasan kenapa Mahkamah memakai tes kontrol penuh yang sangat ketat tersebut. Sebagaimana Mahkamah menjelaskan,

Persons, groups of persons or entities may, for purposes of international responsibility, be equated with State organs even if that status does not follow from internal law, provided that in fact the persons, groups or entities act in “complete dependence” on the State, of which they are ultimately merely the instrument. In such a case, it is appropriate to look beyond legal status alone, in order to grasp the reality of the relationship between the person taking action, and the State to which he is so closely attached as to appear to be nothing more than its agent: any other solution would allow States to escape their international responsibility by

¹⁴⁹ ICTY, The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a 'Dule', Judgement (Appeals Chamber), Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999 (Tadic Appeals Chamber case), Para. 112.

¹⁵⁰ *Ibid.*, Para. 115

¹⁵¹ *Ibid.*, Para. 120 dan 131.

¹⁵² Antonio Cassese mengkritik hal ini dengan menyatakan ‘meminta bukti spesifik adanya perintah langsung dari Beograd untuk melakukan genosida terhadap penduduk Muslim Bosnia merupakan standar bukti yang sangat tinggi dan sudah dapat dipastikan sulit untuk diperoleh. Sebagaimana yang diajarkan di kuliah Pengantar Ilmu Hukum bahwa hukum bukan saja merupakan suatu peraturan atau kodifikasi hukum belaka, tetapi juga suatu perasaan moralitas seseorang.’ Dalam Pan Mohamad Faiz, *Vonis Ambigu Untuk Sebuah Genosida*, <http://panmohamadfaiz.com/category/politik-hukum> diakses pada 1 Juni 2009.

¹⁵³ Griebel and Plücker, *op. cit.*, hal. 612-614; hal ini juga dikritisi oleh Jernej Letnar Cernic, dalam komentarnya terhadap putusan kasus Bosnia v. Serbia dalam artikelnya berjudul *Catching the Conscience of Judges*, dimana dia mempertanyakan alasan Mahkamah menggunakan lebih menggunakan kontrol efektif daripada kontrol keseluruhan.

¹⁵⁴ *Ibid.*

choosing to act through persons or entities whose supposed independence would be purely fictitious. ... However, so to equate persons or entities with State organs when they do not have that status under internal law must be exceptional, for it requires proof of a particularly great degree of State control over them, a relationship which the Court's [Nicaragua] Judgment quoted above expressly described as "complete dependence".¹⁵⁵

Oleh karena sifatnya yang istimewa dalam memberikan status kepada entitas yang tidak memiliki status organ negara menurut hukum domestiklah yang mengharuskan adanya tes yang sangat ketat tersebut. Secara doktrin, tujuan dari tes ini adalah untuk mencegah negara menghindar dari tanggungjawabnya dengan mengubah ketentuan-ketentuan hukum domestiknya mengenai status suatu organ.¹⁵⁶ Sebagaimana dijelaskan diatas, alasan kenapa hubungan antara suatu negara dengan entitas tersebut haruslah sangat kuat adalah karena hanya dengan identitasnya suatu aktor sebagai organ negara cukup agar atribusi dapat timbul.

Kepada hal tersebut Griebel and Plücken merespons bahwa adalah sulit untuk memenuhi tes kontrol penuh tanpa adanya bukti bahwa pada saat yang sama tindakan spesifik dari entitas yang dimaksud juga dikontrol secara efektif oleh negara. Hal tersebut demikian karena agar pengatribusian dapat terjadi maka penting untuk membuktikan bahwa suatu organ bertindak dalam kapasitas

¹⁵⁵ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, *op. cit.*, para 392 dan 393, Demi tujuan pertanggungjawaban internasional, Individu-individu, atau kelompok-kelompok atau entitas-entitas dapat dipersamakan dengan organ negara bahkan apabila statusnya yang tidak terdapat dalam hukum internalnya selama pada faktanya individu-individu, kelompok-kelompok atau entitas-entitas tersebut bertindak dalam ketergantungan penuh kepada suatu negara, dimana mereka mutlak hanyalah instrument. Dalam hal tersebut, pantas untuk melihat selain dari status hukum, untuk mendapatkan kenyataan tentang hubungan antara orang yang melakukan tindakan dan negara yang mana orang tersebut sangat terikat sebagai agen negara tersebut; selain dari hal tersebut dapat membebaskan negara dari pertanggungjawaban internasional dengan memilih untuk bertindak melalui individu-individu atau entitas-entitas yang kebebasannya murni fiktif. Bagaimanapun juga, untuk menyamakan individu-individu atau entitas-entitas yang tidak memiliki status dibawah hukum internal dengan organ-organ negara haruslah sangat istimewa, sehingga membutuhkan derajat pembuktian kontrol dari negara yang sangat tinggi, hubungan ini digambarkan dalam putusan Mahkamah (di kasus Nikaragua) sebagai "ketergantungan penuh". (terjemahan bebas)

¹⁵⁶ Prinsip umum Hukum Internasional, Pasal 27 Vienna Convention on the Law of Treaties. Dalam Marko M, *op. cit.*, (b) hal 11.

resminya sebagai organ negara.¹⁵⁷ Menurut Griebel dan Plucken, atribusi yang hanya berdasarkan pada identitas aktor belaka saja tidak cukup, baik organ resmi atau organ yang dipersamakan. Menurut Griebel and Plücken, hubungan umum yang berdasarkan pertautan formal saja tidak cukup, haruslah dinyatakan dengan tindakannya sendiri. Individu haruslah bertindak dalam kapasitasnya, yang hanya dapat ditentukan dengan melihat secara khusus kepada tindakannya sendiri.¹⁵⁸ Dalam pandangan mereka, dapat diragukan secara konsep apabila dalam menentukan atribusi hanya dengan dasar hubungan umum antara negara dan individu atau kelompok dan mengabaikan hubungan pertautan yang menyangkut dengan suatu tindakan.¹⁵⁹

Akan tetapi yang perlu diperhatikan disini adalah terdapat perbedaan antara membuktikan individu yang bertindak dalam kapasitas resmi suatu organ negara dan membuktikan bahwa suatu tindakan dikontrol secara efektif oleh negara. Sebagai contoh, terdapat perbedaan antara prajurit kelompok Bosnia-Serbia yang berperang, membantai penduduk sipil dan memperkosa wanita Muslim Bosnia dengan prajurit yang bertindak secara privat menganiaya anggota keluarganya. Tidak diragukan bahwa prajurit-prajurit dari militer Bosnia-Serbia yang melakukan pembantaian Srebrenica dan merupakan bagian dari kekuatan militer Republika Srpska yang terorganisir bertindak dalam perintah komandan-komandan mereka dan tidak melakukan tindakan privat sendiri. Membuktikan bahwa Serbia sebenarnya mengontrol tindakan genosida merupakan suatu masalah yang lain lagi. Juga sebagai contoh, dimana kenyataannya tidak demikian, apabila terbukti bahwa unit *Scorpion* merupakan anggota polisi rahasia Serbia, maka sudahlah cukup untuk membuktikan masalah pengatribusian. Tidaklah perlu bagi Bosnia untuk membuktikan pemimpin Serbia

¹⁵⁷ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, *op. cit.*, para. 397.

¹⁵⁸ Griebel and Plücken, *op. cit.*, hal. 613.

¹⁵⁹ Griebel and Plücken, *op. cit.*, hal. 614.

menginstruksikan, mengarahkan atau mengontrol *Scorpion* atas tindakannya di Srebrenica.¹⁶⁰

Adalah salah ketika seseorang mengatakan bahwa tes yang hanya berfokus pada hubungan umum antara negara dan aktor non-negara, dan bukannya kepada suatu tindakan khusus yang akan diatribusikan, dapat diragukan secara konseptual.¹⁶¹ Sebenarnya, kontrol tes keseluruhan (*overall control test*) yang digunakan oleh ICTY *Appeals Chamber* dalam kasus Tadić adalah sama seperti tes kontrol penuh yang melihat kepada kontrol suatu negara terhadap suatu aktor dalam tingkat umum.¹⁶² Perbedaan antara kedua tes tersebut adalah dalam kuatnya persyaratan yang dibutuhkan. Oleh karena itu, dalam tes kontrol penuh adalah penting untuk membuktikan hubungan antara negara dan aktor non-negara dimana terdapat penuh ‘ketergantungan di satu sisi dan kontrol di sisi lain’, sehingga aktor non-negara tersebut pada faktanya hanyalah instrumen negara, dan tidak mempunyai kebebasan atau otonomi.¹⁶³ Sebaliknya dalam tes kontrol menyeluruh haruslah dibuktikan bahwa negara ‘mempunyai kontrol menyeluruh atas suatu kelompok, tidak hanya dengan memperlengkapi, dan membiayai suatu kelompok tapi juga mengkoordinasi atau membantu dalam perencanaan aktifitas militer.....Tidak penting bagi suatu negara untuk memberikan instruksi pada suatu tindakan yang spesifik dan yang melanggar hukum internasional, entah menjadi kepala atau anggota kelompok saja’.¹⁶⁴ Dengan demikian, sama seperti tes kontrol penuh, tes kontrol menyeluruh tidak membutuhkan bukti keterlibatan langsung dari suatu negara dalam suatu tindakan spesifik agar dapat diatribusikan.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Marko Milanovic, *op cit.*, (b) hal 12.

¹⁶¹ Griebel and Plücker, *op. cit.*, hal. 614.

¹⁶² Marko Milanovic, *op cit.*, (b) hal 12.

¹⁶³ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, *op. cit.*, para. 394.

¹⁶⁴ *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgment (Appeals Chamber), Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999, Para. 131

¹⁶⁵ Lihat A. Cassese, *The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, (18 *EJIL* 631, 2007), hal. 657.

Kontrol menyeluruh bukanlah kontrol atas suatu tindakan, tapi atas suatu aktor yang pada diorganisir dan memiliki struktur yang bertingkat.

Pantaslah apabila seseorang dapat tidak setuju dalam hal apakah identitas atau status organ yang berdasarkan atribusi dapat membutuhkan kontrol yang lebih tinggi atau lebih rendah. Akan tetapi, seseorang tidak dapat mendukung menggunakan tes kontrol keseluruhan tapi pada saat yang bersamaan meragukan kelayakan atau kegunaan dari tes kontrol penuh karena sifatnya yang umum, karena sifat umum tersebut adalah inti dari kedua tes tersebut. Mengenai apakah tes kontrol penuh sangat ketat sehingga dalam praktek dapat diabaikan, kita tidak bisa dengan mudah mengatakan demikian, tanpa terlebih dahulu melihat penilaian pengadilan akan fakta-fakta yang terdapat dalam kasus *Bosnia v. Serbia* ini. Dalam opininya Mahkamah, dalam hal pertanggungjawaban Serbia atas genosida di Srebrenica, menyatakan:

*At the relevant time, July 1995, neither the Republika Srpska nor the VRS could be regarded as mere instruments through which the FRY was acting, and as lacking any real autonomy. While the political, military and logistical relations between the federal authorities in Belgrade and the authorities in Pale, between the Yugoslav army and the VRS, had been strong and close in previous years (see paragraph 238 above), and these ties undoubtedly remained powerful, they were, at least at the relevant time, not such that the Bosnian Serbs' political and military organizations should be equated with organs of the FRY. It is even true that differences over strategic options emerged at the time between Yugoslav authorities and Bosnian Serb leaders; at the very least, these are evidence that the latter had some **qualified, but real, margin of independence**. Nor, notwithstanding the very important support given by the Respondent to the Republika Srpska, without which it could not have "conduct[ed] its crucial or most significant military and paramilitary activities" (I.C.J. Reports 1986, p. 63, para. 111), did this signify a total dependence of the Republika Srpska upon the Respondent.¹⁶⁶*

¹⁶⁶ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, *op. cit.*, para. 394, Pada waktu yang bersangkutan, (yakni) Juli 1995, baik Republika Srpska atau VRS tidak ada yang dapat dikatakan sebagai instrument tindakan FRY (*Federal Republic Yugoslavia*) karena kurangnya otonomi (kebebasan). Ketika hubungan politik, militer dan logistic antara pemerintah federal di Belgrade dan pemerintah di Pale, antara pasukan Yugoslva dan VRS, telah sangat kuat dan dekat di tahun-tahun sebelumnya (lihat paragraph 238 diatas), dan hubungan ini tidak diragukan tetap kuat, mereka, setidaknya pada waktu yang bersangkutan, hal politik dan organisasi

Adalah penting untuk mengingat bahwa karena kasus ini hanya terbatas mengadili genosida dan karena selama konflik Bosnia kejadian genosida menurut Mahkamah terjadi hanya di Srebrenica, maka analisa Mahkamah terhadap pertanggungjawaban Serbia terbatas hanya apa pada kejadian di Srebrenica pada Juli 1995. Akan tetapi, banyaknya kontrol yang dimiliki oleh pemerintah Serbia atas kelompok Bosnia-Serbia adalah tidak sama selama keseluruhan konflik terjadi. Bahkan, banyaknya kontrol tersebut berkurang dari waktu ke waktu, dan akhirnya mulai berganti dari kepemimpinan oleh pemerintah Serbia menjadi pemerintahan sendiri oleh kelompok Bosnia-Serbia. Pada tahun 1992, dimana merupakan waktu paling berdarah selama perang, operasi militer kelompok Bosnia-Serbia untuk pembersihan etnis berada pada puncaknya, dengan lebih dari setengah semua korban penduduk sipil pada keseluruhan konflik, terjadi hanya dalam beberapa bulan pada tahun tersebut.¹⁶⁷ Hal itu terjadi ketika kontrol Belgrade atas kelompok Bosnia-Serbia ada pada puncaknya, dan ketika Pasukan Nasional Yugoslav (JNA) masih beroperasi di Bosnia. Kutipan paragraf dari putusan Mahkamah tersebut diatas berisi peringatan yang dibuat secara teliti untuk menunjukkan sifat fluktuatif kontrol Serbia atas kelompok Bosnia-Serbia, dan untuk membatasi pertimbangan Mahkamah hanya pada satu waktu, yaitu Juli 1995. Mahkamah mengisyaratkan bahwa pada kejadian yang berlangsung pada tahun 1992, tes kontrol penuh akan terpenuhi, akan tetapi waktu tersebut berada diluar pertimbangan yurisdiksi Mahkamah. Dengan kata lain, Mahkamah memang memperhatikan hal ini dengan hati-hati, sehingga tes kontrol penuh pada dasarnya tidak dapat diabaikan. Dan tes ini dapat muncul lagi pada kasus *Georgia v. Russia*,

kelompok Bosnia-Serbia tidak dapat dianggap sama dengan organ FRY. Benar adanya bahwa perbedaan kehendak strategis yang muncul pada waktu tersebut antara otoritas Yugoslavia dan pemimpin kelompok Bosnia-Serbia; setidaknya hal ini dapat dijadikan bukti bahwa kelompok Bosnia-Serbia mempunyai batasan, tetapi sebenarnya, memiliki margin kebebasan. Meskipun dukungan yang sangat penting yang diberikan Respondent (Serbia) ke Republika Srpska tetap hal tersebut tidak dapat menunjukkan ketergantungan total Republika Srpska terhadap Responden (Serbia), karena tidak adanya “tindakan yang krusial atau yang benar-benar berarti dalam aktifitas militer dan paramiliter” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 63, para. 111). (Terjemahan bebas penulis)

¹⁶⁷ Lihat V. Dimitrijević & M. Milanović, *The Strange Story of the Bosnian Genocide Case*, (21 *Leiden Journal of International Law* 65, 2008), terutama hal. 67.

dimana Mahkamah akan menilai pertanggungjawaban Russia atas tindakan di Abkhazian dan kelompok separatis Ossetian Selatan.

Griebel and Plücker berpendapat bahwa ILC dalam merumuskan Pasal 4, ILC tidak pernah menganggap tes kontrol sebagai cara¹⁶⁸ pengatribusian dalam hal status organ. Hal ini berkebalikan dengan pendapat Mahkamah yang menaruh tes kontrol penuh untuk menentukan status organ aktor non-negara dibawah Pasal 4 ILC draf,¹⁶⁹ dimana Griebel dan Plücker berpendapat bahwa tes tersebut hanya dapat dimasukan dibawah Pasal 8 ILC draf.¹⁷⁰

Griebel and Plücker mungkin benar ketika mereka berpendapat bahwa ILC, dalam Pasal 4 (2) ILC draf, tidak pernah bermaksud memberikan definisi organ negara kepada individu-individu atau entitas-entitas yang “termasuk” sebagai, tapi bukan “merupakan”, individu-individu atau entitas-entitas yang memiliki status dibawah hukum domestik., hal yang mana dipakai oleh Mahkamah dalam kasus Bosnia v. Serbia ini. Akan tetapi dalam hal ini ILC luput sama seperti tes kontrol penuh dalam kasus Nikaragua.¹⁷¹ Bagaimanapun juga, Mahkamah berwenang untuk menginterpretasikan sendiri yurisprudensinya. Memang ILC draf, yang dalam istilah salah satu sarjana “Crawford’s rules rock”¹⁷², tetapi bukan berarti ILC *Article on State Responsibility* (ASR) merupakan eskposisi yang mutlak atau rangkuman keseluruhan hukum mengenai tanggung jawab negara. Jika Mahkamah memiliki kesempatan untuk

¹⁶⁸ Pasal 4 ILC draft berbunyi demikian:

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.*

¹⁶⁹ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, *op. cit.*, para. 385.

¹⁷⁰ Griebel and Plücker, *op. cit.*, hal. 614.

¹⁷¹ Lihat M. Milanović, *op. cit.*, (a) hal. 576-583.

¹⁷² Dapat dikatakan *ILC draft article on state responsibility* merupakan karya James Crawford yang sangat bagus. J. Alvarez, *Luncheon Address*, (Canadian Council of International Law, 27 October 2006), dapat diakses di <http://www.asil.org/aboutasil/documents/CCILspeech061102.pdf>, hal. 2.

mengklarifikasi keputusannya dalam kasus Nikaragua sebelum pembuatan naskah konsep ASR selesai, sebagaimana yang dipakai dalam kasus Bosnia v. Serbia ini, maka ILC pastilah akan mempertimbangkan hal tersebut. Walaupun ILC mungkin belum membayangkan mengenai konsep yang lebih luas dan yang mendeskripsikan organ negara yang tidak diakui dalam hukum domestik seperti negara boneka Republika Srpska, Pasal 4 (2) ILC draf dan komentarnya sudah cukup luas untuk mencakup maksud tersebut sebagaimana tercantum dalam komentar ILC draft.¹⁷³ Selain itu perlu dicatat juga bahwa tidak ada satupun mantan anggota ILC yang duduk sebagai hakim dalam Mahkamah tersebut melihat sesuatu yang tidak sesuai antara tes kontrol penuh yang bertujuan menentukan status organ negara dan Pasal 4 ILC draft.

¹⁷³ ILC menjelaskan bahwa tujuan diformulasikannya pasal 4 (2) adalah agar "a State cannot avoid responsibility for the conduct of a body which does in truth act as one of its organs merely by denying it that status under its own law. This result is achieved by the use of the word "includes" in [Article 4] paragraph 2." (terjemahan: Sebuah negara tidak dapat menghindari tanggung jawabnya atas tindakan suatu badan dengan menyangkal statusnya berdasarkan hukum domestiknya, yang mana pada kenyataannya bertindak sebagai organnya. Hal ini dicapai dengan penggunaan kata **termasuk** dalam Pasal 4 (2).) Hal ini juga menjadi dasar pemikiran Mahkamah dalam menjustifikasi konsepsinya terhadap organ tersebut - Lihat ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, op. cit, para. 392 dan 393.

BAB V

PENUTUP

5.1 Kesimpulan

Dari semua penjabaran dalam tulisan ini, maka dapat diambil beberapa kesimpulan. Pertama adalah mengenai pertanggungjawaban negara dalam perspektif hukum internasional. Kedua mengenai pengaturan konsep atribusi pertanggungjawaban ke negara atas tindakan individu non-negara berdasarkan hukum internasional. Dan ketiga adalah mengenai konsep atribusi Mahkamah Internasional dalam putusannya di dalam kasus *Bosnia v. Serbia*.

Pertanggungjawaban Negara (*State Responsibility*) merupakan seperangkat aturan internasional yang mengatur mengenai konsekuensi hukum pelanggaran kewajiban internasional negara-negara. Kewajiban internasional ini dapat bersumber dari traktat, hukum kebiasaan internasional, keputusan yudisial, deklarasi unilateral negara maupun hal lainnya. Peraturan pertanggungjawaban negara telah ada sebelum adanya *International Law Commission Draft Articles on State Responsibility* (ILC Draft yang merupakan suatu rangkuman keseluruhan hukum mengenai tanggung jawab negara, akan tetapi masih belum dikumpulkan dan dirangkum sebagaimana yang terdapat dalam ILC draft tersebut. Kasus-kasus yang berhubungan dengan tanggung jawab negara pun telah masuk ke dalam pengadilan internasional.

Pengatribusian merupakan salah satu syarat penting terjadinya pertanggungjawaban negara, karena walaupun terdapat pelanggaran kewajiban internasional tanpa adanya pengatribusian terhadap suatu negara, negara tersebut tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban. Oleh karena negara merupakan entitas abstrak maka terlebih dahulu harus ditentukan siapa yang dimaksudkan dengan negara. Negara bertindak melalui wakil-wakilnya. Dalam kaitannya dengan pelanggaran terhadap kewajiban internasional tidak ada kaitannya dengan

siapa yang berwenang untuk bertindak atas nama negara. Karena dalam hukum internasional semua pejabat negara dapat dikenakan pertanggungjawab internasional melalui negaranya, misal aparat polisi yang melakukan tindak penyiksaan (*torture*) yang saat ini sudah merupakan norma yang terdapat dalam kebiasaan. Konsep pengatribusian itu sendiri dirangkum dalam Pasal 4-11 ILC *draft*.

Lebih jauh lagi sebuah negara harus bertanggung jawab atas pelanggaran terhadap keamanan dan kedamaian oleh: (1) individu, kelompok atau entitas yang bertindak atas nama negara, dan (2) organ negara yang “menyelundupkan diri” sebagai individu privat karena tindakan individu privat tidak menimbulkan tanggung jawab negara. Akan tetapi sebuah negara dapat saja mempunyai maksud menginstruksikan agennya untuk bertindak dibawah “topeng” untuk menjadi individu privat sehingga negara tersebut dapat menghindari kewajiban internasional. Sebagaimana ICTY menuliskan dalam kasus Tadic, negara dengan “itikad tidak baik” dapat membuat “demi kepentingannya dan dengan sengaja suatu kreasi (suatu agen) untuk menjauhkannya dari tanggung jawab hukum langsung atas tindakan (agen tersebut)”. Agar sistem internasional dapat berfungsi teratur dan damai, tidaklah boleh mengizinkan sebuah negara untuk menghindari hukum internasional dengan menyangkal keberadaan hubungan hukum antara negara dan individu-individu yang melakukan tindakan ilegal.

Walaupun beberapa prinsip telah diterima, tetapi menetapkan suatu individu sebagai agen yang bertindak atas nama negara adalah suatu proporsi yang berat secara hukum terutama dalam hal praktis. Sebagian besar forum internasional mengharuskan penuntut (*claimant*) untuk membuktikan adanya hubungan antara tindakan suatu individu dan suatu negara yang dapat menimbulkan pertanggungjawaban negara. Sehingga dengan adanya hubungan tersebut akan sulit bagi suatu negara untuk menyembunyikan niatnya. Hubungan yang menimbulkan atribusi tersebut dapat dilihat dari persetujuan, otorisasi, mengetahui tindakan, keterlibatan, kontrol, dukungan, toleransi suatu negara, atau perwujudan tindakan individu, kelompok atau entitas yang bersifat publik.

Dalam kasus-kasus yang sampai ke Mahkamah Internasional permasalahan pengatribusian dari tindakan individu, kelompok atau entitas yang bukan organ resmi negara bukanlah hal yang baru. Contoh beberapa yang melibatkan pengatribusian tindakan kasus individu, kelompok atau entitas yang bukan organ resmi negara adalah seperti Nikaragua, Teheran *Hostage*, dan Tadic. Dalam memutuskan kasus-kasus tersebut Mahkamah selalu mempunyai beberapa konsep yang baru, walaupun tidak semuanya baru, dalam menentukan pengatribusian. Seperti dalam kasus Nikaragua Mahkamah menggunakan tes kontrol efektif yang berbaur dengan tes kontrol penuh, sedangkan dalam kasus Tadic menggunakan tes kontrol menyeluruh. Kemudian lagi, dalam kasus Bosnia v. Serbia menggunakan tes kontrol penuh, untuk menentukan status organ, dan tes kontrol efektif, untuk menentukan pengatribusian untuk aktor non-negara. Perubahan tersebut diatas sangatlah wajar karena hukum internasional bukanlah hukum yang kaku atau statis, melainkan hukum yang berkembang dan menyesuaikan diri

Dalam memberikan putusannya mengenai pengatribusian di kasus Bosnia v. Serbia, Mahkamah Internasional mengacu pada dua Pasal ILC *draft*, yakni Pasal 4 dan Pasal 8 ILC *draft*. Dalam Pasal 4, Mahkamah menentukan apakah tindakan yang dilakukan oleh pasukan Bosnia-Serbia dapat diatribusikan ke Serbia dengan alasan status organ negara yang melekat pada pasukan Bosnia-Serbia itu, atau walaupun pasukan tersebut bukan merupakan organ negara resmi, tetapi dikontrol penuh oleh Serbia sehingga pasukan tersebut hanyalah instrumen Serbia, maka tetap dapat pula diatribusikan tindakannya berdasarkan Pasal 4 ILC *draft*. Dan dalam Pasal 8, Mahkamah menentukan apakah tindakan pasukan tersebut dalam genosida di Srebrenica dikontrol secara spesifik dan efektif oleh Serbia sehingga dapat menimbulkan pengatribusian. Atas dua hal tersebut, Mahkamah tidak menemukan jawaban positif.

Beberapa kritik yang dilontarkan dalam kasus Bosnia v. Serbia atas putusannya, dan kritik tersebut juga memiliki dasar mereka sendiri. Terutama sekali mengenai kritik terhadap pengaplikasian Pasal 8 ILC *draft* dan mengenai tes yang digunakan Mahkamah dalam kasus ini. Akan tetapi sebagai seorang

Sarjana atau ahli hukum, perlu juga melihat dasar pemikiran (*reasoning*) Mahkamah dalam mengambil putusannya, sehingga memiliki konsep yang menyeluruh.

Dalam putusannya Mahkamah tidak menganggap Pasal 8 adalah pasal yang digunakan untuk menentukan status organ atau aktor non-negara, sehingga bisa dikatakan sebagai organ negara itu sendiri. Hal inilah yang menyebabkan kebingungan, karena selama ini terdapat pemikiran bahwa agar terjadi suatu pengatribusian terhadap negara atas tindakan status organ atau aktor non-negara, digunakan Pasal 8 ILC *draft* dan bukannya Pasal 4 ILC *draft* seperti konsep yang diberikan Mahkamah. Mahkamah tidak menganggap dengan adanya status organ negara maka secara otomatis selalu timbul pengatribusian. Hal inilah yang perlu digarisbawahi, tidak semua tindakan organ negara dapat diatribusikan kepada negara, terutama apabila organ negara tersebut bertindak secara privat.

Selain itu pengaplikasian tes ketergantungan penuh yang dipakai oleh Mahkamah sebagai syarat untuk menentukan pengatribusian atas tindakan organ non-negara, sangatlah berat. Akan tetapi sekali lagi, Mahkamah memiliki alasan-alasan yang cukup logis dalam putusannya tersebut. Alasan-alasan yang ada adalah karena sangat tidak lazim untuk memberi status organ negara kepada individu atau entitas non-negara, yang tidak secara resmi diatur dalam hukum domestik suatu negara bahwa individu atau entitas tersebut merupakan organ negara. Sehingga dibutuhkanlah suatu tes yang sangat ketat dan tinggi, sehingga dapat menentukan bahwa individu atau entitas tersebut bertindak atas nama negara atau untuk kepentingan negara.

Hal terakhir yang perlu digarisbawahi adalah konsep mahkamah yang menyatakan bahwa dalam Pasal 4 ILC *draft* terdapat suatu konsep untuk menentukan status organ negara dengan cara tes control penuh. Memang benar bahwa ILC, sebelumnya tidak pernah menyatakan secara eksplisit bahwa Pasal 4 juga dapat digunakan untuk menentukan status organ Negara dengan tes control penuh. Akan tetapi perlu dicatat bahwa Mahkamah memiliki kewenangannya dan pertimbangannya sendiri dalam menentukan hal ini. Selain itu beberapa hakim kasus Bosnia v. Serbia yang juga terlibat secara langsung dalam pembuatan ILC

draft tidak menyangkal konsep Mahkamah seperti ini. Sehingga dapat disimpulkan keputusan Mahkamah dalam hal ini merupakan perkembangan baru dalam permasalahan pengatribusian.

Tentu saja hal tersebut diatas tidak mengatakan bahwa putusan Mahkamah bebas dari kesalahan yang serius. Putusan tersebut masih jauh dari sempurna, salah satunya karena ketidakpedulian Mahkamah dalam beberapa masalah faktual dan penyelesaian yang diberikan, seperti tidak memperhatikan keseluruhan kejahatan yang terjadi selama konflik di Bosnia.

5.2. Saran

Terdapat dua hal yang krusial yang perlu diperhatikan dalam hal pengatribusian khususnya atas tindakan individu, kelompok atau entitas yang bukan organ negara, agar permasalahan ini tidak lagi membingungkan. Pertama adalah konsep pengatribusian yang jelas dan pasti harus dituangkan dalam ILC *draft*, yang kedua adalah diratifikasinya ILC *draft* tersebut oleh negara-negara anggota, dan yang terakhir adalah mengenai tes kontrol yang digunakan Mahkamah.

Sebagaimana dijelaskan bahwa banyak kritik terhadap putusan Mahkamah Internasional dalam kasus Bosnia v. Serbia. Pada dasarnya hal tersebut terjadi karena masih belum adanya konsep atau definisi yang tetap tentang pengatribusian entitas non-negara. Sebenarnya ILC *draft* itu sendiri sampai saat ini pun masih terus dimodifikasi, seiring dengan kebutuhan masyarakat internasional, tetapi tetap penting bagi ILC untuk betul-betul memberi definisi yang pasti mengenai pengatribusian, mengingat pengatribusian merupakan salah satu syarat terjadinya pertanggungjawaban negara.

Hal kedua adalah mengenai peratifikasian ILC *draft* tersebut oleh negara-negara. Hal ini penting karena status ILC *draft* itu sendiri masih berupa hukum kebiasaan internasional dimana tentu saja kekuatan mengikatnya akan lebih pasti apabila sudah menjadi perjanjian internasional (*international conventions*).

Hal terakhir adalah mengenai tes kontrol, baik tes kontrol penuh ataupun tes kontrol efektif, yang digunakan Mahkamah dalam kasus Bosnia v. Serbia, haruslah diperingan dengan melihat fakta keterlibatan yang ada. Penulis sendiri pada dasarnya setuju dalam banyak hal, walaupun terdapat kritik, akan putusan Mahkamah dalam kasus ini. Akan tetapi tetap saja kita tidak dapat menutup mata bahwa tes kontrol, baik tes kontrol penuh ataupun tes kontrol efektif, yang harus dipenuhi adalah sangat tinggi, hal ini dapat dibuktikan dalam kasus Nikaragua dan kasus Bosnia v. Serbia ini dimana para *respondent* semua bebas dari pengatribusian. Meminta bukti spesifik adanya perintah langsung dari Beograd untuk melakukan genosida terhadap penduduk Muslim Bosnia merupakan standar bukti yang sangat tinggi dan sudah dapat dipastikan sulit untuk diperoleh. Sebagaimana yang diajarkan di kuliah Pengantar Ilmu Hukum bahwa hukum bukan saja merupakan suatu peraturan atau kodifikasi hukum belaka, tetapi juga suatu perasaan moralitas seseorang.

DAFTAR REFERENSI

BUKU

- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Claredon Press, 1992.
- Cassese, Antonio. *International Law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- Crawford, James. *The International Law Commission's Article On State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. New York: Cambridge University Press, 2002.
- Dixon, Martin. *Textbook on International Law*. Third Edition. Blackstone Press Limited, 1996.
- Dixon, Martin dan Robert McCorquodale, *Cases and Materials on International Law*. New York: Oxford University Press, 2003.
- Gill, Terry D. *Litigation Strategy at the International*. First Edition. Martinus Nijhoff Publisher, 1987.
- Glahn, Gerhard von. *Law Among Nations*. Fifth Edition. New York: MacMillan Publishing Co., 1949.
- Greig, D.W. *International Law*. London: Butterworth, 1976.
- Kelsen, Hans. *Principles of International Law*. New York: Rinehart, 1952.
- Lauterpacht, Hersch. *Oppenheim's International Law, A Treatise*. Eighth Edition. Volume 1. Great Britain, 1995.
- Lillich, Richard B. *International Law Of State Responsibility*. London: Butterworth, 1983.
- Malanczuk, Peter. *Akehurst Modern Introduction to International Law*. Seventh Edition. Routledge, July 1997.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: PT Raja Grafindo, 1994.
- Starke, J. G. *Pengantar Hukum Internasional (edisi kesepuluh)*. Jakarta: Sinar Grafika, 2004.
- Weston Burns H, Et al. *International Law And World Order*. St. Paul Minn: West Publishing Co., 1980.
- Whiteman, Marjorie M. *3 Damages in International Law*. New York: MacMillan Publishing Co., 1943.

ARTIKEL KORAN

- L.A. Times. *Tribunal Sentences Serb to 20 Years*. 15 Juli 1997.

ARTIKEL JURNAL

- Ago, Roberto. Rapporteur. "Third Report on State Responsibility International Commentary". *United Nations Documentary A/CN.4/246*.
- Borchard, Edwin M. "The Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners". *American Journal of International Law* (1929).
- Cassese, Antonio. "The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia". *European Journal of International Law* Number 631 Vol. 18.
- Cernic, Jernej Letnar. "Catching the Conscience of Judges". *Arizona Journal of International and Comparative Law* Vol. 36 (2008).

- Crawford, James. "Fourth Report on State Responsibility". *International Law Commission Documentary Doc. A/CN.4/517* (2000).
- Dupuy, Pierre-Marie. "Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States". *European Journal of International Law* Number 1 Vol. 3. (2008).
- Griebel, J dan M. Plücker. "New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice's Decision in Bosnia v. Serbia". *Leiden Journal of International Law* Number 21 (2008).
- Milanović, Marko. "State Responsibility for Genocide". *European Journal of International Law* Number 553 Vol. 17 (2006).
- _____. "State Responsibility for Acts of Non-State Actors: A Comment on Griebel and Plücker". *Leiden Journal of International Law* Number 2 Vol. 22 (2009).
- Simma, Bruno. "The Contribution of Alfred Verdross To The Theory of International Law". *European Journal of International Law* Number 1 Vol. 6 (2002).
- Starke, J.G. Imputability in International Delinquencies. *The British Year Book of International Law* Vol. 19 (1938).
- Townsend, Gregory. "State Responsibility For Acts Of De Facto Agents". *Arizona Journal of International and Comparative Law* Vol. 14 (1997).
- United Kingdom Government. "Draft Articles On State Responsibility Comments By The United Kingdom Government". *Foreign And Commonwealth Office* (1998).
- Yearbook of International Law Vol. II (1956). Document A/CN. 4/96.
- Yearbook of International Law Vol. II (1976).

INTERNET

- CAVR, *Final Report of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor*, www.etan.org/news/2006/cavr.htm
- Encyclopedia Britannica. Retrieved May 5, 2003, from *Encyclopædia Britannica Premium Service*. <http://www.britannica.com/eb/article?eu=70026>
- ICJ. <http://www.icj-cij.org/>
- ILC. <http://www.law.cam.ac.uk/rcil/ILCSR>
- J. Alvarez, *Luncheon Address*.
<http://www.asil.org/aboutasil/documents/CCILspeech061102.pdf>
- Pan Mohamad Faiz. *Keadilan Untuk Siapa?*,
<http://jurnalhukum.blogspot.com/2007/03/keputusan-mahkamah-internasional-antara.html>
- _____. *Vonis Ambigu Untuk Sebuah Genosida*,
<http://panmohamadfaiz.com/category/politik-hukum>

PUTUSAN

- Badan Arbitrase Internasional, *Convention for Settlement of Difficulties Arising From Operation of Smelter at Trail*, British Columbia U.S. Treaty Series No. 893, Ditandatangani di Ottawa, April 15, 1935; ratifikasi Agustus, 3, 1935.

- ICJ, *Bosnia Herzegovina v. Serbia Montenegro, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, General List No. 91. Putusan tanggal 26 Februari 2007.
- ___, *Nicaragua v. U.S.A, Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, putusan tanggal 27 Juni 1986. ICJ Rep. 1.
- ___, *U.S.A v. Iran, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case*, putusan tanggal 24 Mei 1980, ICJ Rep. 1.
- ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a 'Dule', Judgement (Appeals Chamber)*, Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999.
- ___, *Zefnil Delalic et.al, Judgement Case No. IT-96-21-T*, The Hague, 16 November 2001.
- ___, *Radislov Krstik Indictment*. The Hague: 1999.
- ___, *Phosphates in Morocco case (Preliminary Objections)*, Putusan tanggal 14 Juni 1938 (P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 28).
- ___, *Case of Certain questions relating to settlers of German origin in the territory ceded by Germany to Poland*. Putusan tanggal 09 November 1923.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

- ILC. Draft Article on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. 2001.

SKRIPSI

- Afghani, Mova Al. *Konsep Kealpaan dalam Hukum Pertanggungjawaban Negara*. Depok: Universitas Indonesia, 2005.