



UNIVERSITAS INDONESIA



**LEGITIMASI
UNILATERAL HUMANITARIAN INTERVENTION
DALAM HUKUM INTERNASIONAL**

TESIS

**NAMA : A.A.A. NANDA SARASWATI
NPM : 1006736116**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
JAKARTA
JULI
2012**



UNIVERSITAS INDONESIA

**LEGITIMASI
UNILATERAL HUMANITARIAN INTERVENTION
DALAM HUKUM INTERNASIONAL**

TESIS

**Diajukan Sebagai Salah Satu Syarat
Untuk Memperoleh Gelar Magister Hukum (M.H)**

**NAMA : A.A.A. NANDA SARASWATI
NPM : 1006736116**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
JAKARTA
JULI
2012**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : A.A.A. Nanda Saraswati

NPM : 1006736116

Tanda Tangan : 

Tanggal : 3 Juli 2012

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :
Nama : A.A.A. Nanda Saraswati
NPM : 1006736116
Program Studi : Pasca Sarjana Hukum Transnasional
Judul Tesis : Legitimasi *Unilateral Humanitarian Intervention*
dalam Hukum Internasional

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

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Adijaya Yusuf S.H., LL.M
Penguji : Melda Kamil Ariadno S.H., LL.M., Ph.D
Penguji : Hadi Rahmat Purnama S.H., LL.M



Ditetapkan di : Jakarta
Tanggal : 11 Juli 2012

KATA PENGANTAR / UCAPAN TERIMA KASIH

Puji syukur saya panjatkan kepada Lord Sri Krishna, karena atas berkat dan karunia-Nya, saya dapat menyelesaikan penelitian tesis ini. Penelitian tesis ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Hukum Jurusan Hukum Transnasional pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Saya menyadari bahwa tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, sangatlah sulit bagi saya untuk menyelesaikan tesis ini. Oleh karena itu, saya mengucapkan terima kasih kepada:

- (1) Bapak Adijaya S.H., LL.M., selaku dosen pembimbing yang telah menyediakan waktu, tenaga, ilmu, serta bimbingan untuk mengarahkan saya dalam penyusunan tesis ini;
- (2) Ibu Melda Kamil Ariadno S.H., LL.M., Ph.D, dan Bapak Hadi Rahmat Purnama S.H., LL.M., selaku dosen-dosen penguji tesis yang telah membantu kelulusan saya;
- (3) Seluruh narasumber yang telah memberikan waktu, ilmu serta bimbingan kepada saya untuk menyempurnakan penelitian tesis ini, diantaranya Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., LL.M., Ph.D, Bapak Nugroho Wisnu Murti, Prof. Noam Chomsky, Prof. Evan Criddle, Bapak Sucipto, SH.,MH., Bapak Andrey Sujatmoko S.H., M.H., Bapak Anindityo Primasto;
- (4) Orangtua saya, Agra Gothama dan Kadek Wiwik Indrayanti; kakak-adik saya, Sita Gryhastin, Robert Voisine, Citra Laksmi; keponakan saya Radha Shanti Voisine, sahabat dan kekasih saya Nurman Hidayat, serta seluruh keluarga besar yang telah banyak berjasa dalam kehidupan saya dengan memberikan segala dukungan serta doa yang tiada henti kepada saya;
- (5) Teman-teman seperjuangan kelas transnasional angkatan 2010; sahabat JESSUP (Hendra, Rudi, Tera, Niar); sahabat GAG (Nova, Tya, Intan, Naning); sahabat MW (Nina, Lupus, Sangkil, Aldo, Oky, Ambon); sahabat ARIZONE (Dewa, Cilik, Sipit, Dian, Vnes, Ika, Ratih) yang turut mendukung dan membantu hingga penelitian tesis ini dapat selesai.

(6) Seluruh pihak dalam Sekretariat Pascasarjana FH-UI yang telah banyak membantu dalam urusan pendidikan dan administrasi demi kelancaran penyelesaian tesis ini.

Saya menyadari bahwa penelitian tesis ini masih jauh dari sempurna, sehingga saya sangat mengharapkan masukan, saran maupun kritik agar menjadi lebih baik. Saya juga memohon maaf yang sebesar-besarnya atas segala kesalahan saya, baik yang disengaja maupun yang tidak selama proses pembuatan tesis ini.

Akhir kata, saya berharap Lord Sri Krishna berkenan membalas segala kebaikan semua pihak yang telah membantu. Semoga penelitian tesis ini membawa manfaat bagi pengembangan ilmu.



Salemba, 3 Juli 2012

Penulis

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

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

Nama : A.A.A. Nanda Saraswati
NPM : 1006736116
Program Studi : Pasca Sarjana
Departemen : Hukum Transnasional
Fakultas : Fakultas Hukum
Jenis karya : Tesis

demikian 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 :

Legitimasi *Unilateral Humanitarian Intervention* dalam Hukum Internasional

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

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta

Pada tanggal : 3 Juli 2012

Yang menyatakan



(A.A.A Nanda Saraswati)

ABSTRAK

Nama : A.A.A. Nanda Saraswati
Program Studi : Magister Hukum
Judul : Legitimasi *Unilateral Humanitarian Intervention* dalam
Hukum Internasional

Penelitian tesis ini membahas tentang legitimasi *unilateral humanitarian intervention* yang merupakan sebuah intervensi atau penggunaan kekuatan bersenjata oleh suatu negara (atau sejumlah negara) kepada negara lain dengan tujuan untuk menghentikan pelanggaran HAM berat di negara tersebut, yang dilakukan tanpa otorisasi DK PBB. Praktek tersebut menimbulkan perdebatan berdasarkan fakta bahwa apabila DK PBB gagal (baik karena *unwilling* dan atau *unable*), komunitas internasional tidak dapat merespon terhadap pelanggaran HAM berat, seperti genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, *ethnic cleansing*, yang terjadi di suatu negara apabila intervensi ini dianggap menentang kedaulatan negara. Memang, prinsip non intervensi dan perlindungan terhadap HAM, sama-sama merupakan norma *jus cogens* dalam hukum internasional. Namun, saat ini kedaulatan negara tidak lagi bersifat absolut, dimana negara (pemerintah) memiliki kewajiban untuk melindungi rakyatnya dan tidak dapat melakukan pelanggaran HAM berat atau kejahatan internasional dan berlindung di balik kedaulatannya tersebut, atau dengan kata lain *sovereignty implies responsibility*. Atas dasar itulah, komunitas internasional menghadapi dilema terkait tindakan yang harus dilakukan oleh sebuah negara ketika terjadi pertentangan antara apa yang diperbolehkan oleh hukum dengan apa yang seharusnya dilakukan secara moral, karena terdapat jurang yang memisahkan legalitas atau hukum (*law*) dengan legitimasi atau keadilan (*justice*). Seperti kasus *unilateral humanitarian intervention* yang dilakukan oleh NATO di Kosovo yang memunculkan dilemma akan apa yang seharusnya dilakukan oleh Negara-negara ketika ada pertentangan antara hukum internasional dan aspek moral. Dalam kasus tersebut, intervensi NATO dianggap "*illegal but legitimate*", sehingga menimbulkan suatu pergeseran dalam hukum internasional dari konsep legal menjadi legitimasi. Pendekatan ini terlihat masuk akal untuk mendamaikan pertentangan antara legalitas dan moralitas, tetapi kurang memiliki posisi dalam hukum internasional. Namun, bukan tidak mungkin bahwa bila dikemudian hari ada lagi kasus serupa dimana negara melakukan *unilateral humanitarian intervention*, dan negara lain tidak menentangnya, maka praktek ini dapat berkembang menjadi sebuah kebiasaan baru yang memiliki posisi dalam hukum internasional. Tetapi perlu diingat bahwa tugas kita adalah bukan untuk mencari sumber otoritas lain sebagai alternatif dari DK PBB, namun untuk membuat DK PBB bekerja lebih baik dari sebelumnya.

Kata kunci: Legitimasi, hak asasi manusia, kedaulatan, *jus cogens*, *unilateral humanitarian intervention*

ABSTRACT

Name : A.A.A. Nanda Saraswati
Program of Study : Master of Law
Title : The Legitimacy of Unilateral Humanitarian Intervention
In International Law

The focus of this thesis is to analyze the legitimacy of unilateral humanitarian intervention in international law. Unilateral humanitarian intervention is a threat or a use of force by a state (or a group of states) aiming to prevent or end widespread of grave human rights violations or international crimes, without the permission of the target state and without the Security Council authorization. This practice has created a debate based on the fact that if the United Nations Security Council fails to act (unable and or unwilling), the international community may not respond to stop international crimes, such as genocide, crimes against humanity, ethnic cleansing that occur in other states because the intervention is considered to violate the sovereignty of that state. The tension is between the principle of non-intervention (use of force) which is related to the primacy of state sovereignty and the protection of fundamental human rights, which both are norms of jus cogens in international law. However, sovereignty is no longer an absolute concept. The sovereignty of States can no longer be used as a shield for gross violations of human rights, or in other words sovereignty implies responsibility. This poses the dilemma of what states should do when there is a great divide between what international law requires and what morality dictates, as there is a gap between legality and legitimacy, law and justice. This issue was brought into sharp relief by NATO's intervention in Kosovo in 1999, which raised the dilemma of what states should do when there is a divide between the demands of international law and morality. In the end, many states concluded that NATO's use of force was illegal but legitimate. However, while this approach provides an intuitively plausible way of reconciling legality and morality, it ultimately does not have a sustainable position in international law. It could have a position in international law, if in the future, there are other similar cases or state practice where states did act unilaterally to respond to international crimes, and received no condemnation from other states. But let's remember that the task is not to find alternatives to the Security Council as a source of authority, but to make the Security Council work much better than it has.

Keywords: Legitimacy, human rights, sovereignty, jus cogens, unilateral humanitarian intervention

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS.....	ii
HALAMAN PENGESAHAN.....	iii
KATA PENGANTAR	iv
HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	vi
ABSTRAK	vii
DAFTAR ISI.....	ix
DAFTAR TABEL.....	xi
BAB I PENDAHULUAN.....	1
1.1 Latar Belakang.....	1
1.2 Permasalahan	10
1.3 Tujuan Penelitian	10
1.4 Manfaat Penelitian	11
1.5 Landasan Teori	11
1.6 Kerangka Konseptual	23
1.7 Metode Penelitian	26
1.8 Sistematika Penulisan	29
BAB II KONSEP DAN PERKEMBANGAN NORMA <i>JUS COGENS</i> DALAM HUKUM INTERNASIONAL	31
2.1 Asal Usul Konsep <i>Jus Cogens</i> dalam Hukum Internasional	31
2.2 Pengakuan Secara Formal Konsep <i>Jus Cogens</i> berdasarkan Konferensi Wina oleh International Law Commission	38
2.3 Pengertian dan Definisi <i>Jus Cogens</i> berdasarkan Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional 1969	42
2.4 Kriteria untuk Mengidentifikasi Norma <i>Jus Cogens</i>	49
BAB III PERLINDUNGAN TERHADAP HAK ASASI MANUSIA SEBAGAI <i>JUS COGENS</i> MERUPAKAN PEMBATAHAN TERHADAP KEDAULATAN NEGARA.....	57
3.1 Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia sebagai <i>Jus Cogens</i>	57
3.1.1 Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia sebagai <i>Jus Cogens</i> berdasarkan Perjanjian Internasional	59
3.1.2 Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia sebagai <i>Jus Cogens</i> berdasarkan Pendapat Para Ahli	65
3.1.3 Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia sebagai <i>Jus Cogens</i> berdasarkan Peradilan Internasional	67
3.2 Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia sebagai <i>Jus Cogens</i> Merupakan Pembatasan terhadap Kedaulatan Negara.....	73
3.2.1 Perkembangan Konsep Kedaulatan Negara.....	73
3.2.2 <i>Sovereignty Implies Responsibility</i> (Kedaulatan menimbulkan Tanggungjawab untuk Melindungi HAM)	76
3.2.3 Dampak Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia sebagai Pembatasan terhadap Kedaulatan Negara.....	84

BAB IV	LEGITIMASI	UNILATERAL	HUMANITARIAN	
	INTERVENTION DALAM HUKUM INTERNASIONAL			87
4.1	Dilema <i>Unilateral Humanitarian Intervention</i> dalam Hukum Internasional			87
4.1.1	Argumentasi Penentang (<i>Opponents</i>) <i>Unilateral Humanitarian Intervention</i>			89
4.1.2	Argumentasi Pendukung (<i>Proponents</i>) <i>Unilateral Humanitarian Intervention</i>			92
4.2	Analisis Legitimasi <i>Unilateral Humanitarian Intervention</i> dalam Hukum Internasional.....			94
4.2.1	<i>Unilateral Humanitarian Intervention</i> berdasarkan Tujuan Piagam PBB			94
4.2.2	<i>Unilateral Humanitarian Intervention</i> berdasarkan Prinsip Non-Intervensi (<i>Use of Force</i>)			95
4.2.3	<i>Unilateral Humanitarian Intervention</i> berdasarkan Prinsip <i>Necessity</i>			98
4.2.4	<i>Unilateral Humanitarian Intervention</i> berdasarkan Hukum Kebiasaan Internasional.....			100
4.2.5	<i>Unilateral Humanitarian Intervention</i> berdasarkan <i>Responsibility to Protect (R2P)</i>			111
4.3	Implikasi Legitimasi <i>Unilateral Humanitarian Intervention</i> terhadap Perkembangan Hukum Internasional.....			118
4.4	<i>Unilateral Humanitarian Intervention</i> : “ <i>Illegal but Legitimate</i> ”			118
4.5	Implikasi Pergeseran Konsep Legal Menjadi Legitimasi dalam Hukum Internasional.....			125
BAB V	PENUTUP			132
5.1	Kesimpulan.....			132
5.2	Saran			136
DAFTAR REFERENSI				138

DAFTAR TABEL

Tabel 1.1	Jus ad Bellum (<i>The Justice of Resort to War</i>)	19
Tabel 1.2	Jus in Bello (<i>The Justice of the Conduct of War</i>)	19
Tabel 2.1	Kriteria untuk Mengidentifikasi <i>Jus Cogens</i>	53
Tabel 4.1	Legal-Political Strategy on <i>Humanitarian Intervention</i>	118



BAB I PENDAHULUAN

1.1 LATAR BELAKANG

Legalitas dan legitimasi praktek *unilateral humanitarian intervention* dalam hukum internasional saat ini masih menjadi perdebatan yang hangat. Perdebatan tersebut timbul karena praktek tersebut berhadapan langsung dengan prinsip-prinsip utama hukum internasional, yaitu prinsip non-intervensi yang berhubungan erat dengan kedaulatan negara, dan prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia (HAM). Isu mengenai *humanitarian intervention* ini bukanlah suatu praktek yang baru tetapi telah berkembang semenjak abad ke-19. Praktek ini telah terjadi diantaranya di Pakistan 1971, Uganda 1974, Iraq 1991, Liberia 1991, Somalia 1992-1994, Rwanda 1994, Haiti 1994, Bosnia 1992-1995, dan kasus yang paling kontroversial adalah Kosovo 1998-1999.¹

Humanitarian intervention sendiri merupakan suatu bentuk intervensi atau penggunaan kekuatan bersenjata oleh suatu negara (atau sejumlah negara), kepada negara lain dengan tujuan untuk menghentikan pelanggaran HAM berat yang terjadi di negara tersebut.² Unilateral dalam penelitian ini diartikan sebagai tindakan yang dilakukan tanpa persetujuan atau izin dari Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa (DK PBB), badan yang memiliki tugas dan tanggung jawab untuk memelihara perdamaian dan keamanan internasional berdasarkan Piagam PBB. Sehingga *unilateral humanitarian intervention* diartikan sebagai intervensi atau penggunaan kekuatan bersenjata oleh suatu negara (atau sejumlah negara) kepada negara lain dengan tujuan untuk menghentikan pelanggaran HAM berat di negara tersebut, yang dilakukan tanpa otorisasi DK PBB.³

¹ Boer Mauna, *Hukum Internasional, Pengertian Peranan Dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, Bandung : Alumni, edisi kedua, 2005, hlm.650; Lihat juga Jennifer Welsh, *The Security Council and Humanitarian Intervention, The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Oxford University Press, 2008, hlm.539; Simon Chesterman, *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford University Press, 2001, hlm.80; Barry Benjamin, *Unilateral Humanitarian Intervention : Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities*, Fordham International Law Journal, Volume 16 Issue, 1992, hlm.132-133

² Murphy, Sean D., *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996, hlm.11-12

³ Daphné Richemond, *Normativity in International Law: The Case of Unilateral Humanitarian Intervention*, Yale Human Rights and Development Law Journal, Vol.6, 2003,

Isu ini menimbulkan permasalahan mengenai legalitas maupun legitimasinya dalam hukum internasional. Pertama, praktek yang masih berada di wilayah abu-abu dalam hukum internasional ini menjadi dilema berdasarkan fakta bahwa komunitas internasional tidak dapat merespon terhadap pelanggaran HAM berat apabila intervensi ini dianggap menentang kedaulatan negara.⁴ Kedaulatan negara sendiri muncul dari teori tentang negara, dimana pemerintah yang sah memiliki kekuasaan tertinggi di dalam wilayah negaranya, dan tidak ada kekuatan dari luar yang dapat mengintervensi supremasi tersebut.⁵ Setiap negara memiliki kesetaraan kedaulatan dan harus menghormati kedaulatan negara lain. Kedaulatan negara ini erat hubungannya dengan prinsip non intervensi yang berarti dalam hal yurisdiksi domestik suatu negara, negara lain tidak boleh melakukan intervensi.⁶ Prinsip non-intervensi sendiri saat ini merupakan hukum kebiasaan internasional.⁷

Bila kita melihat esensinya, praktek *unilateral humanitarian intervention* lahir atas dasar bagaimana manusia sebagai makhluk yang hidup secara sosial memiliki tuntutan untuk dapat saling menjunjung tinggi hak asasi manusia, karena pada dasarnya intervensi yang dilakukan sesungguhnya mengatasnamakan pembelaan terhadap hak asasi manusia. Tindakan negara-negara dalam melakukan *unilateral humanitarian intervention* didasari bahwa telah terjadi tragedi kemanusiaan yang luar biasa sehingga dapat mengancam perdamaian dan keamanan internasional yang merupakan tujuan dibentuknya Piagam PBB.⁸ Tentu saja praktek ini merupakan tantangan terhadap prinsip hukum internasional, yakni prinsip non-intervensi atau larangan penggunaan kekuatan bersenjata. Namun, masyarakat internasional tidak bisa membiarkan begitu saja kekejaman, pembunuhan-pembunuhan, perbuatan genosida seperti yang pernah terjadi di Kamboja selama rezim Pol Pot (1975-1979) yang menelan korban sekitar 1.700.000 orang, pembantaian suku minoritas Tutsi oleh suku mayoritas Hutu di

hlm.47; Michael Buyers, Simon Chesterman, *Changing the Rules about Rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the Future of International Law*, Cambridge University, 2003

⁴ Beat, Schwiezer, *Moral Dilemmas for humanitarianism in the Era of "Humanitarian" Military Intervention*, 2004, hlm.542

⁵ Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Third Edition, 1991, hlm.276

⁶ United Nations Charter 1945, Pasal 2(4) dan 2(7)

⁷ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 14, p.100, para 190.

⁸ United Nations Charter 1945, pasal 1 ayat 1

Rwanda tahun 1994 yang menewaskan sekitar 800.000 orang dan pembantaian etnis yang terjadi di wilayah eks Yugoslavia yang menelan korban sekitar 200.000 orang selama tahun 1990an.⁹ Atas dasar itulah mengapa beberapa negara mengartikan bahwa intervensi yang mereka lakukan tidak melanggar ketentuan dalam hukum internasional.

Hal ini disebabkan karena adanya perkembangan dalam hukum internasional yang telah mengindikasikan bahwa HAM merupakan salah satu isu penting dan universal sehingga perlindungan terhadap hak-hak tersebut harus diutamakan dalam hubungan antarnegara.¹⁰ Indikasinya dapat terlihat dengan lahirnya sejumlah konvensi maupun deklarasi seperti *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) 1948, *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) 1966, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR) 1966, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* 1948, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* 1965, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* 1979. Pada awal penerimaan dan pemberlakuan hak asasi manusia, tiap-tiap negara memiliki perbedaan yang mendasar mengenai universalitas HAM itu sendiri. Namun, dalam *Vienna Declaration and Program of Action* 1993, tiap negara telah berkomitmen bahwa setiap hak asasi manusia itu bersifat universal (*universal*), tidak dapat dipisahkan (*indivisible*), saling bergantung (*interdependence*), saling terkait (*interrelated*).¹¹

Bila kita melihat Piagam PBB, larangan untuk mengintervensi kedaulatan negara lain dan perlindungan terhadap HAM sama-sama merupakan tujuan yang ingin dicapai.¹² Piagam PBB sendiri tidak secara eksplisit melarang ataupun memperbolehkan *unilateral humanitarian intervention* ini. Meskipun praktek ini secara umum dianggap ilegal, namun perdebatan mengenai legalitasnya terus berlanjut dengan pendukungnya masing-masing. Di satu sisi praktek ini melanggar kedaulatan negara namun di sisi lain apakah negara-negara lain harus membiarkan penindasan terhadap HAM yang terjadi dalam batas negara lain.

⁹ Boer Mauna, *opcit*, hlm.650

¹⁰ Stefan Krichner, *The Human Rights Dimensions of International Peace and Security : Humanitarian Intervention after 9/11*, 2004, hlm.1

¹¹ Wina Declaration and Programme of Action, 1993, pasal 5

¹² United Nations Charter, pasal 1 ayat (3), 2 ayat (1), 2 ayat (4)

Para penentang praktek *unilateral humanitarian intervention* ini berargumen bahwa kedaulatan negara merupakan prinsip utama dalam hubungan antar negara yang tidak dapat di ganggu gugat dalam keadaan apapun.¹³ Piagam PBB juga tidak berisikan hak intervensi tersebut, apalagi dilakukan tanpa otorisasi DK PBB. Dasar kehati-hatian yaitu kemungkinan penyalahgunaan hak tersebut juga menyebabkan sejumlah pihak menentang praktek ini.¹⁴ Sedangkan para pendukungnya berargumen bahwa kegagalan pasal-pasal di dalam Piagam PBB untuk mencegah terjadinya pelanggaran HAM jelas mengindikasikan keabsahan atau membenaran terhadap tindakan ini. Apalagi intervensi tersebut bukan bertujuan untuk mengganti kedaulatan suatu negara tetapi untuk menyelamatkan para korban.¹⁵ Terlebih lagi, tercatat beberapa kasus dimana DK PBB telah gagal untuk menghentikan pelanggaran HAM berat di suatu negara. Para pendukung maupun penentang keabsahan *unilateral humanitarian intervention*, sama-sama memberikan argumentasi dengan menginterpretasikan Piagam PBB, dimana sejak tahun 1945, PBB telah mengeluarkan sejumlah resolusi, baik yang menentang maupun mendukung tindakan ini. *International Court of Justice* atau ICJ sendiri belum membahas secara langsung dan mendalam mengenai isu ini.

Isu ini sebenarnya ditujukan kepada Majelis Umum PBB oleh Kofi Annan yang pada waktu itu merupakan *Secretary General* PBB. Kofi Annan menunjukan bahwa terdapat perkembangan norma dalam hukum internasional tentang *unilateral humanitarian intervention* dengan mengakui kegagalan PBB dalam beberapa kasus, seperti Rwanda. Annan mengatakan bahwa :¹⁶

¹³ Jianming Shen, 2001, *The Non Intervention Principle and Humanitarian Intervention under International Law*, International Legal Theory, hlm.1; Lihat juga Anthony D'Amato, *There is No Norm of Intervention or Non-Intervention in International Law*, Northwestern University School of Law, 2010, hlm.10; Jan Kratochvíl, *Humanitarian Intervention and State Sovereignty*, 2006, hlm.5; Krista Nadakavukaren Schefer, *Social Regulation in the WTO, Trade Policy and International Legal Development*, Edward Elgar, UK, 2010, hlm.44

¹⁴ Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, European Journal of International Law, 1998, hlm.624; Lihat juga Alvarez, *The Schizophrenias of R2P*, ASIL Newsletter (summer 2007), di dalam Anne Peter, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, European Journal of International Law, 2009, Vol. 20 No.3, hlm.531

¹⁵ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Six Edition, Oxford University, 2003, hlm.710

¹⁶ John P Curley, *Is There A Right to Unilateral Humanitarian Intervention, And If Not, Do Catholic Social Principle Demand One?*, Journal of Catholic Legal Studies, Vol.47, 2008, hlm.392

”Kepada mereka yang takut dan merasa terancam terhadap adanya penggunaan kekuatan bersenjata tanpa adanya otorisasi dari DK PBB, hendaknya bertanya dalam konteks Rwanda : Jika terjadi genosida, dan terdapat sejumlah negara yang siap untuk melindungi populasi Tutsi, namun tidak diberikan otorisasi oleh DK PBB, apakah negara-negara tersebut harus diam dan membiarkan kejahatan tersebut terjadi yang mengakibatkan ribuan nyawa hilang?

Kepada mereka yang menggebu-gebu membenarkan tindakan *unilateral humanitarian intervention*, seperti di Kosovo, ketika suatu negara atau sejumlah negara menggunakan kekuatan militer diluar mekanisme hukum internasional yang ada : apakah tindakan ini tidak berbahaya karena dapat memberikan preseden-preseden untuk intervensi yang akan datang tanpa adanya kriteria yang jelas siapa yang dapat melakukan tindakan ini dan dalam keadaan apa?”

Tentu hal ini tidak dapat dijawab begitu saja tanpa dianalisis dari berbagai aspek. Terlebih lagi saat ini pelanggaran HAM berat tidak lagi menjadi urusan domestik suatu negara, sehingga negara manapun tidak dapat bersembunyi dibalik kedaulatan negara untuk melakukan pelanggaran tersebut.¹⁷ Sehingga apabila *unilateral humanitarian intervention* merupakan ancaman terhadap kedaulatan suatu negara, lalu bagaimana kita harus merespon terhadap situasi di Rwanda, atau Srebrenica, dimana terhadap pelanggaran HAM berat dan sistematis. Tentu saja, tidak ada prinsip dalam hukum internasional, bahkan kedaulatan sekalipun, yang mengizinkan suatu praktek pelanggaran HAM berat berlindung dibawah kedaulatan negara.¹⁸

Bila kita melihat praktek yang telah berlangsung, seperti yang terjadi di Bosnia tahun 1995 (dilakukan oleh pasukan Amerika dan sekutu), East Timor tahun 1999 (dilakukan oleh pasukan Australia) dan di Sierra Leone tahun 2000 oleh pasukan Amerika, sebenarnya terdapat kasus-kasus dimana *humanitarian intervention* tersebut dapat dikatakan berhasil atau sukses.¹⁹ Saat ini, masyarakat internasional masih dapat mentolerir bahwa tindakan *humanitarian intervention*

¹⁷ *The Secretary General's Millennium Report*, 2000, Chapter IV, hlm.48, dapat dilihat pada situs : <http://www.un.org/millennium/sg/report/full.htm>

¹⁸Ibid

¹⁹ James Kurth, *Humanitarian Intervention After Iraq: Legal Ideals vs. Military Realities*, Published by Elsevier Limited on behalf of Foreign Policy Research Institute., 2005, hlm.6

itu sah bila dilakukan secara kolektif melalui otoritas Dewan Keamanan dengan membentuk kerjasama internasional. Hal ini didasarkan pada Piagam PBB Bab VII, yang merupakan pasal tentang pengecualian penggunaan kekerasan bersenjata. Namun, yang masih menjadi perdebatan saat ini adalah *unilateral humanitarian intervention*.

Seperti kasus di Kosovo, yang merupakan daerah otonomi Yugoslavia yang berada di selatan Serbia,²⁰ merupakan kasus berat yang dihadapi masyarakat internasional berkaitan dengan intervensi North Atlantic Treaty Organization (NATO). NATO sendiri merupakan sebuah organisasi internasional untuk memastikan keamanan bersama, kebebasan dan kemerdekaan para negara anggotanya, serta memajukan prinsip-prinsip demokrasi dan pertumbuhan institusi demokratis di wilayah Atlantik Utara.²¹ Praktek ini meskipun dilakukan secara kolektif oleh negara-negara yang tergabung dalam NATO, namun dalam penelitian ini akan di kategorikan sebagai *unilateral humanitarian intervention*, karena dilakukan tanpa otorisasi DK PBB.²²

Konflik di Kosovo bermula karena adanya usaha menenyapkan etnis Albania yang merupakan etnis minoritas oleh etnis Serbia yang merupakan etnis mayoritas. Fanatisme dari etnis Serbia muncul tidak lepas dari usaha Presiden Yugoslavia Slobodan Milosovic yang beretnis Serbia. Milosevic memimpikan sebuah “Serbia Raya”,²³ sedangkan etnis Albania yang merupakan etnis minoritas dengan latar belakang mayoritas beragama Islam, ingin memisahkan diri etnis Serbia yang mayoritas berlatar belakang beragama Katolik.

²⁰ The Huthcinson Encyclopedia

²¹ The North Atlentic Treaty 1949

²² Daphné Richemond, *Normativity in International Law: The Case of Unilateral Humanitarian Intervention*, Yale Human Rights and Development Law Journal, Vol.6, 2003, hlm.49; Michael Buyers and Simon Chesterman, *Changing the Rules about Rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the Future of International Law*, Cambridge University Press, 2003, Bruno Simma, *NATO : the UN and the Use of Force : Legal Aspects*, EJIL, 1999, hlm.5; Barry Benjamin, *Unilateral Humanitarian Intervention : Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities*, Fordham International Law Journal, Volume 16 Issue, 1992; Nicholas Weeler, *Unilateral Humanitarian Intervention and International Law*, Nacao Defesa, 2003; Pablo Arrocha, *The Never Ending Dilema : Is The Unilateral Use of Force By States Legal in the Context of Humanitarian Intervention*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vo. XI, 2011

²³ Berry Finger, *Kosovo, Between Milosevic and NATO*, New Politics, vol. 7, no. 3 (new series), No. 27, Summer, 1999

Dengan segera Milosevic mengadakan aksi kekerasan dengan kekuatan militer untuk menanggulangi pemisahan diri etnis Albania. Pembantaian etnis Albania oleh tentara-tentara Serbia di bawah komandonya mendapat aksi protes Amerika Serikat dan negara-negara NATO. Ancaman Amerika Serikat dan NATO terhadap Milosevic untuk menghentikan aksi pembantaian etnis Albania yang dilakukan oleh tentara-tentara Serbia tidak di gubris. Hal ini memaksa Amerika Serikat dan NATO melakukan serangan ke Serbia, dengan tujuan untuk menyelamatkan etnis Albania di Kosovo dari pembantaian lebih lanjut tentara-tentara Serbia. Semenjak tanggal 24 Maret 1999 selama 78 hari,²⁴ pasukan udara NATO melakukan serangan udara ke negara eks Yugoslavia untuk mencegah malapetaka humaniter terhadap penduduk Kosovo asal Albania yang beragama Islam. Intervensi tersebut tidak mendapat otorisasi dari Dewan Keamanan. NATO tidak meminta ijin terlebih dahulu dengan alasan bahwa pasti 2 negara anggota tetap DK PBB (Rusia dan Cina) akan mem-veto tindakan mereka.²⁵

NATO menghadapi dilema berat yaitu antara kecaman masyarakat internasional dan imperatif moral untuk menyelamatkan penduduk Kosovo. NATO telah bertindak diluar legalitas namun berusaha menyakinkan dunia bahwa tujuan intervensi tersebut adalah untuk melindungi dan menyelamatkan penduduk Kosovo dari tindakan-tindakan kekejaman yang dilakukan pasukan Yugoslavia. DK PBB sendiri menganggap bahwa intervensi tersebut merupakan pengecualian dan tidak akan menjadi kebijakan umum.²⁶ Kasus ini penting untuk diangkat karena sering dianggap sebagai contoh kasus yang paradigmatik dan dihormati sebagai contoh pertama dari sejarah perang yang benar-benar altruistik,²⁷ karena tidak seperti kasus-kasus lain, banyak Negara dan juga para ahli mengakui

²⁴ Bill Piersol, Gary Horne, Ulrike Lechner, Agatino Mursia, *Kosovo Case Study, First 18 Months, March 1999 to September 2000*, 2009, hlm.1

²⁵ Christopher Greenwood, *Humanitarian intervention: the case of Kosovo*, Book section, Originally published in 2002 Finnish yearbook of international law, Helsinki, Finland : Kluwer Law, 2002, hlm.157, dan Fernando Teson, *Kosovo : A Powerful Precedent for the Doctrine of Humanitarian Intervention*, Amsterdam Law Forum, Vol.1, No2, 1999

²⁶ Boer Mauna, *op.cit*, hlm. 652

²⁷ Volsky, Alexander, *Reconciling Human Rights and State Sovereignty, Justice and the Law, in Humanitarian Intervention*, International Public Policy Review, Vol.3 No.1, Juni, 2007, hlm.1

legimitasinya,²⁸ sebagai pengecualian atas pelanggaran HAM berat, yang dapat menciptakan preseden untuk intervensi lain yang akan datang.

Dalam melihat isu diatas, banyak ahli menghadapi dilema terkait tindakan yang harus dilakukan oleh sebuah negara ketika terjadi pertentangan antara apa yang diperbolehkan oleh hukum dengan apa yang seharusnya dilakukan secara moral. Terdapat gap atau jurang yang memisahkan legalitas atau hukum (*law*) dengan legitimasi atau keadilan (*justice*).²⁹ Legalitas yang dimaksud dalam penelitian ini adalah apakah tindakan ini sah menurut ketentuan hukum internasional yang ada saat ini, seperti konvensi atau perjanjian internasional, hukum kebiasaan internasional, prinsip-prinsip hukum dan juga doktrin hukum, yang merupakan penentu apakah suatu tindakan atau praktek merupakan legal atau ilegal. Legalitas dalam penelitian ini ditentukan berdasarkan apakah tindakan tersebut diotorisasi oleh DK PBB. Sedangkan legitimasi diartikan sebagai suatu tindakan yang dapat dibenarkan atas dasar moral,³⁰ yang berfungsi untuk mengembangkan hukum yang ada,³¹ yang memberikan sudut pandang yang lain untuk menilai suatu system hukum dan melihat apakah hukum yang ada sebaiknya tetap dipertahankan seperti itu atau dimodifikasi. Legitimasi dipandang jauh lebih obyektif dan sering dihubungkan dengan aspek moral dan keadilan.

Hubungan antara legalitas dan legitimasi terkait isu ini relatif kompleks untuk diteliti. Namun, untuk menganalisis permasalahan ini, tentu keduanya tidak dapat dipisahkan. Pertanyaan mengenai legalitas dan legitimasi menjadi sangat penting untuk mengetahui keinginan, pandangan serta argumentasi yang diberikan oleh negara sebagai subyek hukum internasional, para ahli hukum dan politik internasional serta opini publik (masyarakat internasional) secara umum.

²⁸ Alston P. and Macdonald, *Human Rights, Intervention, and The Use of Force*, Newyork, 2008, hlm.179 di dalam Pablo Arrocha, *The Never Ending Dilema : Is The Unilateral Use of Force By States Legal in the Context of Humanitarian Intervention*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vo. XI, 2011, hlm.30

²⁹ Alexander Volsky, *Reconciling Human Rights and State Sovereignty, Justice and the Law, in Humanitarian Intervention*, International Public Policy Review, Vol.3, No.1, 2007, hlm.41

³⁰ Independent International Commission on Kosovo, *Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned*, 2000, hlm.164; Lihat juga Pablo Arrocha, *The Never Ending Dilema : Is The Unilateral Use of Force By States Legal in the Context of Humanitarian Intervention*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vo. XI, 2011, hlm.29

³¹ Pablo Arrocha, *opcit*, hlm.34

Sementara itu, isu ini menjadi semakin kompleks karena prinsip non intervensi yang terkandung di dalam kedaulatan negara maupun perlindungan terhadap HAM sama-sama telah diterima sebagai sebuah norma yang mencapai status *jus cogens*.³² Prinsip *jus cogens* yang diatur di dalam *Vienna Convention on the Laws of Treaties 1969* adalah sumber hukum tertinggi yang tidak dapat dibatalkan atau dikecualikan oleh norma manapun, tetapi dapat dimodifikasi hanya oleh norma lain yang memiliki derajat yang sama.³³ Bila kita hubungkan dengan *unilateral humanitarian intervention*, terdapat 2 norma yang sama-sama memiliki derajat atau status sebagai *jus cogens* yaitu prinsip non intervensi yang berhubungan dengan kedaulatan negara dan perlindungan terhadap hak asasi manusia sehingga dibutuhkan analisis lebih mendalam terkait norma mana yang harus didahulukan dalam keadaan demikian.

Sampai penelitian ini ditulis, perdebatan mengenai legalitas dan legitimasi praktek *unilateral humanitarian intervention* di kalangan para ahli yang mengutamakan kedaulatan negara dan perlindungan terhadap HAM masih terus berlanjut. Namun, penelitian ini lebih banyak membahas dan menganalisis segi legitimasi praktek *unilateral humanitarian intervention* dalam hukum internasional. Aspek legalitas juga di analisis untuk menggambarkan keseluruhan dari permasalahan yang ada. Penelitian ini berusaha untuk mencari alternatif solusi untuk menyeimbangkan kontradiksi antara kedaulatan negara dan perlindungan terhadap hak asasi manusia. Untuk itu, meskipun penelitian tesis ini tetap berfokus kepada aspek hukum internasional, namun aspek lain seperti politik dan moral yang begitu melekat, dan merupakan satu kesatuan dengan isu ini, tidak dikesampingkan di dalam proses analisis.

³² Jianming Shen, 2001, *The Non Intervention Principle and Humanitarian Intervention under International Law*, International Legal Theory, hlm.1; Lihat juga Anthony D'Amato, *There is No Norm of Intervention or Non-Intervention in International Law*, Northwestern University School of Law, 2010, hlm.10; Jan Kratochvíl, *Humanitarian Intervention and State Sovereignty*, 2006, hlm.5; Krista Nadakavukaren Schefer, *Social Regulation in the WTO, Trade Policy and International Legal Development*, Edward Elgar, UK, 2010, hlm.44; Hans Kochler, *Humanitarian Intervention in the Context of Modern Power Politics*, International Progress Organization, Studies in International Relations, XXVI, Vienna, 2001, hlm.34; Lihat juga A. Verdross, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, AJIL, 1966, hlm.59 – 60 di dalam Rafael Nieto-Navia, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, 2001, hlm.13

³³ Vienna Convention on the Laws of Treaties, 1969, Pasal 53

Perlu disampaikan juga bahwa penelitian ini hanya berfokus kepada *humanitarian intervention* secara *unilateral* atau intervensi yang dilakukan tanpa otorisasi dari DK PBB, untuk itu pembahasan mengenai intervensi yang dilakukan dengan otorisasi DK PBB, yang meskipun dilakukan secara kolektif (sekelompok negara) untuk tujuan kemanusiaan, dikecualikan dari penelitian ini.

1.2 PERMASALAHAN

Berdasarkan uraian latar belakang diatas, yang menjadi permasalahan di dalam penelitian tesis ini adalah :

1. Apakah prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia dapat dikategorikan sebagai *jus cogens* dalam hukum internasional?
2. Apakah status dari prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia sebagai *jus cogens* dalam hukum internasional merupakan pembatasan terhadap kedaulatan negara?
3. Sejauh mana *unilateral humanitarian intervention* dapat dilegitimasi dalam hukum internasional saat ini dan bagaimanakah implikasinya terhadap perkembangan hukum internasional yang akan datang?

1.3 TUJUAN PENELITIAN

Tujuan penelitian tesis ini pada hakikatnya mengungkapkan apa yang hendak dicapai oleh peneliti.³⁴ Adapun tujuan yang diharapkan dari penelitian tesis ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk menganalisis prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia sebagai norma *jus cogens* dalam hukum internasional.
2. Untuk menganalisis bahwa status dari prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia sebagai *jus cogens* dalam hukum internasional merupakan pembatasan terhadap kedaulatan negara.
3. Untuk menganalisis legitimasi *unilateral humanitarian intervention* dalam hukum internasional saat ini dan implikasinya terhadap perkembangan hukum internasional yang akan datang.

³⁴ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Penerbit UI Press, Jakarta, 1986, hlm 18

1.4 MANFAAT PENELITIAN

Adapun manfaat dari penelitian tesis ini, yang dibedakan menjadi dua, yaitu manfaat secara teoritis dan praktis, adalah sebagai berikut :

1.4.1 Manfaat Teoritis :

Hasil penelitian tesis ini diharapkan dapat memberikan pengetahuan hukum pada umumnya dan bahan pengembangan ilmu hukum internasional, khususnya mengenai legitimasi *unilateral humanitarian intervention* dalam hukum internasional saat ini, serta dapat menjadi data sekunder yang bermanfaat bagi peneliti-peneliti ataupun kalangan akademis lainnya yang mempunyai perhatian yang sama di bidang ini. Selain itu, diharapkan pembaca dan pihak-pihak selain peneliti dapat lebih memahami konsep *jus cogens* dan bagaimana perlindungan terhadap HAM memiliki keterkaitan dengan kedaulatan negara, serta memahami asas-asas hukum yang terkait dengan isu yang masih bersifat kontroversial ini.

1.4.2 Manfaat Praktis :

Hasil penelitian tesis ini diharapkan dapat digunakan sebagai bahan pertimbangan atau masukan oleh pemerintah dalam mengambil sebuah keputusan terhadap kasus-kasus serupa di masa yang akan datang. Sehingga pemerintah dapat melihat isu *unilateral humanitarian intervention* ini dari berbagai aspek bila nantinya dihadapkan kepada kasus serupa yang mengharuskan diambilnya suatu keputusan atau pendapat di forum internasional seperti PBB untuk mendukung atau menolak praktek ini, yang dapat berpengaruh terhadap kebijakan luar negeri.

1.5 LANDASAN TEORI

1.5.1 Teori tentang Kedaulatan Negara

Negara merupakan subyek hukum internasional yang paling tua karena negaralah yang pertama-tama muncul sebagai subyek hukum internasional dan baru belakangan diikuti oleh subyek-subyek hukum internasional lainnya.³⁵ Negara sebagai pribadi dalam hukum internasional harus memiliki kualifikasi: penduduk yang tetap, wilayah yang pasti,

³⁵ I Wayan Parthiana, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung, Mandar Maju, 2001, hlm. 88

pemerintah, dan kemampuan untuk mengadakan hubungan dengan negara-negara lain. Keempat kriteria tersebut telah dianggap mencerminkan hukum kebiasaan internasional.³⁶

Kelebihan negara sebagai subyek hukum internasional dibandingkan subyek hukum internasional lainnya adalah negara memiliki apa yang disebut sebagai kedaulatan atau *sovereignty*. Kedaulatan negara lahir oleh perjanjian Westphalia 1648 yang meletakkan dasar-dasar masyarakat internasional modern yang didasarkan atas negara-negara bangsa.³⁷ Hal ini melahirkan paham kemerdekaan dan persamaan derajat sesama Negara, sehingga negara berdaulat, bebas dari negara lainnya dan sama derajatnya dengan yang lain.³⁸

Jean Bodin, seorang ahli kenegaraan berkebangsaan Perancis, merupakan orang yang pertama kali memperkenalkan istilah kedaulatan sebagai istilah kenegaraan.³⁹ Menurut Bodin, yang dikenal sebagai bapak teori kedaulatan, kedaulatan adalah kekuasaan tertinggi dalam suatu negara yang bersifat mutlak dan abadi.⁴⁰ Kedaulatan bersifat mutlak yaitu tidak dapat dibatasi oleh hukum. Sedangkan abadi berarti kekuasaan negara berlangsung terus-menerus tanpa terputus-putus. Maksudnya pemerintah atau kepala negara dapat berganti-ganti, tetapi negara dengan kekuasaannya berlangsung terus tanpa terputus-putus.⁴¹

Ian Brownlie, mengatakan bahwa kedaulatan adalah kekuasaan tertinggi yang dimiliki oleh suatu negara yang secara bebas melakukan berbagai kegiatan sesuai kepentingannya asal saja kepentingan tersebut tidak bertentangan dengan hukum internasional.⁴² Kedaulatan juga

³⁶ The Montevideo Convention on the Rights and Duties of States 1933, pasal 1

³⁷ Yudha Bhakti Ardhiwisastro, *Hukum Internasional Bunga Rampai*, Bandung: PT. Alumni, 2003, hlm. 27

³⁸ Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*. Bandung Alumni, 2003, hlm.19

³⁹ Mahendra Putra Kurnia, *Hukum Kewilayahan Indonesia, Harmonisasi Hukum Pengembangan Kawasan Perbatasan NKRI Berbasis Teknologi Geospasial*, UB Press, 2011, hlm.26

⁴⁰ Jean Bodin, Julian H. Franklin, *On Sovereignty : Four Chapters From The Six Books of The Commonwealth*, Cambridge University Press, 1992, hlm.1

⁴¹ J. Von Schmid, *Ahli-ahli Pemikir Besar Tentang Negara dan Hukum*, PT. Pembangunan, Jakarta, 1962, hal. 140-143

⁴² Boer Mauna, *op.cit*, hlm. 23

mempunyai arti yang sama dengan kemerdekaan, dimana suatu negara tidak lagi berada di bawah kekuasaan asing dan bebas untuk menentukan kebijaksanaan dalam dan luar negerinya.⁴³

Mochtar Kusumaatmadja⁴⁴ mengemukakan kedaulatan negara akan berakhir bilamana kedaulatan negara lain dimulai. Dewasa ini selain dibatasi oleh batas negara, kedaulatan negara juga dibatasi oleh hukum internasional dan kedaulatan dari sesama negara lainnya.⁴⁵

Menurut **Hans Kelsen**, kedaulatan adalah suatu hak eksklusif untuk menguasai suatu wilayah pemerintahan, masyarakat, atau atas diri sendiri bahwa tujuan adanya hukum internasional adalah untuk membatasi kedaulatan negara itu sendiri. Kedaulatan negara itu diperoleh dari individu yang mendelegasikan kewenangannya kepada negara.⁴⁶

Thomas Hobbes dan **Immanuel Kant** sepakat konsep kedaulatan tidak hanya berkaitan dengan kekuasaan, kekuatan, serta kekerasan, akan tetapi juga sangat berkaitan erat dengan konsep otoritas, legalitas, dan legitimasi, untuk memberikan perlindungan bagi warga negara atau subjek yang patuh. Ia menyatakan bahwa Negara yang berdaulat harus melindungi hak-hak dasar seperti keadilan dan kebebasan individu.⁴⁷

Menurut **Jean Jacques Rousseau** melalui kontrak sosial setiap orang melepaskan dan menyerahkan haknya kepada kekuasaan negara. Dalam hal ini bukan berarti haknya diserahkan kepada negara sepenuhnya tetapi dalam konteks negara melindungi hak tersebut untuk direalisasikan. Jadi negara dibentuk berdasarkan kontrak yang salah satu tujuannya adalah kewajiban untuk melindungi setiap manusia baik warga negaranya dan warga negara asing, dari terjadinya pelanggaran atas hak asasinya.⁴⁸

⁴³ Ian Brownlie, *opcit*, hlm. 78

⁴⁴ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Binacipta, Jakarta, 1990, hlm.13

⁴⁵ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung : PT. Alumni, edisi kedua, 2003, hlm.18

⁴⁶ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (alih bahasa oleh Somardi), 2007, hlm.414-415

⁴⁷ Trevor C. Salmon, *Issues in International Relation*, Taylor and Francis e-Library, Routledge, Second Edition, 2008, hlm.39

⁴⁸ Bertrand Ramcharan, *Contemporary Human Rights Ideas*, Routledge, Newyork, 2008, hlm.21

Relevansi teori kedaulatan negara dalam penelitian ini adalah banyak para ahli yang menganggap bahwa kedaulatan negara bukan lagi sesuatu yang absolute. Dalam hubungan internasional antar negara, kedaulatan memang tidak dapat diganggu-gugat oleh negara lain dengan alasan apapun. Seperti yang telah tertera di dalam Pasal 2 ayat (4) Piagam PBB bahwa negara-negara dilarang untuk mengintervensi kedaulatan negara lain. Hal tersebut telah diterima secara umum sebagai sebuah hukum kebiasaan internasional. Namun, permasalahan dalam penelitian ini adalah mengenai implikasi ke dalam dari adanya kedaulatan negara tersebut terkait dengan perlindungan HAM atas warga negaranya sendiri. Untuk itu teori-teori kedaulatan negara sangat penting untuk menjawab dan menganalisis permasalahan dalam penelitian ini.

1.5.2 Teori tentang Hak Asasi Manusia

Istilah Hak Asasi Manusia (HAM), merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia, bersifat universal oleh karena itu harus dilindungi, dihormati, dipertahankan, dan tidak boleh diabaikan, dikurangi atau dirampas oleh siapapun.⁴⁹ Hak ini wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.⁵⁰

John Locke adalah peletak dasar hak asasi manusia. Menurutnya, semua individu dikaruniai oleh alam hak yang melekat atas hidup, kebebasan dan kepemilikan, yang merupakan milik mereka sendiri dan tidak dapat dicabut atau dipreteli oleh negara.⁵¹ Melalui suatu 'kontrak sosial' (*social contract*), perlindungan atas hak yang tidak dapat dicabut ini diserahkan kepada negara. Tetapi, menurut Locke, apabila penguasa negara mengabaikan kontrak sosial itu dengan melanggar hak-hak kodrati individu, maka rakyat di negara itu bebas menurunkan sang penguasa dan

⁴⁹ Undang-Undang Republik Indonesia No 39 Tahun 1999, Menimbang b

⁵⁰ Undang-Undang Republik Indonesia No 39 Tahun 1999, pasal 1

⁵¹ John Locke, *The Second Treatise of Civil Government and a Letter Concerning Toleration*, disunting oleh J.W. Gough, Blackwell, Oxford, 1964

menggantikannya dengan suatu pemerintah yang bersedia menghormati hak-hak tersebut. Dengan demikian, Negara harus mengutamakan kepentingan rakyat.⁵² Locke menyarankan bahwa manusia dapat dibenarkan untuk melawan penindasan apabila pemerintah gagal melakukan kewajiban ini atau melanggar hak-hak tersebut.⁵³ Ia juga mengatakan bahwa bila diurutkan, bukan pemerintah, melainkan hak asasi yang harus didahulukan.⁵⁴

Andrew Heywood, berpendapat bahwa hak asasi manusia merupakan sesuatu yang bersifat universal, fundamental, dan absolut. Universal dalam arti bahwa hak asasi manusia adalah milik seluruh umat manusia di dunia tanpa memandang kebangsaan, asal-usul etnik atau ras, latar belakang sosial dan lainnya. Fundamental dalam arti hak-hak asasi itu tidak dapat dicabut: hak-hak asasi manusia dapat dipungkiri ataupun dilanggar namun tidak dapat dihilangkan dari diri manusia. Absolut dalam arti, sebagai landasan dasar kehidupan manusia yang murni, hak-hak asasi itu tidak dapat disyaratkan, atau secara sederhana berarti hak asasi manusia pasti akan ada dan terus melekat dalam diri manusia dalam kondisi apapun.⁵⁵

Michael Walzer berpendapat bahwa kedaulatan dan prinsip non intervensi merupakan prinsip yang sangat mutlak atau absolut. Namun Walzer juga mengakui pengecualiannya, termasuk bahwa prinsip non intervensi dapat secara unilateral dikesampingkan dalam kasus-kasus pelanggaran HAM berat, karena norma atau prinsip tersebut seakan menjadi tidak sesuai lagi dengan tujuan ia dibentuk. Walzer menganggap penting kedaulatan negara karena negara seharusnya melindungi komunitas yang tinggal dan hidup di dalamnya.⁵⁶

⁵² Bahder Johan Nasution, *Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Mandar Maju, Bandung, 2011, hlm.139

⁵³ David P. Forsythe, *Encyclopedia of Human Rights*, Oxford University Press, Vol 1, 2009, hlm.397

⁵⁴ John Locke, *Two Treatises of Government*, 1698, hlm.368 di dalam Geert-Jan G. J. Knoops, *Theory and Practice of International and Internatinalized Criminal Proceedings*, Kluwer BV, Netherlands, 2005, hlm.15

⁵⁵ Andrew Heywood, *Key Concepts in Politics*, Palgrave Newyork, 2000, hlm. 131

⁵⁶ Kimberly A. Hudson, *Justice, Intervention and Force in International Relations, Reassessing Just War Theory in the 21st Century*, Routledge, 2009, hlm.44

Menurut, **Jimly Assiddiqie**, terdapat tiga generasi perkembangan konsepsi HAM.⁵⁷ Generasi pertama, pemikiran mengenai konsepsi HAM yang berkembang dalam wacana para ilmuwan meningkat menjadi dokumen hukum internasional resmi seperti UDHR.⁵⁸ Generasi kedua, di samping adanya ICCPR,⁵⁹ konsepsi HAM mencakup pula upaya menjamin pemenuhan kebutuhan untuk mengejar kemajuan ekonomi, sosial dan kebudayaan, termasuk hak atas pendidikan, hak untuk menentukan status politik, dan lain sebagainya. Puncak perkembangan dicapai dengan ditandatanganinya ICESCR pada tahun 1966. Kemudian pada tahun 1986, muncul pula konsepsi baru mengenai *rights to development*, antara lain meliputi hak untuk berpartisipasi dalam proses pembangunan, hak untuk menikmati hasil-hasil pembangunan tersebut, sosial budaya, pendidikan, kesehatan, distribusi pendapatan, kesempatan kerja, yang merupakan konsepsi HAM Generasi ketiga.

Setiap pelanggaran terhadap HAM mulai dari generasi pertama sampai ketiga selalu melibatkan peran pemerintah yang biasa dikategorikan sebagai *crime by government* yang termasuk ke dalam pengertian *political crime* sebagai lawan dari pengertian *crime against government*. Karena itu, yang selalu dijadikan sasaran perjuangan HAM adalah kekuasaan represif negara terhadap rakyatnya.

Persoalan HAM tidak cukup hanya dipahami dalam konteks hubungan kekuasaan yang bersifat vertikal, tetapi mencakup pula hubungan-hubungan kekuasaan yang bersifat horizontal, antar kelompok masyarakat, antara golongan rakyat atau masyarakat, dan bahkan antar satu kelompok masyarakat di suatu negara dengan kelompok masyarakat di negara lain. Konsepsi baru inilah yang disebut sebagai konsepsi HAM Generasi keempat.⁶⁰

⁵⁷ Jimly Assiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Jakarta; Konstitusi Press, 2005, hal. 209-228

⁵⁸ Ditetapkan oleh Majelis Umum dalam Resolusi 217 A (III) tertanggal 10 Desember 1948

⁵⁹ Ditetapkan melalui Resolusi Majelis Umum 2200 A (III) tertanggal 16 Desember 1966.

⁶⁰ Jimly Assiddiqie, *opcit*, hal. 220-222

Relevansi teori-teori tentang HAM dalam penelitian ini merupakan kunci dalam menjawab ketiga permasalahan. Teori-teori HAM tersebut membantu peneliti untuk melihat status atau kedudukan hak asasi manusia dalam hukum internasional saat ini. Bila dikaji secara mendalam teori-teori tersebut sebenarnya secara eksplisit telah digunakan sebagai norma dalam sejumlah sumber hukum internasional seperti konvensi, perjanjian internasional serta deklarasi. Artinya bahwa saat ini hak asasi manusia telah diterima secara universal sebagai sebuah hak yang harus dilindungi.

1.5.3 Konsep *Humanitarian Intervention* dan *Responsibility to Protect*

Murphy, Sean D mendefinisikan *humanitarian intervention* sebagai ancaman atau penggunaan kekuatan oleh suatu negara, sekelompok negara, atau organisasi internasional yang bertujuan melindungi warga negara di negara yang dituju dari pelanggaran hak asasi manusia.⁶¹

Menurut **Adam Roberts**, *humanitarian intervention* adalah intervensi militer kepada negara lain, dengan kesepakatan yang terbatas atau tanpa kesepakatan dengan pejabat di negara tersebut, untuk mencegah *widespread suffering* dan kematian sebuah populasi.⁶²

Simon Duke mendefinisikannya sebagai suatu bentuk penggunaan kekuatan bersenjata oleh suatu negara (atau sekelompok negara) untuk melindungi warga negara dari negara yang dituju dari pelanggaran HAM berat yang terjadi disana.⁶³

Ian Brownlie mengartikannya sebagai ancaman atau penggunaan kekuatan bersenjata (*use of force*) oleh suatu negara (atau sekelompok negara) atau sebuah organisasi internasional ke negara lain dengan tujuan perlindungan terhadap HAM.⁶⁴

⁶¹ Murphy, Sean D., *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996, hlm.11-12

⁶² Adam Roberts, *Humanitarian War : Military Intervention and Human Rights, International Affair*, Vol.69, no3, 1993, hlm.445

⁶³ Simon Duke, *The State and Human Rights : Sovereignty versus Humanitarian Intervention, International Relation*, Vol XII, No2, 1994, hlm.27

⁶⁴ Ibid

Menurut **JL Holzgrefe**, *humanitarian intervention* adalah ancaman atau penggunaan kekuatan melewati perbatasan suatu negara oleh negara lain atau sekelompok negara yang mengarah pada pencegahan atau pengakhiran pelanggaran hak asasi manusia selain warganegaranya sendiri, tanpa ijin negara yang dituju.⁶⁵

Dari beberapa pengertian diatas, suatu perbuatan dapat dikatakan *humanitarian intervention* apabila adanya ancaman penggunaan kekuatan oleh suatu negara atau sekelompok negara; dilakukan tanpa ijin dari negara yang dituju; bertujuan mencegah dan atau mengakhiri pelanggaran hak asasi manusia berat di negara yang dituju.

Salah satu pendekatan yang dapat digunakan dalam menyikapi dan menilai keabsahan dan legitimasi *humanitarian intervention* adalah **Just War Theory**, yaitu sebuah pendekatan yang menawarkan kerangka untuk menjawab permasalahan-permasalahan moral berkaitan dengan penggunaan kekuatan bersenjata dalam hubungan internasional. *Just War Theory* merupakan sebutan bagi berbagai literatur yang berbicara mengenai moralitas perang dan menawarkan kriteria yang dipakai dalam menentukan apakah keputusan untuk berperang dan cara yang digunakan dalam pelaksanaannya dapat dinilai adil. Hal ini membawa kita kepada perdebatan moral mengenai kekerasan dan penggunaan kekuatan bersenjata.⁶⁶

Kriteria yang ditawarkan oleh *Just War Theory* ini terbagi ke dalam dua kelompok kategori, *jus ad bellum* dan *jus in bello*. *Jus ad bellum* berkaitan dengan kapan keputusan untuk berperang dianggap benar (*the justice of resort to war*) dan *jus in bello* terkait dengan bagaimana sebuah perang harus dilakukan manakala telah mulai (*the justice of the conduct of war*).⁶⁷

⁶⁵ JL Holzgrefe, 2003, '*The Humanitarian Intervention Debate*' di dalam LJ Holzgrefe & Robert O Keohane (eds), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge: Cambridge University Press, hlm.18

⁶⁶ Mona Fixdal dan Smith, *Humanitarian Intervention and Just War*, *Mershon International Studies Review*, 1998, mtholyoke.edu.

⁶⁷ Timothy Shanahan, *Philosophy 9/11 : Thinking about the War on Terrorism*, Open Court Publishing Company, 2005, hlm.130; Lihat juga Christian Kreß, *When is Military Intervention Morally Justified?*, GRIN Verlag, Germany, 2005, hlm.4

Tabel 1.1 : Jus ad Bellum (*The Justice of Resort to War*)

NO.	CRITERIA	DEFINITION
1.	Right Authority	Only a legitimate authority has the right to declare war.
2.	Just Cause	We are not only permitted but maybe required to use force if we have a just cause.
3.	Right Intention	In war, not only the cause and the goals must be just, but also our natives for responding to the cause and taking up the goals.
4.	Last Resort	We may resort to war only if it is the last viable alternative.
5.	Proportionality	We must be confident that the resorting to war will do more good than harm.
6.	Reasonable Hope	We must have reasonable grounds for believing the cause can be achieved.
7.	Relative Justice	No state can act as if it possesses absolute justice.
8.	Open Declaration	An explicit formal statement is required before resorting to force.

Sumber : M. Fixdal and D. Smith, *Humanitarian Intervention and Just War*, Mershon International Studies Review, Vol.42, No.2, November 1998

Tabel 1.2 : Jus in Bello (*The Justice of the Conduct of War*)

NO.	CRITERIA	DEFINITION
1.	Discrimination	Non combatants must be given immunity and protection.
2.	Proportionality	Military actions must do more good than harm.

Sumber : M. Fixdal and D. Smith, *Humanitarian Intervention and Just War*, Mershon International Studies Review, Vol.42, No.2, November 1998

St. Augustine (354-430) merupakan teolog pertama yang meletakkan dasar teori *just war*. Dia, menulis tentang keabsahan perang:

“Just wars are usually defined as those which avenge injuries, when the nation or city against which warlike action is to be directed has neglected either to punish wrongs committed by its own citizens or to restore what has been unjustly taken by it. Further, that kind of war is undoubtedly just which God Himself ordains”.⁶⁸

Menurut Agustin, sekalipun pada hakikatnya perang adalah sesuatu yang sifatnya *permissible* atau *occasionally necessary*, ia tidak pernah mengatakan bahwa perang adalah sesuatu yang baik. Kalaupun sebuah perang dapat dibenarkan ia tetap melihat hal itu cenderung akan memberi peluang bagi kejahatan dan penderitaan umat manusia. Karena itu dalam memahami konsep Agustinus tentang *just war theory*, lebih tepat bila kita menyimpulkan bahwa baginya, perang bukanlah cara positif untuk meraih keadilan dan kedamaian, melainkan sebuah “cara negatif untuk mencegah ketidakadilan” sehingga sifatnya *“always to be regretted”*.⁶⁹

Hugo Grotius (1583-1645) menyatakan bahwa menurut hukum alam, perang adalah sah, ketika ada alasan tertentu untuk melakukannya, seperti mempertahankan atau melindungi diri, atau menghukum negara atas suatu kejahatan. Alasan pembenaran perang tersebut tidak hanya apabila mereka sendiri mengalami kerugian atau penderitaan tetapi juga bila dialami oleh yang lainnya (dalam hal ini warganegara lainnya).⁷⁰ Hugo Grotius memberikan peluang bagi dilakukannya intervensi kemanusiaan oleh komunitas internasional dalam hal telah terjadi pelanggaran HAM besar-besaran oleh suatu negara terhadap para penduduknya. Pandangan Grotius ini didasari oleh teori hukum alam dimana menurut teori tersebut manusia diberikan hak dasar tersebut oleh alam.⁷¹

⁶⁸ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, Place of Publication: London. Publication Year, 1997, hlm.306

⁶⁹ William R. Stevenson, Jr., *Christian Love and Just War*, Macon: Mercer University Press, 1987, hlm.41

⁷⁰ Sean D. Murphy, *Humanitarian Intervention, The United Nations in an Evolving World Order*, University of Pennsylvania Press, 1996, hlm.43

⁷¹ Pranoto Iskandar, *Hukum HAM Internasional, Sebuah Pengantar Kontekstual*, IMR Press, Cianjur, 2010, hlm.341

Emmerich de Vattel (1714-1767), 130 tahun setelah Grotius menulis bahwa negara memiliki kewajiban untuk "memelihara" seluruh warganegaranya, yang mana kewajiban ini timbul dari asosiasi yang membentuk negara.⁷² Di dalam bukunya, "*Le Droit des Gens ou Principes de la loi naturelle*", *The Classics of International Law*, Vattel menyatakan bahwa apabila penguasa melanggar hukum-hukum yang fundamental, rakyatnya mendapatkan hak untuk mengadakan perlawanan (sebagai konsekuensinya), kekuatan asingpun memiliki kewenangan yang sah untuk memberikan bantuannya pada rakyat yang tersiksa yang mengharapkan uluran tangannya.⁷³

Responsibility to Protect (doctrine) merupakan perkembangan konsep dalam hukum internasional yang pertama kali dibuat oleh pemerintah Canada dan dikembangkan oleh *International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS)* pada tahun 2001 yang berhubungan dengan *humanitarian intervention* dan tanggung jawab negara terhadap perlindungan HAM warga negaranya serta tanggung jawab komunitas internasional dalam kasus-kasus dimana suatu negara tidak mau dan atau tidak mampu (*unwilling and unable*) untuk bertanggung jawab.⁷⁴

Dalam perkembangannya, terdapat enam kriteria atau syarat sah untuk melakukan intervensi atau penggunaan kekuatan bersenjata berdasarkan R2P, yaitu penyebab (*just cause*), tujuan benar (*right intention*), pilihan terakhir (*situation of last resort*), proporsional (*prinsiple of porportionality*), kepastian untuk sukses (*reasonable prospect of success*), dan otorisasi yang benar (*right authority*).⁷⁵

- a. Penyebab : Harus ada kejahatan serius terhadap kemanusiaan, atau pelanggaran HAM berat yang akan segera / telah terjadi, seperti :

⁷² Ibid, hlm.45

⁷³ Pranoto Iskandar, *opcit*, hlm.342

⁷⁴ International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001, *The Responsibility to Protect*, International Development Center, Canada

⁷⁵ Ibid; Lihat juga M. Fixdal and D. Smith, *Humanitarian Intervention and Just War*, *Mershon International Studies Review*, Vol.42, No.2, November 1998, hlm.4, dapat dilihat pada situs (<http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/fixdal.html>)

1. Kematian dalam jumlah yang besar, dan negara tersebut tidak mampu atau gagal untuk mengatasi keadaan tersebut.
 2. Pembersihan suku atau *ethnic cleansing* dalam jumlah besar, dengan cara membunuh, mengusir dengan paksa, tindakan teror ataupun dengan memperkosa.
- b. Niat yang benar : Tujuan utama intervensi adalah untuk mencegah atau menghentikan penderitaan manusia. Tidak ada tujuan selain mencegah pelanggaran HAM berat.
 - c. Upaya terakhir : Setiap pilihan dengan cara non-militer harus telah dilakukan. Upaya awal dapat dilakukan dengan diplomasi dengan negara setempat atau meminta persetujuan Dewan Keamanan PBB.
 - d. Proporsional : Skala, jangka waktu dan intensitas intervensi yang direncanakan harus sebanding untuk perlindungan kemanusiaan.
 - e. Prospek yang layak : Harus ada kemungkinan logis bahwa intervensinya akan berhasil mencegah atau menghentikan pelanggaran kemanusiaan.
 - f. Otoritas yang benar : Intervensi tersebut harus diotorisasi oleh Dewan Keamanan PBB terlebih dahulu.

Relevansi teori *just war* dalam penelitian ini adalah sebagai parameter untuk menentukan legitimasi *unilateral humanitarian intervention* yang merupakan permasalahan sentral penelitian ini. Teori-teori tersebut mengindikasikan bahwa sebenarnya terdapat celah dimana hukum internasional dapat menjadi sumber hukum yang adil dalam hal hubungan antar negara. Teori *just war* sangat penting untuk menjawab pertentangan antara prinsip non-intervensi yang berhubungan dengan kedaulatan negara dan perlindungan HAM bila keduanya saling berbenturan. Dari teori ini, kita dapat melihat bahwa sebenarnya kedaulatan negara dan perlindungan terhadap hak asasi manusia sebenarnya sama-sama merupakan norma yang memiliki status *jus cogens* dimana keduanya harus dijunjung tinggi.

1.6 Kerangka Konseptual

Dalam penelitian tesis ini, kerangka konseptual yang digunakan antara lain adalah :

1. **Legitimasi** diartikan sebagai "suatu tindakan yang dapat dibenarkan atas dasar moral".⁷⁶ Hal ini berbeda dari istilah "legal" yang berarti sah dalam hukum internasional yang ditentukan oleh perjanjian maupun konvensi internasional dan hukum kebiasaan internasional, prinsip maupun doktrin hukum. Legitimasi dalam penelitian ini berarti sebuah konsep normatif dan evaluatif yang digunakan sebagai gagasan pelengkap dari konsep legal dan usaha untuk memelihara integritas hukum dan dalam waktu yang bersamaan dapat merespon terhadap kebutuhan akan keadilan dalam kasus-kasus tertentu.⁷⁷ Legitimasi berfungsi untuk mengembangkan hukum yang ada,⁷⁸ yang memberikan sudut pandang yang lain untuk menilai suatu system hukum dan melihat apakah hukum yang ada sebaiknya tetap dipertahankan seperti itu atau dimodifikasi. Legitimasi dapat dinilai dan dievaluasi oleh 4 kelompok pelaku yaitu berdasarkan opini public domestic negara yang diintervensi, negara yang melakukan intervensi, negara-negara tetangga, dan komunitas internasional.⁷⁹
2. **Humanitarian Intervention** diartikan sebagai suatu bentuk intervensi atau penggunaan kekuatan bersenjata oleh suatu negara (atau sejumlah negara), kepada negara lain dengan tujuan untuk menghentikan pelanggaran HAM berat yang terjadi di negara tersebut,⁸⁰ walaupun tindakan tersebut melanggar kedaulatan negara lain tersebut.⁸¹ Sehingga penelitian ini tidak akan berfokus dengan intervensi untuk menyelamatkan warga negara

⁷⁶ Independent International Commission on Kosovo, *Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned*, 2000, hlm.164; Lihat juga Pablo Arrocha, *The Never Ending Dilema : Is The Unilateral Use of Force By States Legal in the Context of Humanitarian Intervention*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vo. XI, 2011, hlm.29

⁷⁷ Roberts A., *Legality vs Legitimacy : Can Uses of Force be Legal but Justified?*, 2010, hlm.208; Lihat juga Patrick Macklem, *Humanitarian Intervention and the Distribution of Sovereignty in International Law*, 2006, hlm.2

⁷⁸ Pablo Arrocha, *opcit*, hlm.34

⁷⁹ Katharina P. Coleman, *International Organization and Peace Enforcement, The Politics of International Legitimacy*, Cambridge University Press, 2007, hlm.25

⁸⁰ Murphy, Sean D. 1996, *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, hlm. 11-12

⁸¹ Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, Book 1, West Group, ST. Paul, Minn, 1999, hlm. 826

sendiri di negara lain, juga tidak akan berfokus pada hak bela diri atau *self defence*, namun berfokus pada intervensi untuk menyelamatkan warga negara lain (asing) di suatu negara dari pelanggaran HAM berat atau kejahatan internasional.

3. ***Unilateral humanitarian intervention*** adalah intervensi atau penggunaan kekuatan bersenjata oleh suatu negara (atau sejumlah negara) kepada negara lain dengan tujuan untuk menghentikan pelanggaran HAM berat di negara tersebut, yang dilakukan tanpa otorisasi DK PBB.⁸² Unilateral dalam penelitian ini tidak diartikan sebagai negara tunggal atau satu negara. Namun unilateral dimaksudkan bahwa intervensi tersebut dilakukan tanpa otorisasi DK PBB. Sehingga meskipun praktek intervensi ini dilakukan secara kolektif (lebih dari satu negara atau sekelompok negara) oleh negara-negara yang tergabung dalam suatu organisasi internasional seperti NATO, namun dalam penelitian ini akan di kategorikan sebagai *unilateral humanitarian intervention*, karena dilakukan tanpa otorisasi DK PBB.⁸³
4. **Hukum internasional** adalah suatu kaidah atau norma-norma yang mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban para subyek hukum internasional, yaitu negara, lembaga dan organisasi internasional, serta individu dalam hal-hal tertentu.⁸⁴ Penelitian ini akan fokus pada sumber-sumber hukum internasional yang tertera dalam Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional, yang meliputi perjanjian internasional, hukum kebiasaan internasional, prinsip-prinsip hukum internasional dan pendapat para sarjana atau doktrin.

⁸² Daphné Richemond, *opcit.*, hlm.47

⁸³ Daphné Richemond, *Normativity in International Law: The Case of Unilateral Humanitarian Intervention*, Yale Human Rights and Development Law Journal, Vol.6, 2003, hlm.49; Michael Buyers and Simon Chesterman, *Changing the Rules about Rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the Future of International Law*, 2003, Bruno Simma, *NATO : the UN and the Use of Force : Legal Aspects*, EJIL, 1999, hlm.5; Barry Benjamin, *Unilateral Humanitarian Intervention : Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities*, Fordham International Law Journal, Volume 16 Issue, 1992; Nicholas Weeler, *Unilateral Humanitarian Intervention and International Law*, Nacao Defesa, 2003; Pablo Arrocha, *The Never Ending Dilema : Is The Unilateral Use of Force By States Legal in the Context of Humanitarian Intervention*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vo. XI, 2011

⁸⁴ Boer Mauna, *opcit.*, hlm. 2

5. **Kedaulatan negara** adalah kekuasaan tertinggi yang dimiliki oleh suatu negara yang secara bebas melakukan berbagai kegiatan sesuai kepentingannya asal saja kepentingan tersebut tidak bertentangan dengan hukum internasional.⁸⁵ Dalam penelitian ini, kedaulatan negara menimbulkan tanggung jawab untuk melindungi penduduknya dari adanya pelanggaran HAM berat atau dengan kata lain *sovereignty implies responsibility*.⁸⁶
6. **Hak asasi manusia** adalah seperangkat hak yang melekat pada hakekat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.⁸⁷
7. **Pelanggaran HAM berat** adalah pelanggaran hak asasi manusia sebagaimana dimaksud di dalam Statuta Roma yang dibentuk oleh Mahkamah Kriminal Internasional, yang terdiri dari genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan tindakan agresi.⁸⁸ Selain itu, pelanggaran HAM seperti *ethnic cleansing*, penyiksaan, *rasial discrimination* dan perbudakan juga dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat karena bersifat *non-derogable* dan telah diterima secara universal sebagai norma *jus cogens*.⁸⁹
8. **Jus cogens** adalah norma umum yang disepakati, diterima, dan diakui oleh negara-negara dalam masyarakat internasional secara keseluruhan sebagai sebuah norma yang tidak boleh dilanggar, dan hanya bisa dimodifikasi oleh norma hukum yang memiliki karakter sama.⁹⁰ Ketika sebuah prinsip dalam hukum internasional telah mencapai derajat *jus cogens*, maka prinsip tersebut tidak dapat dikecualikan dalam keadaan apapun.

⁸⁵ Ibid, hlm. 23

⁸⁶ International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001, *The Responsibility to Protect*, International Development Center, Canada

⁸⁷ Undang-Undang No 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

⁸⁸ Rome Statute of the International Criminal Court 2002, pasal 5

⁸⁹ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1949, International Covenant on Civil and Political Rights, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd edition, Clarendon Press, Oxford, 1979, hlm.596-598

⁹⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, Atikel 53

1.7 METODE PENELITIAN

Metode yang digunakan dalam penelitian tesis ini adalah sebagai berikut :

1.7.1 Jenis dan Pendekatan Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian normatif, yaitu prosedur penelitian ilmiah dalam menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dari sisi normatifnya yang difokuskan untuk mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam hukum positif.⁹¹ Sehingga penelitian hukum ini dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder yang ada,⁹² sebagai data utama.

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian tesis ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan meneliti berbagai ketentuan hukum positif khususnya konvensi dan perjanjian internasional yang terkait dengan permasalahan. Hal ini dilakukan untuk memahami kandungan filosofi konvensi tersebut sehingga dapat menganalisis ada tidaknya benturan filosofis antara konvensi dengan isu yang dihadapi.⁹³ Untuk mendukung pengkajian agar lebih komprehensif digunakan pula pendekatan konseptual,⁹⁴ yaitu mempelajari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin ilmu hukum untuk melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum dan asas-asas hukum agar dapat membangun suatu argumentasi hukum dalam memecahkan isu yang dihadapi.

1.7.2 Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data, khususnya data sekunder dilakukan dengan cara *library research* (studi kepustakaan),⁹⁵ yaitu mengumpulkan data sekunder yang dapat berupa konvensi internasional, buku-buku, jurnal dan karangan ilmiah, laporan hasil penelitian, yang diteliti dan digunakan

⁹¹ Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Edisi Revisi, Malang, Bayumedia Publishing, 2006, hlm. 57, 259

⁹² Soerjono Soekanto, Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm.13-14

⁹³ Peter Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta, 2005, hlm.93

⁹⁴ Ibid, hlm.94

⁹⁵ Soerjono Soekanto, *opcit*, hlm.13-14

untuk menjawab permasalahan. Data sekunder tersebut dikumpulkan baik dari media cetak maupun media elektronik, dan diklasifikasikan menurut sumber dan hierarkinya untuk dikaji secara komprehensif.

Data sekunder berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier,⁹⁶ yang digunakan adalah sebagai berikut:

- a. Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang bersifat public dan mengikat. Adapun bahan hukum Primer yang digunakan dalam penelitian ini antara lain Piagam PBB 1945, Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional 1969, sejumlah putusan badan peradilan internasional seperti ICJ serta sejumlah deklarasi terkait larangan intervensi.⁹⁷
- b. Bahan hukum Sekunder, yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, yaitu buku teks hukum internasional, jurnal dan artikel ilmiah terkait hukum internasional;
- c. Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder,⁹⁸ seperti kamus hukum dan encyclopaedia hukum internasional.

Selain itu, untuk melengkapi dan memperkuat penelitian tesis ini, dilakukan juga pengumpulan terhadap data primer, yaitu data yang sumbernya diperoleh langsung dan untuk pertama kalinya,⁹⁹ dengan teknik wawancara, konsultasi dan juga diskusi yang mendalam dengan sejumlah narasumber dan instansi yang terkait dengan topic permasalahan, diantaranya dengan Kementerian Luar Negeri Republik Indonesia serta pakar-pakar (baik dari dalam maupun luar negeri) yang ahli di bidang *humanitarian intervention*.

⁹⁶ Soerjono Soekanto, Sri Mamudji, *opcit*, hlm.13

⁹⁷ Bahan hukum primer yang digunakan dalam penelitian tesis ini diantaranya Charter of the United Nations 1945, Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Universal Declaration of Human Right 1948, Responsibility of State for Internationally Wrongful Act 2001, Responsibility To Protect 2005, Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty 1965, Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperating among States in Accordance with the Charter of the United Nations 1970.

⁹⁸ Bahan hukum tersier dalam penelitian tesis ini diantaranya adalah Kamus Besar Bahasa Indonesia, Black's Law Dictionary, Encyclopaedia of International Law

⁹⁹ Marzuki, *Metodologi Riset*, BPFE-UI, Yogyakarta, 1995, hlm.55

1.7.3 Teknik Analisis Data

Data yang diperoleh dalam penelitian tesis ini baik data primer dari hasil wawancara dengan pihak terkait, maupun data sekunder dari studi kepustakaan, dianalisis secara *deskriptif kualitatif*. Artinya, penelitian ini bertujuan untuk membantu memperkuat teori-teori lama atau di dalam kerangka menyusun teori-teori baru,¹⁰⁰ yang dianalisis berdasarkan data sekunder (yang memiliki bobot dan kualitas tersendiri yang tidak bisa diganti dengan data jenis lainnya) sebagai sumber utamanya.¹⁰¹ Teori-teori, asas-asas, dan kaidah-kaidah hukum yang diperoleh dari data sekunder dihubungkan dengan data primer yang dikelompokkan dan diseleksi menurut kualitas dan kebenarannya, sehingga diperoleh jawaban atas permasalahan yang dirumuskan. Hal ini dilakukan dengan menarik azas-azas hukum yang dapat dilakukan terhadap hukum positif tertulis maupun hukum positif tidak tertulis.¹⁰²

Beberapa metode interpretasi atau penafsiran juga digunakan dalam proses analisis untuk mengubah sesuatu atau situasi ketidaktahuan menjadi mengerti,¹⁰³ seperti interpretasi tekstual, interpretasi ekstensif dan interpretasi teleologis. Metode interpretasi tekstual,¹⁰⁴ yaitu suatu upaya untuk memahami suatu teks aturan perundang-undangan ataupun suatu teks perjanjian atau konvensi berdasarkan bahasa dan susunan kata-kata yang digunakan, juga digunakan untuk menganalisis. Metode interpretasi teleologis,¹⁰⁵ yaitu mencari tujuan atau maksud dari suatu peraturan perundang-undangan. Sedangkan metode penafsiran ekstensif,¹⁰⁶ yaitu memperluas pengertian atau istilah yang ada di dalam suatu undang-undang. Analisis juga dilengkapi dengan bantuan kasus agar mendapatkan gambaran yang lebih komprehensif terhadap isu yang diangkat.

¹⁰⁰ Soerjono, *opcit*, hlm.10

¹⁰¹ Amiruddin, Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm.120

¹⁰² Soerjono, *opcit*, hlm.252

¹⁰³ E. Sumaryono, *Hermeneutik Sebuah Metode Filsafat*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, hlm.24 di dalam Amiruddin dan Zainal Asikin, *opcit*, hlm.163

¹⁰⁴ Philipus M. Hadjon, *Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik (Normatif)*, Yuridika, Jurnal Hukum Universitas Airlangga Surabaya, No.6 Tahun IX, November-Desember 1994, hlm.6

¹⁰⁵ Amirudin dan Zainal Asikin, *opcit*, hlm.166

¹⁰⁶ *Ibid*, hlm.165

1.8 SISTEMATIKA LAPORAN PENELITIAN

Penelitian tesis ini terdiri dari lima bab dan setiap bab dibagi dalam beberapa sub bab. Selanjutnya, sistematika laporan penelitian ini dapat diuraikan sebagai berikut:

BAB I PENDAHULUAN

Pada bab ini diuraikan latar belakang penelitian, permasalahan, tujuan penelitian, manfaat penelitian, landasan teori, kerangka konseptual, metode penelitian dan sistematika laporan penelitian.

BAB II KONSEP DAN PERKEMBANGAN NORMA *JUS COGENS* DALAM HUKUM INTERNASIONAL

Pada bab ini diuraikan tentang konsep *jus cogens* dalam hukum internasional, baik yang ditemukan di dalam Konvensi, hukum kebiasaan internasional, pendapat para sarjana maupun putusan peradilan internasional. Bab ini dimulai dengan dijelaskan tentang asal usul norma *jus cogens*, pengakuan secara formal norma *jus cogens* oleh *International Law Commission* serta pengaturannya di dalam Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional. Selain itu, criteria untuk menentukan *jus cogens* juga dijelaskan di dalam bab ini. Hal tersebut penting untuk dilakukan sebagai langkah awal untuk menjawab ketiga permasalahan dalam penelitian ini, khususnya terkait dengan perlindungan terhadap HAM.

BAB III PERLINDUNGAN TERHADAP HAM SEBAGAI NORMA *JUS COGENS* MERUPAKAN PEMBATAAN TERHADAP KEDAULATAN NEGARA

Pada bab ini dilakukan analisis terkait prinsip perlindungan terhadap HAM sebagai *jus cogens* dalam hukum internasional. Selanjutnya, dengan status prinsip perlindungan terhadap HAM sebagai norma *jus cogens*, kemudian dilakukan analisis apakah keadaan tersebut berdampak pada konsep kedaulatan negara dimana prinsip ini dapat membatasi kedaulatan negara. Status

prinsip larangan intervensi yang berhubungan erat dengan kedaulatan negara dan perlindungan HAM yang sama-sama merupakan norma *jus cogens* menimbulkan permasalahan hukum bila keduanya saling berbenturan dalam praktek sehingga norma mana yang harus didahulukan, perlu dilakukan analisis lebih mendalam dengan asas-asas dan prinsip-prinsip hukum yang ada.

BAB IV LEGITIMASI UNILATERAL HUMANITARIAN INTERVENTION DALAM HUKUM INTERNASIONAL

Pada bab ini dilakukan analisis terkait legitimasi *unilateral humanitarian intervention* dalam hukum internasional yang ada saat ini, baik melalui perjanjian internasional, hukum kebiasaan internasional, prinsip-prinsip hukum umum dan doktrin hukum. Selain itu dilakukan pula analisis terhadap hubungan antara “legal” (*law*) dengan “legitimate” (*justice*) serta kedudukan dan akibat hukum dari konsep legitimasi dalam hukum internasional. Beberapa kasus digunakan sebagai pelengkap untuk membantu memahami dan menjawab permasalahan yang ada untuk mendapatkan analisis yang lebih komprehensif. Selain itu, dianalisis juga implikasi yuridis dari legitimasi praktek *unilateral humanitarian intervention* terhadap perkembangan hukum internasional yang akan datang.

BAB V PENUTUP

Bab ini merupakan bab penutup dari keseluruhan penelitian ini yang berisi mengenai kesimpulan yang perumusannya diambil dari apa yang telah diuraikan dan dianalisis mulai dari bab pertama sampai dengan bab terakhir, serta saran yang diberikan oleh peneliti yang diharapkan dapat membantu menjawab dan mengatasi permasalahan yang masih ada.

BAB II

KONSEP DAN PERKEMBANGAN NORMA *JUS COGENS* DALAM HUKUM INTERNASIONAL

2.1 Asal Usul Konsep *Jus Cogens* dalam Hukum Internasional

Gagasan terhadap *jus cogens* dalam hukum internasional mencakup teori-teori tentang norma *peremptory* dalam hukum internasional. Dalam hal ini, terdapat pandangan bahwa ada norma-norma dalam hukum internasional yang memiliki status atau derajat *jus cogens*, sehingga tidak dapat dikesampingkan atau dikecualikan dalam keadaan apapun.¹⁰⁷

Untuk menempatkan teori *jus cogens* dalam konteks yang tepat, ada baiknya dimulai dengan meninjau secara singkat asal usul dan evolusi konsep *jus cogens* dalam teori hukum internasional mulai dari abad ketujuhbelas hingga saat ini. Meskipun terminologi “*jus cogens*” tidak berakar atau muncul hingga abad keduapuluh, prinsip terkait norma fundamental yang bersifat memaksa ini sebenarnya memiliki sejarah atau historis yang panjang.¹⁰⁸ Gambaran terkait asal usul maupun evolusi dilakukan dengan menguraikan tiga teori terkemuka terkait *jus cogens* yaitu teori hukum alam, teori positivisme dan teori ketertiban umum, dimana teori-teori tersebut memberikan justifikasi atas keberadaan norma memaksa dalam hukum internasional.

2.1.1 Teori Hukum Alam (Natural Law Theory)

Konsep *jus cogens* dapat ditelusuri dari tulisan para ahli hukum alam.¹⁰⁹ Pada abad keenambelas, banyak penulis klasik yang membedakan antara *jus dispositivum* (voluntary law) dengan *jus scriptum* (obligatory law), dimana *jus*

¹⁰⁷ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Clarendon Press, 1998, hlm. 515

¹⁰⁸ Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *A Fiduciary Theory of Jus Cogens*, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 34, 2009, hlm.333

¹⁰⁹ Akehurst's, *Modern Introduction of International Law*, 7th Edition, Routledge London, 1997, hlm.15-17,57-60, E. Suy, *The Concept of Jus Cogens in International Law*, 1967, H.Kelsen, *Principles of International Law*, 1967, di dalam Ernest Kwasi Bankas, *The State Immunity Contraversy in Internatonal Law, Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, 2005

scriptum tidak dapat dikesampingkan dalam keadaan apapun.¹¹⁰ Grotius, misalnya, berpendapat bahwa ada prinsip-prinsip tertentu yang merupakan *jus natural necessarium* (necessary natural law). Wolf dan Vattel juga menyatakan bahwa ada sebuah “*necessary law*” yang berlaku terhadap semua negara, dimana perjanjian dan kebiasaan yang bertentangan dengan “*necessary law*” ini adalah ilegal.¹¹¹ Hal ini karena norma tersebut berasal dari sumber yang lebih tinggi. Bahkan Grotius menyatakan bahwa prinsip-prinsip hukum alam adalah prinsip-prinsip yang abadi yang bahkan Tuhan sekalipun tidak dapat mengubahnya.¹¹²

Menurut teori hukum alam, terdapat prinsip-prinsip umum yang merupakan kepentingan komunitas internasional secara keseluruhan. Terinspirasi oleh sikap antipositivisme Lautherpacht, sejumlah ahli berargumen bahwa norma *peremptory* memiliki status “istimewa” dari otoritas moral. Untuk membedakan norma *peremptory* dengan hukum kebiasaan internasional secara umum adalah substansi dari aturan itu sendiri, termasuk apakah norma tersebut berakar dari kesadaran internasional. Banyak ahli sepakat bahwa “*the character of certain norms makes it difficult to portray them as other than peremptory.*” Dengan kata lain, ada norma-norma yang memiliki karakter tertentu yang membuatnya sangat sulit untuk dilihat dan atau dipandang, selain sebagai norma *peremptory*.¹¹³

Para pembela pandangan teori hukum alam menyamakan konsep *jus cogens* dengan moral yang luhur (*good morals*), dimana mereka percaya bahwa ada etika moral tertentu yang bersifat memaksa.¹¹⁴ Mereka berpendapat bahwa konvensi atau perjanjian internasional manapun yang bertentangan dengan prinsip-prinsip moral, dinyatakan tidak berlaku, bahwa negara-negara tidak dapat secara mutlak bebas melakukan hubungan-hubungan yang bersifat kontraktual.

¹¹⁰ Alfred Verdross, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, International Law in the Twentieth Century*, The American Society of International Law, 1969, hlm.217

¹¹¹ Ibid, hlm.218

¹¹² Rafael Nieto-Navia, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, 2001, hlm.3

¹¹³ Pernyataan dari Profesor Evan Criddle, Associate Professor of Law Faculty Affiliate, Institute for National Security and Counterterrorism, College of Law Syracuse University, dalam sesi wawancara melalui email tanggal 21 Juni 2012

¹¹⁴ *The Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*, Recueil des Cours de L'Academie de Droit International de La Hague, Vol 172 (1991-III), hlm. 243; Lihat juga Ernest Kwasi Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law, Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, 2005, hlm.297

Negara-negara tersebut berkewajiban untuk menghormati prinsip-prinsip fundamental tertentu yang sangat melekat di dalam masyarakat internasional.¹¹⁵ Banyak partisipan ketika melakukan negosiasi percaya bahwa norma *jus cogens* didasarkan pada kesadaran hukum dan juga keyakinan moral manusia.¹¹⁶

Penganut teori ini menghadapi sejumlah tantangan oleh pihak positivis terkait *jus cogens* karena dianggap menyamakan hukum dan moralitas, sehingga membingungkan norma-norma etika dengan prinsip terkait hak dan kewajiban secara hukum.¹¹⁷ Meskipun norma *peremptory* seperti larangan genosida dan perbudakan, relatif lebih kecil kontroversinya oleh negara-negara, namun belum jelas apakah teori hukum alam dapat menyelesaikan permasalahan dan kontroversi terkait norma yang secara substansi kurang identifikasinya seperti larangan penyiksaan. Inilah yang menyebabkan pengadilan internasional pada pertengahan abad ini mulai meninggalkan teori *jus cogens* berdasarkan teori hukum alam.

2.1.2 Teori Positivisme (Positivism Theory)

Sebagian besar ahli secara perlahan melihat *jus cogens* melalui kacamata *positivism* yaitu melalui persetujuan negara.¹¹⁸ Meskipun kontribusi teori hukum alam tidak begitu saja dapat ditinggalkan, namun diperlukan juga persyaratan persetujuan negara yang didasarkan bahwa negara itu berdaulat secara mandiri dan otonom, sehingga negara tidak dapat terikat oleh norma-norma yang tidak mereka setujui.¹¹⁹ Berdasarkan pendekatan persetujuan, norma-norma internasional mencapai status memaksa atau *peremptory* melalui proses pembuatan hukum yang sama yang menghasilkan hukum internasional pada umumnya.¹²⁰ Secara khusus, negara dapat menyetujui suatu norma *peremptory* dengan mengkodifikasikannya ke dalam perjanjian internasional, menerimanya sebagai hukum kebiasaan internasional, atau dengan menerapkan norma tersebut secara domestic, sebagai prinsip hukum yang berlaku umum.

¹¹⁵ Danilenko, *Law Making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands, 1993, hlm.214-215

¹¹⁶ Ibid

¹¹⁷ Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *opcit*, hlm.343

¹¹⁸ Oliver Dorr, Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Springer, 2012, hlm.908

¹¹⁹ Danilenko, *opcit*, hlm.214

¹²⁰ Malcolm Shaw, *International Law*, Fifth Edition, Cambridge University Press, 2008, hlm.118

Teori positivisme terkait *jus cogens* menganggap bahwa sebuah norma memaksa merupakan hukum kebiasaan yang telah memperoleh status *peremptory* melalui praktek negara dan *opinion juris*.¹²¹ Menurut para positivis, dengan melihat konsep *jus cogens* melalui pendekatan-kebiasaan, akan menjamin negara-negara untuk memelihara kontrol terhadap evolusi atau perkembangan norma-norma *peremptory*. Namun, mereka berjuang untuk menghubungkan antara pendekatan-kebiasaan teori *jus cogens* dengan praktek negara yang nyata. Fakta menunjukkan bahwa negara-negara jarang (kalau tidak sama sekali) mengekspresikan maksud mereka untuk mentransformasikan norma kebiasaan yang umum menjadi hukum memaksa, dan memang tidak jelas praktek negara mana saja yang dapat mendukung maksud tersebut. Tentu saja, mereka yang mengkritik *jus cogens* akan secara langsung dan seketika menunjuk bahwa norma-norma terkait HAM, seperti larangan terhadap penyiksaan, yang telah diakui sebagai *jus cogens*, sering kali dilanggar dalam praktek.¹²² Meskipun praktek negara secara jelas mendukung dan mengakui norma *peremptory* sebagai hukum kebiasaan internasional, pendekatan-persetujuan negara akan kesulitan untuk menjelaskan mengapa norma kebiasaan harus mengikat “*persistent objectors*” atau membatalkan perjanjian yang bertentangan.¹²³

Bila *jus cogens* tidak tepat dimasukkan sebagai hukum kebiasaan internasional, gagasan bahwa norma *peremptory* berasal dari status konvensi atau perjanjian internasional yang bersifat “*nonderogable*” juga belum sepenuhnya tepat. Seperti Konvensi tentang Genosida yang mengatur norma hak asasi manusia yang fundamental dan menginginkan keanggotaan universal. Namun, banyaknya persetujuan negara terhadap konvensi ini tidak dapat ditafsirkan serta merta bahwa aturan tersebut juga berlaku bagi negara-negara yang belum meratifikasinya. Fakta bahwa banyak negara telah meratifikasi konvensi tersebut tidak meniadakan kebutuhan agar negara-negara yang belum meratifikasi untuk

¹²¹ Michael Byers, *Conceptualizing the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*, Nordic Journal of International Law, 1997, hlm.11, 212

¹²² Lihat Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, 2006, hlm.113 di dalam Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *opcit*, hlm.340

¹²³ *The Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*, Recueil des Cours de L'Academie de Droit International de La Hague, 1989-IV, hlm.60; Lihat juga Christian Tomuschat and Jean Marc Thouvenin, *The Fundamental Rules of International Legal Order, Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands, 2006, hlm.44

memberikan persetujuan agar mereka terikat oleh pasal-pasal di dalam konvensi tersebut. Apalagi, gagasan bahwa konvensi genosida merupakan *jus cogens* berdasarkan persetujuan negara dapat dilihat di dalam konvensi tersebut, yang menyatakan bahwa, “*parties confirm that genocide..... is a crime under international law.*”¹²⁴ Yang jelas adalah meskipun sebuah konvensi atau perjanjian multilateral mengandung norma-norma internasional, namun hal tersebut tidak cukup untuk mengidentifikasi sebuah norma sebagai *peremptory*.

Teori positivism lainnya yang juga populer adalah teori yang menegaskan bahwa norma *peremptory* merupakan hukum internasional sebagai “*general principles of law recognized by civilized nations.*”¹²⁵ Hal tersebut dapat dilihat, contohnya prinsip *pacta sunt servanda* dan juga hak-hak individu, yang diabadikan di dalam konstitusi nasional, statuta maupun putusan-putusan pengadilan. Sehingga negara-negara secara implicit menyetujui norma *peremptory* dengan menghormati dan mengakuinya sebagai prinsip fundamental di dalam hukum nasional.¹²⁶ Beberapa ahli mengusulkan agar persyaratan persetujuan negara mungkin dapat dipenuhi jika sebagian besar perwakilan dari negara-negara mengakui norma tersebut sebagai *peremptory*, atau yang mereka sebut sebagai teori consensus (*consensus theory*). Keuntungan dari teori konsensus ini dibandingkan dengan teori positivism lainnya adalah bahwa teori ini membebaskan norma *peremptory* dari aturan *persistent objector* yang terjadi berdasarkan hukum kebiasaan internasional. Meskipun demikian, saat ini terdapat sedikit bukti bahwa negara-negara menerima konsensus internasional sebagai proses otoritatif untuk menghasilkan norma *peremptory*. Hal ini karena paradigma positivis ini tidak mampu menjelaskan mengapa negara-negara yang tidak setuju dengan norma *peremptory* yang sedang berkembang, tidak dapat menarik persetujuan mereka.¹²⁷ Sehingga, teori konsensus internasional kurang mampu untuk melengkapi teori-teori dasar dari *jus cogens*.

¹²⁴ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide art. I, 1948

¹²⁵ Statute of the International Court of Justice art. 38(1)(c), June 26, 1945

¹²⁶ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Six Edition, Oxford University, 2003

¹²⁷ Jerzt Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties : A Critical Reappraisal*, 1974, hlm.97 di dalam Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *opcit*, hlm.342

2.1.3 Teori Public Order

Teori ketiga mendefinisikan *jus cogens* sebagai norma umum atau "public order" yang penting untuk integritas dari hukum internasional sebagai sebuah sistem hukum.¹²⁸ Berdasarkan teori ini, hukum internasional mengakui suatu norma memaksa sebagai hierarki yang lebih unggul dari konvensi dan atau hukum kebiasaan pada umumnya, untuk mempromosikan kepentingan komunitas internasional secara keseluruhan dan melestarikan nilai-nilai utama atau dasar hukum internasional, dan bukan untuk memenuhi kebutuhan dari negara-negara secara individu. Dengan menggunakan analogi hukum domestic, beberapa negara menafsirkan *jus cogens* sebagai kebiasaan yang baik, berdasarkan aspek moral, dan mengedepankan *public policy*, dalam pengertian hukum nasional.¹²⁹ Atau disebutkan oleh Verdross sebagai berikut :

*The law of civilized states... demands the establishment of a juridical order guaranteeing the rational and moral coexistence of the members... A truly realistic analysis of the law shows us that every positive juridical order has its roots in the ethics of a certain community, that it cannot be understood apart from its moral basis.*¹³⁰

Berdasarkan teori public order, semua norma *peremptory* merupakan salah satu dari dua fungsi berikut ini, yaitu menjaga keberadaan negara-negara sebagai sebuah komunitas yang damai atau menghormati dasar-dasar komitmen normatif dari sistem internasional.¹³¹ Sudargo Gautama,¹³² menjelaskan tentang *public policy* ini sebagai "rem darurat" yang sebenarnya tidak bertentangan dengan hukum positif suatu negara, dan dapat dikategorikan sebagai suatu pelanggaran yang sangat berat terhadap sendi-sendi hukum nasional. Mengenai arti dari "ketertiban umum" sangat sukar dikemukakan ke dalam suatu perumusan, oleh karena setiap negara memiliki pengertian masing-masing.

¹²⁸ Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *opcit*, hlm.344

¹²⁹ Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law : Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Fifty-eighth session, A/CN.4/L.682, Geneva, 2006, hlm.182

¹³⁰ Alfred Verdross, *Forbidden Treaties in International Law*, American Journal of International Law, 1937, di dalam Bruno Simma, *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, European Journal of International Law, 1995, hlm.51

¹³¹ Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *opcit*

¹³² Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Hukum Internasional Bunga Rampai*, Bandung: PT. Alumni, 2003, hlm.168

Menurut teori ini *jus cogens* dianggap sebagai prinsip yang bersifat integral dengan komunitas internasional itu sendiri.¹³³ Banyak para ahli yang berargumen bahwa norma *jus cogens* seperti diskriminasi rasial merefleksikan transformasi dari hukum internasional menjadi komunitas global yang memiliki kesadaran untuk mempromosikan HAM dan perdamaian di antara negara-negara. Sebagai bukti atas agenda normatif ini, penganut teori public order ini menunjuk sejumlah instrumen seperti Piagam PBB, yang menyatakan bahwa "*the United Nation's objectives to include the promotion of international peace and security, friendly relations among nations, human rights, and fundamental freedoms.*"¹³⁴

Pada waktu yang bersamaan, teori ini tidak berhasil menghasilkan teori preskriptif dan basis normatif terkait *jus cogens*, maupun mengklarifikasi norma internasional mana yang patut disebut *peremptory*. Bila dihadapkan dengan pertanyaan penentu, yaitu terkait sifat maupun isi dari norma *peremptory*, penganut teori ini hanya dapat memberikan penalaran tentang tidak adanya dispensasi atas norma itu, atau mendaur ulang argumen-argumen dari teori positivisme atau hukum alam.¹³⁵

Sementara ini, dapat disimpulkan bahwa *jus cogens* merupakan konsep yang masih membutuhkan penjelasan dengan teori yang tepat. Perkembangan norma *jus cogens* telah dipengaruhi oleh sejumlah teori seperti teori persetujuan negara, teori hukum alam dan teori *international order*, yang ketiganya belum sepenuhnya berhasil menyelesaikan tugasnya untuk mengidentifikasi konsep *jus cogens* secara jelas. Dengan kata lain, meskipun konsep *jus cogens* telah diakui dan diterima secara luas oleh komunitas internasional, dasar teoritisnya yang belum sempurna telah mempengaruhi dan memperlambat perkembangan dan implementasinya. Untuk itu, dibutuhkan analisis lebih mendalam terkait konsep *jus cogens* yang mungkin dapat disempurnakan di dalam penjelasan selanjutnya, khususnya terkait dengan pengakuan formal *jus cogens*, baik dari dari sumber konvensi maupun putusan badan atau peradilan internasional.

¹³³ W. Michael Reisman, Siegfried Wiessner & Andrew R. Willard, *The New Haven School: A Brief Introduction*, Yale Journal of International Law, 2007, hlm.575, 576 di dalam di dalam Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *opcit*, hlm.345

¹³⁴ United Nations Charter 1945, art.1, paras. 1-3

¹³⁵ Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *opcit*, hlm.345

2.2 Pengakuan Secara Formal Konsep *Jus Cogens* berdasarkan Konferensi Wina oleh International Law Commission

Teori-teori yang telah disebutkan di atas secara terus menerus mengalami perkembangan dalam hukum internasional hingga awal abad kedupuluh, dan konsep norma *peremptory* secara formal baru diakui pada pertengahan abad tersebut. Para akademisi pun terus mengakui keberadaan norma ini. Untuk dapat memberikan gambaran dan perbandingan terhadap pendapat-pendapat di atas, maka berikut dikutip beberapa pendapat ahli tentang *jus cogens*, diantaranya :

1. Oppenheim misalnya, menyatakan pada tahun 1905 bahwa menurutnya :
*“a number of ‘universally recognized principles’ of international law existed which rendered any conflicting treaty void and that the peremptory effect of such principles was itself a ‘unanimously recognised customary rule of International Law.’”*¹³⁶
2. Suy, memberikan pengertian *jus cogens* sebagai bagian dari norma hukum yang apabila tidak ditaati maka akan menghancurkan esensi terdalam dari hukum itu sendiri, sehingga *jus cogens* membatasi kebebasan para subjek hukum. Norma ini memiliki kekuatan yang mengikat secara absolute.¹³⁷
3. Lord Mc Nair,¹³⁸ walaupun tidak menggunakan istilah *jus cogens*, ia menegaskan adanya ketentuan-ketentuan hukum kebiasaan internasional yang berada dalam suatu kategori hukum yang “lebih tinggi” yang tidak dapat dikesampingkan atau diubah oleh negara-negara yang membuat suatu perjanjian. Ia pun menegaskan bahwa lebih mudah memberikan contoh atau ilustrasi dari ketentuan *jus cogens* daripada memberikan batasan mengenai apa yang dimaksud dengan *jus cogens*.
4. Christos L. Rozakis,¹³⁹ mengartikan *jus cogens* sebagai berikut :

¹³⁶ L. Oppenheim, *Oppenheim’s International Law*, (Ninth Edition, edited by Sir R. Jennings and Sir A. Watts, 1992), Vol. 1, p.4 di dalam Kamrul Hossain, *The Concept of Jus Cogens and The Obligation Under the UN Charter*, Santa Clara Journal of International Law, Vol 3, 2005, hlm.74

¹³⁷ E. Suy, *The Concept of Jus Cogens in Public International Law*, di dalam Pranoto Iskandar, *Hukum HAM Internasional, Sebuah Pengantar Kontekstual*, IMR Press, 2010, hlm.213

¹³⁸ Syahmin A.K, 1985, *Hukum Perjanjian Internasional Menurut Konvensi Wina, 1969*. Bandung: Armico, hal, 53

¹³⁹ F. A. Whisnu Suteni., 1989, *Identifikasi dan Reformulasi Sumber-Sumber Hukum Internasional*, Bandung : Cv. Mandar Maju, hlm.100

“In all major systems subject are free, it is true, to contract out of rules of law in their interse relations, that freedom, however, is conditional.. There are general rules of law which exclude the conclusion of particular contractual arrengeents conflicting with them by actually prohibiting derogating from their content and by threatening with invalidity any attempt of violation of that prohibition. These rules are usually called jus cogens”.

Dari pengertian ini ditegaskan bahwa meskipun negara-negara memiliki kebebasan untuk membentuk hukum, bebas untuk mengatur tingkah laku mereka sendiri, namun kebebasan itu ada batasnya. Terdapat kaidah hukum yang membatasi kehendak negara, dan mengancam invaliditas setiap persetujuan-persetujuan yang dibuat oleh negara-negara yang bertentangan dengannya. Kaidah hukum ini disebut *jus cogens*.

5. Menurut Schwarzerberger,¹⁴⁰ untuk membentuk *jus cogens* internasional, suatu norma harus memiliki sifat universal atau asas yang fundamental, misalnya asas tersebut harus mempunyai arti yang luar biasa dan istimewa dalam hukum internasional dibandingkan dengan asas lainnya. Selain itu, asas tersebut merupakan bagian esensial dari sistem hukum internasional yang ada atau mempunyai karakteristik yang merupakan refleksi dari hukum internasional yang berlaku. Apabila sifat-sifat ini diterapkan, akan timbul tujuan asas fundamental dalam tubuh hukum internasional, yaitu: kedaulatan, pengakuan, pemufakatan, itikad baik, hak membela diri, tanggung jawab internasional dan kebebasan di laut lepas.¹⁴¹
6. Sedangkan menurut Verdross terdapat tiga ciri aturan atau prinsip yang dapat menjadi *jus cogens* hukum internasional, yaitu kaidah yang menyangkut kepentingan bersama masyarakat internasional secara keseluruhan, kaidah yang dibentuk demi tujuan-tujuan kemanusiaan, dan kaidah yang ditempatkan oleh Piagam PBB melawan perjanjian atau penggunaan kekerasan dalam hubungan internasional.¹⁴²

¹⁴⁰ Yudha Bhakti Ardhiwisastra. *opcit*, hal 176

¹⁴¹ Ibid

¹⁴² Verdross, *Jus Dispositivium and Jus Cogens in International Law*, AJIL, 1996, Vol.60, hlm. 217 di dalam *International Law in the Post Cold War World*, Routledge Studies of International Law, 2001, hlm.503; Lihat juga Whisnu Suteni, *opcit*, hlm.105

Perkembangan terhadap pengakuan formal konsep *jus cogens*, mulai tampak setelah Perang Dunia Pertama, yang dapat dilihat dari *Covenant of the League of Nations* dan *the Statute of the Permanent Court of Justice*. Pada tahun 1934, artikel 20.1 *Covenant of the League of Nations* diinterpretasi oleh Judge Schucking (PCIJ), sebagai berikut :

*The Covenant of the League of Nations, as a whole, and more particularly its Article 20, would possess little value unless treaties concluded in violation of that undertaking were to be regarded as absolutely null and void, that is to say, as being automatically void. And I can hardly believe that the League of Nations would have already embarked on the codification of international law if it were not possible, even to-day, to create a jus cogens, the effect of which would be that, once States have agreed on certain rules of law, and have also given an undertaking that these rules may not be altered by some only of their number, any act adopted in contravention of that undertaking would be automatically void.*¹⁴³

Berdasarkan perkembangan dan opini-opini itulah, pada tahun 1949, Panitia Hukum Internasional (*International Law Commission* atau ILC),¹⁴⁴ yang dibentuk berdasarkan Resolusi Majelis Umum PBB No. 174/II/1947 yang beranggotakan para ahli hukum terkemuka dari berbagai bangsa dan berbagai sistem hukum, mulai mempersiapkan sebuah proposal untuk memasukan pasal yang mengakui norma *peremptory* secara formal ke dalam Konvensi tentang hukum perjanjian internasional. Sebanyak empat “*Special Rapporteurs*” ditunjuk untuk melakukan penelitian, dimana dua diantaranya yaitu Brierly dan Lauterpacht, jauh sebelum *special rapporteurs* tersebut dibentuk, telah lebih dulu merupakan pendukung dari eksistensi norma *peremptory* ini. Isu terkait *jus cogens* ini didiskusikan oleh ILC pada tahun 1963 dan 1966 dimana draf finalnya diadopsi dan dimasukan ke dalam laporan ILC untuk diajukan ke Konferensi Vienna. Namun, ILC tidak memberikan kriteria objektif yang jelas terkait norma mana yang dapat dikategorikan sebagai *jus cogens*.

Dalam laporan tersebut, ILC,¹⁴⁵ menyatakan sebagai berikut:

¹⁴³ Judge Schücking’s individual opinion in *The Oscar Chinn Case*, PCIJ Rep. Ser. A/B, No. 63, 1934, hlm.149

¹⁴⁴ Syahmin A.K. SH, 1985, *Hukum Perjanjian Internasional Menurut Konvensi wina 1969*. Bandung: Armico, hal. 177

¹⁴⁵ Arthur Watts Sir, *The International Law Commission, 1949-1989*, Volume One: The Treaties, Oxford, 1999, hlm.741

1. *The view that in the last analysis there is no rule of international law from which States cannot at their own free will contract out has become increasingly difficult to sustain....*
2. *[I]n codifying the law of treaties it must start from the basis that to-day there are certain rules from which States are not competent to derogate at all by a treaty arrangement, and which may be changed only by another rule of the same character [recognition of the existence of Jus Cogens]*
3. *[T]here is no simple criterion by which to identify a general rule of international law as having the character of jus cogens. Moreover, the majority of the general rules of international law do not have that character....*
4. *It is not the form of a general rule of international law but the particular nature of the subject-matter with which it deals that may, in the opinion of the Commission, give it the character of jus cogens....*
5. *The emergence of rules having the character of jus cogens is comparatively recent, while international law is in process of rapid development. The Commission considered the right course to be to provide in general terms that a treaty is void if it conflicts with a rule of jus cogens and to leave the full content of this rule to be worked out in State practice and in the jurisprudence of international tribunals....*
6. *[I]t would clearly be wrong to regard even rules of jus cogens as immutable and incapable of modification in the light of future developments...The article, therefore defines rules of jus cogens as peremptory norms of general international law from which no derogation is permitted “and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character....*
7. *[The] article is designed to exclude the arbitrary determination of the invalidity, termination or suspension of a treaty by an individual State such as has happened not infrequently in the past and to ensure that recourse shall be had to the means of peaceful settlement indicated in Article 33 of the Charter[58]....*
8. *[T]here is no question of the present article having retroactive effects. It concerns cases where a treaty is void at the time of its conclusion by reason of the fact that its provisions are in conflict with an already existing rule of jus cogens*
9. *[T]he emergence of a new rule of jus cogens is not to have retroactive effects on the validity of a treaty. The invalidity is to attach only from the time of the establishment of the new rule of jus cogens.¹⁴⁶*

Terkait dengan pasal-pasal diatas, ILC memberikan komentar dengan mengakui bahwa tidak ada (atau belum ada) kriteria yang pasti untuk menentukan norma mana yang dapat dikategorikan sebagai *jus cogens*. ILC juga mengekspresikan bahwa *jus cogens* bukan merupakan sebuah norma biasa tetapi

¹⁴⁶ Lihat International Law Commission Draft Articles on the Law of Treaties With Commentaries, article 50, point 3,4, 1966; Vol. II, ILC Yearbook (1966) hlm.247

merupakan sifat khusus yang harus disesuaikan dengan tiap kasus yang dihadapi. Definisi *jus cogens* akhirnya berhasil dikodifikasikan pada tahun 1969 ke dalam sebuah konvensi yaitu Konvensi Wina, yang diakui oleh hampir semua negara.¹⁴⁷

2.3 Pengertian dan Definisi norma *Jus Cogens* berdasarkan Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional 1969

Proses identifikasi konsep *jus cogens* dalam hukum internasional hingga memiliki eksistensi sampai saat ini merupakan hasil dari suatu proses panjang dari pemikiran dan perdebatan di kalangan para sarjana dan politisi yang memiliki kompetensi dalam kurun waktu lebih dari 40 tahun.¹⁴⁸ Negara-negara tampaknya mengakui keberadaan norma *jus cogens* dalam hukum internasional, meskipun cara untuk mengidentifikasinya belum sepenuhnya jelas. Terbukti bahwa pada akhirnya, pasal-pasal di dalam draf tersebut diadopsi oleh mayoritas negara. Dari total 87 negara yang memilih, 8 negara menolak dan 12 negara abstain.¹⁴⁹

Definisi tentang *jus cogens* akhirnya pertama kali diwujudkan dalam sebuah instrumen formal melalui Konvensi Wina tahun 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional,¹⁵⁰ yang telah ditetapkan juga di dalam Konvensi Wina tahun 1986 tentang Hukum Perjanjian Internasional antara negara dan organisasi internasional dan antar organisasi internasional.¹⁵¹ Definisi *jus cogens* dalam konvensi tersebut berbunyi sebagai berikut :

*A peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.*¹⁵²

¹⁴⁷ Report of the Sixth Committee to the General Assembly during the eighteenth period of sessions (1963), UN Doc.A/5601

¹⁴⁸ Carin Kahgan, *Jus Cogens and the Inherent Right to Self-Defense*, ILSA, 1997 di dalam Gennadi Danilenko, *opcit.*, hlm.216

¹⁴⁹ New Zealand, Norway, Portugal, Senegal, South Africa, Tunisia, United Kingdom, Gabon, Ireland, Japan, Malaysia and Malta. A/CONF.39/11/Add.1, p. 107 (Records of Twentieth Plenary Meeting held 12 May 1969)

¹⁵⁰ The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, pasal 53

¹⁵¹ The Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations, 1986, UN Doc. A/Conf. 129/15 (1986). Art. 53

¹⁵² Vienna Convention on the Laws of Treaties, 1986, Pasal 53

Di dalam pasal tersebut, Konvensi Wina mengartikan *jus cogens* sebagai norma dasar hukum internasional yang diterima dan diakui oleh negara-negara sebagai komunitas internasional secara keseluruhan, yang tidak boleh dilanggar dan hanya dapat dimodifikasi oleh suatu norma dasar hukum internasional yang mempunyai sifat yang sama. Secara umum, Pasal 53 Konvensi Wina 1969 di atas memformulasikan definisi *jus cogens*, sebagai berikut :

1. *The norma must be a norm of general international law*

Hal tersebut berarti bahwa normanya harus merupakan norma yang berlaku secara umum terhadap semua system hukum yang ada.¹⁵³ Hendaknya mengikat mayoritas, atau semua negara. Berlaku secara umum seperti halnya dalam hukum kebiasaan internasional, tetapi lebih universal. Dalam arti bila hukum kebiasaan internasional masih memperbolehkan suatu negara untuk menolak suatu aturan (*persistent objector*), norma *jus cogens* memaksa negara penolak tersebut untuk taat,¹⁵⁴ karena normanya terlalu fundamental untuk dapat dihindari. Tentu hal tersebut berbeda dengan *regional international law*, yang hanya mengikat para pihak dalam regional tertentu.¹⁵⁵

2. *The norm must be "accepted and recognized by the international community of States as a whole"*

Normanya harus diterima dan diakui oleh komunitas internasional yaitu negara, secara eksplisit.¹⁵⁶ Harus dipahami bahwa keberadaan *jus cogens* ini bukan untuk memuaskan kepentingan negara-negara tertentu saja melainkan kepentingan dari komunitas internasional secara keseluruhan. Kata-kata "*as a whole*" digunakan untuk menghindari situasi dimana satu

¹⁵³ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1973, hlm.110

¹⁵⁴ Human Rights Committee, International Law Association (British Branch), *Report on Civil Actions in the English Courts for Serious Human Rights Violations Abroad*, EUR. HUM. RTS. L. REV, 2001 di dalam Stacy Humes-Schulz, *Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights*, Harvard Human Rights Journal / Vol. 21, 2008, hlm.110

¹⁵⁵ L. Oppenheim, *Oppenheim's International Law*, (Ninth Edition, edited by Sir R. Jennings and Sir A. Watts, 1992), Vol. 1, p.4 di dalam Rafael Nieto, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, 2001, hlm.10

¹⁵⁶ Andre de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes, A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, Kluwer Law International, 1996, hlm.46

negara boleh menggunakan hak veto sebuah norma menjadi *jus cogens*.¹⁵⁷ Kalaupun ada negara yang menggunakan hak veto, hal tersebut tidak akan mempengaruhi pengakuan dan sifat norma tersebut sebagai *jus cogens*. Contohnya adalah Majelis Umum PBB yang mengeluarkan suatu resolusi yang merupakan suatu pengakuan eksplisit dari pencerminan pendapat umum masyarakat internasional secara keseluruhan.¹⁵⁸ Praktek negara berdasarkan *local custom* dalam hubungan dengan *jus cogens*, derajatnya juga dapat naik apabila diterima oleh masyarakat internasional.¹⁵⁹

Secara umum *jus cogens* dapat ditemui di dalam sumber-sumber hukum internasional sebagai berikut :

a. Perjanjian internasional

Suatu perjanjian internasional tidak mengikat suatu negara tanpa persetujuannya.¹⁶⁰ Namun ada satu pengecualian terhadap prinsip ini yaitu terhadap perjanjian internasional yang memiliki obyek dan tujuan "lebih unggul". Bila mengandung sebuah hukum kebiasaan internasional, maka negara-negara yang bukan pihak juga terikat pada norma tersebut berdasarkan hukum kebiasaan internasional.¹⁶¹ Keadaan tersebut juga berlaku dalam hal perjanjian internasional yang mengandung norma *jus cogens*.

b. Hukum kebiasaan internasional,¹⁶² dimana *jus cogens* adalah jenis atau karakter dari peraturan hukum kebiasaan internasional tertentu, bukan sumber hukum tersendiri.¹⁶³

c. Prinsip-prinsip hukum internasional¹⁶⁴

¹⁵⁷ Rafael Nieto, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, 2001, hlm.10

¹⁵⁸ Yudha Bakti, *Pengertian Jus Cogen dalam Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian* di dalam "Padjajaran", Majalah Ilmu Hukum dan Pengetahuan Masyarakat, hlm. 46.

¹⁵⁹ Ibid

¹⁶⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, 1998, hlm.628; Lihat juga *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Reports, 1951, hlm.21

¹⁶¹ Lihat Vienna Convention, pasal 38

¹⁶² Andre de Hoogh, *opcit*, hlm.45

¹⁶³ Pernyataan dari Bapak Nugroho Wisnu Murti, Senior Fellow, CSIS, Anggota Komisi Hukum Internasional PBB, Mantan Dubes RI untuk PBB di New York dan di Geneva, dalam sesi wawancara pada tanggal 13 Juni 2012

¹⁶⁴ Ibid, Article 38(1)(c)

3. The norm must be one from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law of the same character

Normanya tidak dapat diturunkan dalam keadaan apapun dan hanya dapat dimodifikasi oleh norma lain dalam hukum internasional yang memiliki karakter sama. Contoh klasifikasi norma yang tidak dapat diturunkan atau *non-derogable*, adalah sebagai berikut :¹⁶⁵

- a. Norma tersebut memiliki arti fundamental terhadap tindakan komunitas internasional yaitu negara secara keseluruhan, yang tidak dapat dikurangi sama sekali. Contoh : *good faith principle*.
- b. Norma tersebut penting untuk stabilitas sistem yuridis internasional. Contoh : *pacta sunt servanda*
- c. Norma yang memiliki objek dan tujuan kemanusiaan termasuk prinsip-prinsip tertentu yang berkaitan dengan HAM dan hukum humaniter internasional.
- d. Norma yang digunakan untuk kepentingan komunitas internasional secara keseluruhan atau untuk tatanan publik internasional. Contohnya adalah target yang ingin dicapai oleh PBB, yang terdapat di preambule, dan juga tujuan serta prinsip-prinsip PBB,¹⁶⁶ yaitu hak menentukan nasib sendiri, kesetaraan kedaulatan negara-negara, penyelesaian sengketa dengan cara-cara damai, larangan penggunaan kekuatan bersenjata;¹⁶⁷
- e. Norma yang mengikat semua negara meskipun tanpa persetujuan negara-negara sebagai norma yang diciptakan oleh komunitas internasional. Contoh : kebebasan di laut lepas, prinsip *common heritage of mankind*, dan prinsip perlindungan lingkungan.

¹⁶⁵ Rafael Nieto-Navia, *opcit*, hlm.12

¹⁶⁶ United Nations Charter 1945, article 1(2), 2(1) – 2(4)

¹⁶⁷ Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports (1986) (the “*Nicaragua case*”)

Aspek lain yang dimiliki *jus cogens* terkait dengan definisi di dalam Konvensi Wina 1969 tercantum di dalam artikel 69, yang berbunyi :”*If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.*” Artinya bahwa bila ada norma *peremptory* baru muncul dalam hukum internasional, maka perjanjian-perjanjian yang telah ada yang bertentangan dengan norma tersebut menjadi tidak sah atau batal.

Perihal hal diatas, ILC menyimpulkan bahwa ada beberapa aturan dalam hukum internasional yang “lebih unggul” dibandingkan lainnya, sehingga mereka memiliki “status istimewa” di dalam sistem hukum internasional, dan dideskripsikan dengan terminology “fundamental, “pertimbangan dasar”, dan prinsip hukum internasional yang “*intransgressible*”.¹⁶⁸ Norma *jus cogens* ini berada di antara konsep hukum alam dan teori positivism.¹⁶⁹ Sehingga, sebuah norma bisa saja berkembang dan muncul melalui hukum kebiasaan internasional yang baru, yang memiliki sifat *peremptory*. Norma tersebut juga bisa saja merupakan konsep yang sama sekali baru. Tentu dapat menjadi *jus cogens* bila diterima dan diakui oleh komunitas internasional secara keseluruhan.¹⁷⁰

Kedua pasal diatas, yaitu Pasal 53 dan 69 sebenarnya menimbulkan sebuah persoalan terkait dengan hierarki hukum.¹⁷¹ Dalam sistem hukum nasional, biasanya terdapat hierarki yang menentukan kedudukan dan kekuatan suatu norma dalam hubungannya dengan norma lainnya yang terdapat di dalam sistem hukum tersebut.¹⁷² Namun, persoalan hierarki dari norma-norma yang berlaku dalam sistem hukum internasional tidak diatur secara jelas. Adapun Pasal 38 ayat (1) Statuta ICJ, yang merupakan sumber hukum internasional, tidak menjelaskan persoalan hierarki dari norma-norma yang berasal dari sumber hukum tersebut, padahal dalam kenyataannya banyak persoalan yang muncul berkaitan dengan

¹⁶⁸ Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law’ UN Doc A/61/10 (2006), para. 32

¹⁶⁹ Malcolm N. Shaw, *International Law*, Six Edition, Cambridge University Press, 2008, hlm. 126

¹⁷⁰ Rafael Nieto-Navia, *opcit*, hlm.17

¹⁷¹ Kamrul Hossain, *The Concept of Jus Cogens and The Obligation Under the UN Charter*, Santa Clara Journal of International Law, Vol 3, 2005, hlm.74

¹⁷² Alina Kaczorowska, *Public International Law*, Routledge, 2012, hlm.48

hierarki.¹⁷³ Salah satu persoalan dalam hukum internasional adalah mengenai norma yang memiliki kriteria sebagai *jus cogens* dan karena sifat maupun substansinya memiliki hierarki terhadap norma hukum internasional lainnya. Oleh karena *jus cogens* memiliki posisi yang lebih tinggi dibanding dengan hukum perjanjian internasional dan bahkan hukum kebiasaan internasional yang "biasa", tentu maka hal tersebut berimplikasi pada persoalan hierarki di dalam sistem hukum internasional.

Menyangkut hal tersebut, Akehurst memberikan gambaran bahwa dalam hal terjadinya pertentangan antara suatu ketentuan *jus cogens* dan suatu ketentuan *jus dispositivum*, ketentuan *jus cogens* harus diutamakan, tanpa mempersoalkan sumber-sumber dari ketentuan yang bertentangan tersebut, tanpa mempersoalkan apakah ketentuan *jus dispositivum* itu terbentuk sebelum atau sesudah ketentuan *jus cogens*, dan tanpa mempersoalkan apakah ketentuan *jus dispositivum* itu kurang spesifik dari ketentuan *jus cogens*. Dengan perkataan lain, hierarki atas dasar isi substantif mengatasi hierarki atas dasar sumber tertentu dari mana timbulnya suatu ketentuan.¹⁷⁴ *Jus cogens* juga berasal dari norma fundamental yang diakui oleh komunitas internasional secara keseluruhan. Sehingga tentu saja, norma yang bertentangan dengan *jus cogens* menjadi tidak sah atau batal atau berakhir, oleh karena norma tersebut bertentangan dengan norma fundamental,¹⁷⁵ bahkan terlalu fundamental untuk dapat dihindari oleh negara-negara. Selain itu, Konvensi Wina 1969 di atas hendaknya jangan dilihat sebagai sumber utama dari konsep *jus cogens*.

Hal ini berarti bahwa norma *jus cogens* memiliki sifat seperti konstitusi internasional karena dua alasan, pertama karena *jus cogens* membatasi kemampuan negara untuk menciptakan atau mengubah ketentuan hukum internasional. Kedua, *jus cogens* mencegah adanya pelanggaran terhadap norma fundamental yang mungkin dilakukan oleh negara.¹⁷⁶ Oleh karena kepentingan

¹⁷³ Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law : Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Fifty-eighth session, A/CN.4/L.682, Geneva, 2006, hlm.66

¹⁷⁴ G.J.H Van hoof, *Rethinking the Sources of International Law* , Kluwer, Netherlands, 1983, hlm.153

¹⁷⁵ Kamrul Hossain, *opcit*, hlm.74

¹⁷⁶ Michael Byers, *Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*, Vol.66, Nordic Journal of International Law (1997), hlm.211

tersebut sering melibatkan tatanan umum internasional, dapat dikatakan bahwa setiap negara memiliki kepentingan di dalamnya.¹⁷⁷ Konsep ini pun akhirnya didasarkan pada penerimaan dari nilai-nilai fundamental di dalam system tatanan public atau kebijakan public.¹⁷⁸

Konvensi tersebut secara *de jure* menunjukkan bahwa norma *jus cogens* telah mempunyai kedudukan hukum yang jelas di dalam hukum internasional. Pentingnya identifikasi konsep *jus cogens* terhadap tatanan hukum internasional selanjutnya dapat dilihat di dalam hukum perjanjian internasional, khususnya dalam hukum tentang tanggung jawab negara. Dengan mengandalkan ide-ide yang erat kaitannya dengan *jus cogens*, Komisi Hukum Internasional atau *International Law Commission* (ILC) mengusulkan gagasan tentang kejahatan internasional sebagai akibat pelanggaran terhadap kewajiban internasional oleh suatu negara, ”penting untuk melindungi kepentingan dasar dari masyarakat internasional.”¹⁷⁹

Terkait dengan hal ini, ILC juga menyatakan bahwa : “...*that no state shall recognise as lawful a 'serious breach' of a peremptory norm. Reservations that offended a rule of jus cogens may well be unlawful, while it has been suggested that state conduct violating a rule of jus cogens may not attract a claim of state immunity.*”¹⁸⁰

Pasal tersebut secara tegas menyatakan bahwa tidak ada pembenaran sama sekali terhadap pelanggaran norma *jus cogens*. Norma *jus cogens* juga tidak dapat direservasi dalam keadaan apapun dan negara-negara yang melanggar ketentuan tersebut tidak dapat berlindung dibalik prinsip kekebalan Negara.¹⁸¹ Walaupun pengakuan oleh masyarakat internasional terhadap *jus cogens* secara *de jure* telah jelas, namun secara *de facto*, hal tersebut tetap tidak dapat menghilangkan sejumlah kontroversi menyangkut bagaimana menentukan, merumuskan atau mengidentifikasi suatu norma sehingga dapat dianggap memiliki sifat *jus cogens*.

¹⁷⁷ Article 1 of the Geneva Conventions

¹⁷⁸ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edn, Manchester, 1984, hlm.203; Antonio Cassese, *International Law*, Oxford, 2001, hlm.138; Lihat juga article 26 of the ILC's Articles on State Responsibility, 2001

¹⁷⁹ Draft Articles on State Responsibility, Art. 19, Yearbook of the ILC (1976 II) 73

¹⁸⁰ Draft Article on State Responsibility for International Wrongful Act 2001, pasal 41 ayat (2); Malcolm Shaw, hlm.118-119

¹⁸¹ William Schabas, *War Crimes and Human Rights : Essays on the Death Penalty, Justice, and Accountability*, Cameron May, London, 2008, hlm.900

Adapun fungsi dari *jus cogens* dalam wilayah hukum perjanjian internasional adalah :

*“to prevent violations of the substantive provisions of norms having a peremptory character through the legal weapon of invalidity. In other words, as all other rules of law, a jus cogens norm contains first of all a substantive provision intended to regulate a particular conduct of the subjects of the legal system within which it is purported to function.”*¹⁸²

Artinya bahwa *jus cogens* ini berfungsi untuk mencegah adanya pelanggaran terhadap ketentuan substantif dari norma-norma yang memiliki karakter mendasar, melalui ketidakabsahan hukum. Dengan kata lain, seperti halnya dengan aturan hukum lainnya, norma *jus cogens* mengandung ketentuan substantive yang dimaksudkan untuk mengatur perilaku tertentu dari subyek dalam system hukum sesuai dengan fungsinya. Itulah sebabnya norma *jus cogens* bersifat memaksa, dan bukan deklaratif.¹⁸³ Tidak seperti dalam hukum kebiasaan internasional yang mengenal istilah “*persisten objector*”, *jus cogens* bersifat memaksa terhadap setiap negara, tanpa perlu ada persetujuan dari negara tersebut. Kata-kata “*as a whole*” digunakan untuk menghindari situasi dimana satu negara boleh menggunakan hak veto sebuah norma menjadi *jus cogens*. Kalaupun ada negara yang menolak, hal tersebut tidak akan mempengaruhi pengakuan dan sifat norma tersebut sebagai *jus cogens*.

2.4 Kriteria untuk Mengidentifikasi *Jus Cogens*

Seperti yang telah kita bahas diatas, bahwa komunitas internasional, yang tidak mempunyai badan legislatif pusat seperti halnya negara, belum mampu menetapkan kriteria-kriteria yang dapat mengidentifikasi norma *peremptory*, agar dapat berlaku dan terikat kepada semua negara di dunia tanpa terkecuali. Banyak kesulitan untuk menjawab seputar haruskah fungsi identifikasi ini dilaksanakan hanya melalui instrumen konvensi atau perjanjian multilateral yang membentuk hukum, ataukah norma *jus cogens* berkembang melalui proses yang sama dengan

¹⁸² Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Laws of Treaties*, North-Holland Pub. Co., 1976, hlm.206

¹⁸³ Ineta Ziemele, *Baltic Yearbook of International Law*, Martinus Nijhoff Publisher, Volume 3, 2003, hlm.24

kaidah-kaidah hukum kebiasaan internasional.¹⁸⁴ Prosedur normatif untuk menciptakan prinsip fundamental tersebut, dan cara agar negara-negara mau terikat secara hukum terhadap prinsip tersebut tentu masih menjadi sebuah tantangan bagi masyarakat internasional saat ini.¹⁸⁵ Karena pada dasarnya, jangan sampai ketiadaan prosedur yang jelas terkait cara mengidentifikasi kriteria *jus cogens* ini malah akan membahayakan berlakunya hukum internasional yang dapat berakibat pada munculnya konflik yang didasarkan pada kepentingan politik negara-negara di dunia. Untuk itu dibutuhkan sebuah kerangka analisis dengan kriteria formal maupun substantif yang penting beserta kondisi-kondisi yang tepat agar mampu mengidentifikasi norma ini.

Kriteria untuk menentukan *jus cogens* memang akan terus berkembang dengan seiringnya waktu, doktrin yang muncul dan juga ketaatan negara. Untuk menentukan kriteria norma *peremptory*, harus dilakukan dengan melihat aspek formal, yaitu sebuah kondisi yang membentuk norma tersebut, dan aspek substantif, dimana norma tersebut memiliki substansi yang memaksa.

Ada tujuh kriteria dari segi formal untuk menentukan norma *peremptory*, yang menurut Lon Fuller, merupakan seperangkat "*desiderata*" yang harus dimiliki oleh norma hukum, terlepas dari tujuan substantif yang dimilikinya.¹⁸⁶

1. Pertama, norma *peremptory* harus mewujudkan prinsip-prinsip umum dan universal,¹⁸⁷ dan bukan norma-norma *ad hoc*.
2. Kedua, norma *peremptory* harus bersifat publik,¹⁸⁸ agar negara-negara sebagai perwakilan dari rakyatnya, dapat mengetahui dan menyesuaikan kebijakan dan tindakan mereka sesuai dengan norma tersebut.

¹⁸⁴ J.G Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, Edisi kesepuluh, Jakarta, Sinar Grafika, 1995, hlm.67

¹⁸⁵ Gennady Danilenko, *International Jus Cogens : Issues of Law Making*, European Journal of International Law, Vol.II, No.1, 1991, hlm.2

¹⁸⁶ Lon Fuller, *The Morality of Law*, rev. edn (New Haven: Yale UP, 1969) di dalam Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *A Fiduciary Theory of Jus Cogens*, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 34, 2009, hlm.361-362

¹⁸⁷ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1973, hlm.126; Lihat juga Ulf Linderfalk, *The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?*, *The European Journal of International Law* Vol. 18 no.5, EJIL 2008, hlm.860

¹⁸⁸ Merlin Magallona, *The Concept of Jus Cogens in the Vienna Convention on the Law of the Treaties*, *Phillippine Law Journal*, Vol.51, 1976, hlm.521

3. Ketiga, norma *jus cogens* harus layak dilakukuan, dalam arti norma ini bukan merupakan norma yang mustahil untuk dilakukan. Misalnya, negara yang sangat miskin, dimana kemiskinan mengakar dimana-mana, tidak dapat diharapkan untuk menghapus atau memperbaiki kondisi tersebut secara kilat. Namun, negara yang mengizinkan pelaksanaan perbudakan, dapat diminta untuk segera menghapuskan kebijakan tersebut.
4. Keempat, subyek atau tujuan dari norma tersebut harus jelas dan tegas, oleh karena tujuannya untuk memberikan kriteria keadilan yang bersifat publik yang mampu untuk membimbing atau membatasi tindakan negara. Larangan perbudakan, contohnya, merupakan norma yang jelas dan tegas, sementara larangan eksploitasi kurang jelas.¹⁸⁹
5. Kelima, norma *peremptory* sebaiknya konsisten,¹⁹⁰ baik secara internal maupun secara lebih luas terhadap norma *jus cogens*. Norma *peremptory* yang tidak konsisten, atau yang saling bertentangan satu sama lain, memberikan ketidakjelasan dan bahkan tidak memberikan bimbingan apa-apa kepada negara untuk menjamin tuntutan hukum atas rakyatnya.
6. Keenam, norma *jus cogens* sebaiknya bersifat prospektif daripada retroaktif, karena negara-negara tidak dapat memutar kembali waktu dan membawa tindakan mereka kembali agar sesuai dengan norma yang ada. Hal ini tidak mengesampingkan munculnya norma *peremptory* yang membutuhkan perbaikan karena kesalahan di masa lampau, karena norma tersebut masih akan berlaku terhadap negara secara prospektif, yang dapat memberikan sanksi-sanksi tertentu di kemudian hari.
7. Dan terakhir, seperangkat norma *peremptory* sebaiknya tetap bertahan secara stabil (relatif) selama periode waktu tertentu agar negara-negara dapat merencanakan tindakannya dan mengimplementasikan kebijakan-kebijakannya berdasarkan kerangka hukum internasional yang stabil.¹⁹¹

¹⁸⁹ Lon Fuller, *opcit*, hlm.64

¹⁹⁰ Antonio Cassese and Joseph Weiler, *Change and Stability in International Law Making*, de Gruyter, 1988, hlm.112

¹⁹¹ Joost Pauwelyn, *Conflict of Norm in Public International Law, How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, hlm.106

Singkat kata, kriteria formal memastikan bahwa norma *peremptory* merupakan sebuah prinsip umum yang memiliki sifat publik, layak, jelas, konsisten, prospektif dan stabil, yang dapat digunakan oleh negara-negara untuk mengatur dan merepresentasikan rakyatnya. Norma yang bertentangan dengan prinsip-prinsip ini dapat mengganggu tindakan yang hendak dilakukan oleh sebuah negara atau bahkan menggagalkan tindakan tersebut, yang berdampak pada tidak adanya justifikasi atas tindakan tersebut.

Dengan adanya kriteria formal untuk menentukan norma *jus cogens*, tidak berarti kriteria tersebut cukup. Ada norma-norma yang memiliki kriteria formal tersebut tetapi tidak bisa (atau belum bisa) disebut sebagai norma *peremptory*. Kriteria ini lebih merupakan aspirasi moral daripada kewajiban hukum yang tegas. Untuk itu dibutuhkan kriteria dari aspek lain untuk melengkapi konsep ini, yaitu kriteria substantif.

Terdapat lima kriteria substantif, dimana kriteria ini berhubungan dengan struktur maupun isi, yaitu :¹⁹²

1. Pertama, adalah *integrity*, dimana *jus cogens* merupakan prinsip integritas. Artinya bahwa norma *peremptory* harus memiliki tujuan yang mendatangkan kebaikan untuk masyarakat.
2. Kriteria kedua yang harus dimiliki oleh norma *peremptory* adalah "*principle of formal moral equality*",¹⁹³ yang berarti bahwa norma tersebut memperlakukan orang sebagai moral yang setara. Prinsip ini menekankan "*fairness*" atau keadilan diantara para individu ketika negara bertindak.
3. Ketiga adalah "*principle of solicitude*",¹⁹⁴ yaitu bahwa norma *peremptory* harus memperhatikan kepentingan subyek hukum yang sah.

Bila kita perhatikan, kriteria substantif bersama dengan kriteria formal sangat terkait dengan sebagian besar HAM. Hak-hak sipil dan politik, ekonomi, sosial maupun hak budaya memang cocok dimasukkan ke dalam kerangka

¹⁹² Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale UP, 1969 di dalam Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *A Fiduciary Theory of Jus Cogens*, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 34, 2009, hlm.361-363

¹⁹³ Ken Coghill, Charles Stamphord, Tim Smith, *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust*, Ashgate Publishing Limited, 2012, hlm.258

¹⁹⁴ Ibid

analitikal ini. Kebebasan berekspresi dan hak untuk bekerja, misalnya, sesuai dengan kriteria formal, memiliki tujuan yang baik dan konsisten dengan prinsip kesetaraan moral. Sehingga terlihat bahwa sangat susah untuk membedakan atau memisahkan norma *jus cogens* dari HAM pada umumnya, karena terlihat bahwa kriteria tersebut lebih condong kepada HAM umum dan bukan norma-norma *peremptory* secara khusus. Masalahnya sekarang adalah kriteria formal maupun substantif tidak memberikan dasar yang sempurna untuk memisahkan norma *peremptory* dengan norma yang bukan *peremptory*.¹⁹⁵

Bila para ahli berdiskusi tentang *jus cogens*, maksud mereka adalah norma yang bersifat memaksa dan tidak dapat dikesampingkan atau "non-derogable" terlepas adanya persetujuan negara atau tidak.¹⁹⁶ Untuk itu tidak semua HAM dapat dikategorikan sebagai norma memaksa. Contohnya adalah larangan untuk berpidato tentang kebencian, yang menurut beberapa pihak membatasi kebebasan untuk berekspresi. Contoh lain misalnya adalah kebebasan untuk berasosiasi. Tentu kebebasan ini tidak dimaksudkan untuk berasosiasi untuk tujuan konspirasi melakukan tindak pidana. Atau hak untuk mendapatkan privasi. Hak ini tidak dapat dijamin bila ada ada kemungkinan atau dasar-dasar yang jelas bahwa individu tersebut telah melakukan suatu kejahatan.¹⁹⁷

Yang ingin disampaikan disini adalah bahwa kebebasan berekspresi, kebebasan berasosiasi, maupun hak untuk mendapatkan privasi merupakan sebuah norma yang bersifat *mandatory* atau memaksa.¹⁹⁸ Namun ketiga norma tersebut tidak berhubungan secara langsung dengan kepentingan masyarakat yang luas dan dapat dibatasi berdasarkan kepentingan publik. Dan ketiga kriteria substantif di atas berasal dari karakter umum dari kekuasaan negara dan kewajiban umum terhadap rakyat, padahal kriteria substantif ini seharusnya lebih berisi tentang kewajiban negara untuk menjamin dan memastikan tatanan hukum. Untuk itulah diperlukan kriteria yang keempat dan kelima.

¹⁹⁵ Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *opcit*, hlm.364

¹⁹⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties art. 53

¹⁹⁷ Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *opcit*, hlm.364

¹⁹⁸ International Covenant on Civil and Political Rights art. 4, Dec. 16, 1966, S. EXEC. DOC. E, 95-2 (1978), 999 U.N.T.S. 171, 174, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 15, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, 233-34

4. Kriteria substantif keempat terkait *jus cogens* adalah ”*principle of fundamental equal security*” yang merupakan norma yang tidak dapat dikecualikan dan penting untuk kesetaraan keamanan yang fundamental dari individu. Negara tidak dapat menyimpang dari norma yang digunakan untuk mencapai tatanan hukum yang aman tersebut. Prinsip inilah yang dapat memberikan kita gambaran terkait perbedaan antara norma yang *derogable* dan *non derogable*.
5. Kelima adalah *rule of law*. Penghormatan terhadap norma tersebut tidak dapat dihapuskan dari kemampuan negara untuk melakukan tindakan-tindakan yang menjamin atau mengamankan legalitas demi kepentingan bersama. Artinya bahwa bahwa semua tindakan negara harus memiliki dasar hukum, baik dari Undang-undang, pengadilan, putusan hakim yang adil dan dapat dihukum bila perbuatan tersebut telah diatur sebelumnya.¹⁹⁹

Tabel 2.1 : Kriteria untuk Mengidentifikasi Norma *Jus Cogens*

No.	Specific Jus Cogens Criteria	Character	Constitutive Property
1.	Generality	Formal	Necessary
2.	Publicity	Formal	Necessary
3.	Feasibility	Formal	Necessary
4.	Clarity	Formal	Necessary
5.	Consistency	Formal	Necessary
6.	Prospectivity	Formal	Necessary
7.	Stability	Formal	Necessary
8.	Integrity	Substantive	Necessary
9.	Formal moral equality	Substantive	Necessary
10.	Solicitude	Substantive	Necessary
11.	Fundamental equal security	Substantive	Sufficient
12.	Rule of Law	Substantive	Sufficient

Sumber : Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale UP, 1969

¹⁹⁹ Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *opcit*, hlm.367

Dewasa ini tampaknya telah diterima secara umum berbagai norma yang memiliki derajat *jus cogens* yang meliputi : norma-norma fundamental mengenai pemeliharaan perdamaian, seperti larangan penggunaan kekuatan bersenjata atau *use of force*, norma-norma fundamental dari suatu kodrat kemanusiaan seperti larangan genosida, larangan penyiksaan, perbudakan, diskriminasi rasial, pembersihan etnik atau *ethnic cleansing*, hak untuk menentukan nasib sendiri atau *self-determination*, perlindungan hak-hak asasi manusia pada masa perang dan damai, norma yang melarang setiap pelanggaran terhadap kemerdekaan dan persamaan kedaulatan negara-negara, dan bahkan ada yang berpendapat bahwa norma-norma yang menjamin semua anggota masyarakat internasional untuk menikmati sumber daya alam bersama, laut lepas, ruang angkasa, dll.²⁰⁰

Keterangan diatas menunjukkan bahwa di tengah-tengah kesulitan mengidentifikasi kriteria untuk menentukan norma-norma yang bersifat *jus cogens*, dalam kenyataannya masyarakat internasional telah menentukannya sesuai dengan taraf perkembangan dan kebutuhan akan norma tersebut dalam hubungan hukum masyarakat internasional.²⁰¹ Tanpa mengabaikan berbagai persoalan dan kontroversi yang muncul berkaitan dengan *jus cogens*, baik secara konsep dan kriteria, menurut Jorgensen, dapatlah dikatakan bahwa eksistensi dari norma *jus cogens* dalam hukum internasional publik telah diterima dan diakui. Hal tersebut terlihat di dalam praktek negara (*state practice*), hukum perjanjian yang telah terkodifikasi (*by codified treaty law*), pengadilan nasional dan internasional (*international and national tribunals*), dan oleh teori hukum (*legal theory*).²⁰²

Untuk itu, dapat disimpulkan dari berbagai kriteria yang telah diberikan oleh sejumlah ahli dalam menentukan sebuah norma sebagai *jus cogens*, hendaknya melihat empat hal berikut yaitu :²⁰³

²⁰⁰ J.G Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, Edisi kesepuluh, Jakarta, Sinar Grafika, 1995, hlm.68

²⁰¹ G.J.H Van hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, diterjemahkan oleh Hata dalam Pemikiran Kembali Sumber-sumber Hukum Internasional, Bandung, Alumni, 2000, hlm.318 di dalam Andrey Sujatmoko, *Jus Cogens dan Kaitannya dengan Beberapa Perjanjian Internasional*, hlm.9

²⁰² Nina Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crime*, New York, Oxford University Press, 2000, hlm.89 di dalam Andrey Sujatmoko, Ibid, hlm.9

²⁰³ M. Cherif Bassiouni, *International Crimes : Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Law and Contemporary Problems, Vol.59 No.4, 1996, hlm.68

- a. Pengakuan internasional atau yang biasa disebut sebagai *opinio juris* yang menerima dan mengakui sebuah norma sebagai norma yang berlaku umum dan universal; dalam arti bahwa tidak ada negara secara individual memiliki hak untuk menggunakan hak veto norma *jus cogens*.²⁰⁴
- b. Bahasa di dalam sejumlah konvensi atau perjanjian internasional, baik di dalam preambuli maupun pasal-pasal, yang mengindikasikan norma tersebut kedudukannya "lebih tinggi" dibandingkan dengan norma lain,
- c. Mayoritas (jumlah) negara yang telah meratifikasi perjanjian tentang norma *jus cogens* tersebut;
- d. Analisis serta putusan-putusan badan atau peradilan internasional terkait norma tersebut.

Tentu seluruh kriteria yang diberikan oleh masing-masing ahli membutuhkan penjelasan dan analisis yang lebih mendalam, melebihi apa yang telah dijelaskan dan analisis di dalam penelitian ini, karena bisa saja dikemudian hari muncul kriteria-kriteria baru yang bahkan bisa jauh berbeda dari kriteria-kriteria yang telah diberikan di atas. Hal tersebut tentu dapat terjadi karena sifat hukum internasional yang terus berkembang atau dinamis.

²⁰⁴ Ian Sinclair, *opcit*, hlm.127

BAB III

PRINSIP PERLINDUNGAN TERHADAP HAK ASASI MANUSIA

SEBAGAI *JUS COGENS* DALAM HUKUM INTERNASIONAL

MERUPAKAN PEMBATAHAN TERHADAP KEDAULATAN NEGARA

3.1 Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia sebagai *Jus Cogens*

“Human rights are internationally agreed values, standards or rules regulating the conduct of states towards their own citizens and towards non-citizens.” (Peter R. Baehr, 2001)

Berakhirnya Perang Dunia II merupakan suatu momentum penting bagi perkembangan HAM secara internasional. Pembentukan PBB beserta prinsip-prinsip di dalam Piagamnya, bersama dengan proses dekolonisasi, telah membuat HAM sebagai salah satu prinsip utama dan fundamental dalam hukum internasional, dimana nilai yang dikandungnya tidak dapat diabaikan begitu saja, dan harus diutamakan dalam hubungan antarnegara.²⁰⁵

Indikasinya dapat terlihat dengan lahirnya sejumlah ketentuan hukum baik yang berupa *hard law* maupun *soft law*, seperti *Universal Declaration of Human Rights* 1948, *International Covenant on Civil and Political Rights* 1966, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* 1966, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* 1948, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* 1965, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* 1979. Semua ketentuan hukum tersebut terbukti memiliki pengaruh yang signifikan terhadap perkembangan perlindungan HAM maupun pembentukan mekanisme penegakannya secara internasional.

The Vienna Declaration and Programme of Action, yang diadopsi oleh Konferensi Dunia tentang HAM pada tahun 1993, merefleksikan ada perubahan penting pasca perang dingin menuju kepada sebuah ide bahwa setiap HAM itu bersifat universal, tidak dapat dipisahkan, saling ketergantungan, saling terkait.²⁰⁶ Dokumen ini menegaskan kembali komitmen yang terkandung di dalam Pasal 55

²⁰⁵ Stefan Krichner, *The Human Rights Dimensions of International Peace and Security : Humanitarian Intervention after 9/11*, 2004, hlm.1

²⁰⁶ Wina Declaration and Programme of Action, 1993, pasal 5

dan 56 Piagam PBB untuk mencapai tujuan Piagam dengan menghormati HAM. Meskipun sifatnya deklaratif, sehingga tidak mengikat secara hukum, namun deklarasi tersebut merefleksikan sebuah tendensi yang terus berkembang hingga dua abad mendatang. Secara khusus, paragraf tersebut menyatakan :

IV The promotion and protection of all human rights and fundamental freedoms must be considered as a priority objective of the United Nations in accordance with its purposes and principles, in particular the purpose of international cooperation. In the framework of these purposes and principles, the promotion and protection of all human rights is a legitimate concern of the international community. The organs and specialized agencies related to human rights should therefore further enhance the coordination of their activities based on the consistent and objective application of international human rights instruments.

V All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms.

Dari identifikasi sejumlah kesepakatan dan perjanjian internasional di atas, terlihat bahwa HAM memang merupakan salah satu isu penting dan universal sehingga perlindungan terhadap hak-hak tersebut harus diutamakan dalam hubungan antarnegara. Pertanyaan selanjutnya adalah apakah perlindungan terhadap HAM tersebut dapat dikategorikan sebagai norma *jus cogens*?

Berdasarkan kriteria yang telah di bahas sebelumnya, untuk menentukan apakah perlindungan terhadap hak asasi manusia merupakan norma *jus cogens*, maka analisis berikut dilakukan berdasarkan pengakuan internasional atau *opinio juris*, bahasa di dalam sejumlah konvensi atau perjanjian internasional, baik di dalam preambull maupun pasal-pasal, yang mengindikasikan norma tersebut kedudukannya "lebih tinggi" dibandingkan dengan norma lain, mayoritas negara yang telah meratifikasi perjanjian tentang norma *jus cogens* tersebut, dan juga analisis serta putusan badan atau peradilan internasional terkait norma tersebut.²⁰⁷

²⁰⁷ M. Cherif Bassiouni, *International Crimes : Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Law and Contemporary Problems, Vol.59 No.4, 1996, hlm.68

3.1.1 Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia sebagai *Jus Cogens* berdasarkan Konvensi atau Perjanjian Internasional

Meskipun bukan merupakan suatu kewajiban bahwa setiap negara secara eksplisit mengakui norma tertentu sebagai *jus cogens*, namun tetap harus ada cara empiris untuk menentukan keberadaan norma ini. Banyak konvensi atau perjanjian multilateral yang mengandung norma yang bersifat ”*peremptory*” dan ”*non-derogable*”. Konvensi tersebut biasanya menetapkan sebuah badan peradilan yang nantinya dapat menginterpretasi lebih lanjut norma tersebut, sehingga membuat isu *jus cogens* ini relatif lebih mudah untuk ditentukan,²⁰⁸ seperti ICJ.²⁰⁹

Konvensi atau perjanjian internasional dapat dinyatakan mengandung norma-norma *jus cogens* karena dua alasan. Pertama adalah konvensi yang tidak mengizinkan adanya modifikasi oleh para pihaknya, terutama terhadap kewajiban yang disepakati. Kedua bahwa norma yang terkandung di dalam konvensi tersebut telah di terima dan diakui secara universal, tanpa harus diratifikasinya konvensi tersebut.²¹⁰ Meskipun demikian jumlah negara yang telah meratifikasi sebuah perjanjian tentang norma *jus cogens* adalah elemen penting. Beberapa konvensi tersebut adalah sebagai berikut.

Yang pertama adalah ketentuan mengenai larangan melakukan genosida yang diatur di dalam *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Konsep *genocide* telah diterima di dalam Pasal 6 (c) Piagam Nuremberg, dan kata *genocide* pertama kali digunakan di dalam dakwaan tanggal 8 Oktober 1945, terhadap seorang tentara Jerman berpangkat sersan selaku penjahat perang yang dituduh melakukan *genocide* dengan sengaja dan sistematis (*deliberate and systematic genocide*). Kejahatan genosida dideskripsikan sebagai ”*crimes of crimes*.”²¹¹

²⁰⁸ Predrag Zenovic, *Human rights enforcement via peremptory norms – a Challenge to State Sovereignty*, RGLS Research Papers, No.6, 2012, hlm.33

²⁰⁹ Vincent Chetail, *The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law*, IRRC, Vol.85, 2003, hlm.238

²¹⁰ Kamrul Hossain, *opcit*, hlm.77 (Professor Michale Byers of the Duke University Law School)

²¹¹ Prosecutor v. Kambanda (Case No.ICTR-97-23-S), Judgment and Sentence, 4 Sept. 1998 at para.16; Prosecutor v. Serashugo (Case No.ICTR-98-39-S), Sentence, 2 Feb. 1999 at para.15 di dalam Michelle Knorr, *The International Crime of Genocide: Obligations Jus Cogens and Erga Omnes, and their Impact on Universal Jurisdiction*, hlm.32

Berdasarkan pasal pertama konvensi tersebut dinyatakan bahwa genosida yang dilakukan baik pada waktu perang maupun damai adalah kejahatan berdasarkan hukum internasional yang harus dicegah dan di tindak, sebagaimana di atur sebagai berikut : *"The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and punish."* Adapun yang dimaksud dengan genosida menurut ketentuan Pasal 2 konvensi tersebut adalah tindakan-tindakan yang dimaksudkan untuk menghancurkan, sebagian atau seluruhnya, suatu bangsa, etnis, ras atau kelompok-kelompok agama.

Bila diperhatikan, di dalam Konvensi Genosida tersebut para pihak disebut dengan istilah *contracting parties*, sehingga dapat diinterpretasi bahwa definisi dan juga kewajiban untuk mencegah praktek genosida hanya berlaku terbatas pada para pihak konvensi saja, yaitu negara-negara yang telah meratifikasinya. Hal ini mungkin terdengar kontradiktif karena sesuai pembahasan di atas bahwa norma *jus cogens* terikat semua negara, meskipun tanpa persetujuan negara. Namun, bila kita lihat pada preambule konvensi tersebut, disebutkan bahwa genosida merupakan kejahatan di bawah hukum internasional dan bertentangan dengan spirit dan tujuan dari PBB dan dikutuk oleh *"civilized world"*, dan diperlukan kerjasama internasional untuk memberantasnya.²¹² Sehingga larangan genosida dapat dikatakan memiliki sifat *peremptory*, yang prinsipnya diakui oleh negara-negara beradab meskipun tanpa kewajiban secara konvensional, karena sifatnya yang *"shocks the conscience of mankind."*²¹³ Bahkan Statuta Roma menyebut genosida *"as one of 'the most serious crimes of concern to the international community as a whole'"*.²¹⁴ Statute Roma juga telah diratifikasi oleh 121 negara.²¹⁵

²¹² Preamble of Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948

²¹³ Rafael, *opcit*, hlm.27; Lihat juga Francisco Forrest Martin, Richard J. Wilson, *The Rights International Companion to Criminal Law & Procedure: an International Human Rights and Humanitarian Law Supplement*, Kluwer Law International, 1999, hlm.342

²¹⁴ Article 5 Rome Statute of the International Criminal Court, 1998

²¹⁵ http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en

Bila kita melihat ciri *jus cogens* oleh Verdross,²¹⁶ pencegahan atau larangan genosida tersebut menyangkut kepentingan bersama masyarakat internasional secara keseluruhan, dibentuk demi tujuan-tujuan kemanusiaan, dan ditempatkan oleh Piagam PBB untuk melawan perjanjian-perjanjian atau penggunaan kekerasan dalam hubungan internasional.

Selain itu, bila kita dasarkan analisis pada tujuh kriteria formal dan lima kriteria substantive yang ditawarkan oleh Lon Fuller,²¹⁷ maka prinsip larangan genosida ini juga dapat dikatakan sebuah norma *jus cogens*. Larangan genosida merupakan norma *peremptory* karena merupakan prinsip umum dan universal, dan bersifat publik. Pencegahan genosida juga bukan merupakan norma yang mustahil atau tidak mungkin untuk dilakukan. Tentu dalam hal ini keinginan serta kemampuan dari negara sangat diperlukan. Selain itu, subyek atau tujuan dari norma genosida tersebut jelas dan tegas, yaitu untuk mencegah dan menindak para pelaku kejahatan genosida. Norma ini juga tidak menentang hukum lainnya dan tidak ada negara yang menentang larangan tersebut. Berkaitan dengan hal ini, dapat dikatakan bahwa mayoritas negara-negara di dunia telah menerima dan mengakui konvensi ini, terbukti bahwa 140 negara merupakan peserta dari konvensi ini.²¹⁸ Banyak statuta internasional juga mengatur larangan genosida ini.²¹⁹ Hal ini membuktikan bahwa mayoritas negara telah mengikatkan diri terhadap norma dalam konvensi ini.

Sedangkan kriteria substantif, yang mengedepankan moral, bertujuan untuk kebaikan masyarakat serta memperhatikan kepentingan subyek hukum yang sah juga dimiliki oleh konvensi ini. Meskipun konvensi genosida menyebutkan adanya yurisdiksi teritorial, namun hukum kebiasaan internasional juga telah

²¹⁶ Verdross, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, AJIL, 1996, Vol.60, hlm. 217 di dalam *International Law in the Post Cold War World*, Routledge Studies of International Law, 2001, hlm.503

²¹⁷ Lon Fuller, *The Morality of Law*, rev. edn (New Haven: Yale UP, 1969) di dalam Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *A Fiduciary Theory of Jus Cogens*, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 34, 2009, hlm.361-362

²¹⁸ http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en

²¹⁹ Article 2, ICTY Statute 1993, U.N.Doc. S/RES/827; 18 Article 2, ICTR Statute 1994, U.N.Doc. S/RES/955; Articles 5 & 6, Rome Statute of the ICC 1998 (hereinafter Rome Statute), U.N.Doc.A/CONF.183/9

menentukan bahwa terhadap kejahatan *genocide* berlaku yurisdiksi universal.²²⁰ Pemberlakuannya pun tidak ditentang oleh negara lain.²²¹ Hal tersebut mengindikasikan bahwa semua negara, tanpa terkecuali memiliki kepentingan terhadap pencegahan dan penghukuman kejahatan genosida tersebut. Berdasarkan analisis di atas dapat disimpulkan bahwa *genocide* merupakan norma *jus cogens*.

Yang kedua adalah larangan melakukan penyiksaan (*torture*) yang pertama kali di diatur dalam Pasal 5 UDHR, yang menyebutkan bahwa : “*No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.*” Prinsip-prinsip di dalam UDHR merupakan hukum kebiasaan internasional.²²² Pengaturan larangan penyiksaan tersebut kembali diatur di dalam ICCPR,²²³ yang secara eksplisit pada Pasal 4 ayat (2) menyatakan pasal-pasal yang tidak boleh dilanggar (*no-derogation*) dimana salah satunya adalah pasal tentang larangan melakukan *torture*.²²⁴ Negara tidak dapat membebaskan diri sepanjang menyatakan dirinya sebagai anggota dari masyarakat internasional.²²⁵

Dalam instrumen hukum HAM internasional, penyiksaan pada saat ini secara khusus telah diatur dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat Manusia 1984.²²⁶ Sebuah konvensi dapat saja melahirkan norma *jus cogens*, dimana di dalam konvensi tersebut diatas, larangan terhadap penyiksaan merupakan norma *jus cogens*.²²⁷ Karena itu di dalam rezim hukum HAM

²²⁰ Mitsue Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law, Expansion of National, Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes Under International Law*, Intercentia, 2005, hlm.150-155; Lihat juga Prosecutor v. Ntuyahaga (Case No. ICTR-90-40-T), Decision on the Prosecutor’s Motion to Withdraw the Indictment, 18 March 1999 di dalam William Schabas, *Genocide in International Law : The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press, 2000, hlm.365

²²¹ W. Schabas, *Genocide in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), pp.4-5 di dalam Michelle Knorr, *The International Crime of Genocide: Obligations Jus Cogens and Erga Omnes, and their Impact on Universal Jurisdiction*, hlm.38

²²² Steven Perkins, International Human Rights Law and Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice, *Contemporary Practice of Public International Law*, Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1997; Lihat juga Mashood Baderin, Manisuli Ssenyonjo, *International Human Rights Law, Six Decades After the UDHR and Beyond*, Ashgate Publishing, 2010, hlm.542

²²³ International Covenant on Civil and Political Rights 1966

²²⁴ Ibid, pasal 7

²²⁵ Ibid, pasal 5 ayat (2)

²²⁶ Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984, pasal 2 ayat (2)

²²⁷ United Nations, Committee Against Torture, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, CAT/C/GC/2, 24 January 2008, General

internasional (*international human rights law*), hak untuk tidak disiksa memiliki kategori sebagai hak yang tidak boleh dilanggar (*non-derogable rights*) dalam situasi apapun. Tidak ada keadaan pengecualian apapun, baik keadaan perang atau ancaman perang, ketidakstabilan politik dalam negeri ataupun keadaan darurat, yang dapat digunakan sebagai pembenaran untuk penyiksaan”. Hal ini dinyatakan secara eksplisit di dalam Pasal 2 ayat (2): *”No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as justification of torture.”*

Hal tersebut diperkuat dengan jumlah negara sebanyak 150 negara merupakan peserta dari konvensi ini.²²⁸ Di samping itu, pada saat ini penyiksaan atau *torture* merupakan salah satu kejahatan yang tunduk pada yurisdiksi hukum internasional, sehingga penyelesaiannya dapat berlaku yurisdiksi universal (*universal jurisdiction*).²²⁹ Hal tersebut mengindikasikan bahwa larangan penyiksaan bukan lagi hanya merupakan urusan internal atau domestic satu negara saja, melainkan semua negara, tanpa terkecuali memiliki kepentingan terhadap norma larangan penyiksaan tersebut.

Konvensi berikutnya adalah *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* 1965. Pada preambul disebutkan bahwa :

“.....necessity of speedily eliminating racial discrimination throughout the world in all its forms and manifestations.... that there is no justification for racial discrimination, in theory or in practice, anywhere,..... adopt all necessary measures for speedily eliminating racial discrimination in all its forms and manifestations, and to prevent and combat racist doctrines and practices in order to promote understanding between races and to build an international community free from all forms of racial segregation and racial discrimination.”

Comment No.2; Lihat juga *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 714 (9th Cir. 1992); *Regina v. Bow Street Metro. Stipendiary Magistrate Ex Parte Pinochet Ugarte* (No. 3), [2000] 1 AC 147, 198; Lihat juga *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* 702(d) (“torture or other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment”) reporters' note 5 di dalam *White Paper on the Law of Torture and Holding Accountable Those Who are Complicit in Approving Torture of Persons in US Custody*, National Lawyers Guild International Association of Democratic Lawyers

²²⁸http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en

²²⁹ Manfred Nowak, and Elizabeth McArthur, *The United Nations Convention Against Torture. A Commentary*. New York City: Oxford University Press, 2008; Otto Triffterer. (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*. Portland: Hart Publishing Ltd, 2006 di dalam *Venues to Combat Impunity of Perpetrators of International Crimes*, Global Law Books

Prinsip larangan diskriminasi ras telah diakui sebagai hukum kebiasaan internasional.²³⁰ Bahkan, prinsip tersebut juga telah diakui sebagai norma *jus cogens*,²³¹ karena memiliki nilai universal dan berlaku untuk komunitas internasional, yang dapat dilihat pada bagian preambuli di atas. Saat ini sebanyak 175 negara merupakan peserta dari konvensi tersebut.²³²

Bila melihat konvensi-konvensi di atas, serta konvensi lainnya tentang HAM, ide dan bentuk dari perjanjian multilateral, terutama yang mengatur tentang HAM, telah berubah secara signifikan. Di dalam tatanan hukum internasional saat ini, proses "law making" dari sebuah perjanjian multilateral *is legislative in objective* dan hanya bersifat kontraktual dalam metodenya saja. Itulah bagaimana norma-norma *non-derogable* yang berasal dari perjanjian yang hampir diterima secara universal, baik diadopsi oleh mayoritas negara, telah menjadi norma *jus cogens*. Hal itulah yang terjadi pada prinsip larangan genosida,²³³ dan larangan penyiksaan,²³⁴ yang didasarkan pada sejumlah perjanjian internasional dan resolusi Majelis umum terkait dekolonisasi.²³⁵ Berbeda dengan hukum kebiasaan internasional yang memperbolehkan suatu negara untuk menolak aturan tersebut (*persistent objector*), *jus cogens* memaksa negara penolak tersebut untuk taat.²³⁶ Itulah sebabnya ada yang menyebut bahwa *opinio juris* yang berlaku pada hukum kebiasaan internasional, harus berlaku juga pada *jus cogens*, tetapi bersifat "double *opinio juris*."²³⁷

²³⁰ McKean, W., *Equality and Discrimination under International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983, hlm.271-277 di dalam *The fight against racism: Principles of non-discrimination and equality*, Australian Human Rights Commission, 2000

²³¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd edition, Clarendon Press, Oxford, 1979, hlm.596-598

²³² http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en

²³³ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948, pasal 1

²³⁴ Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or Punishment 1984, pasal 2 dan 3

²³⁵ F. Martin, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, New York, 2006., hlm.35

²³⁶ Human Rights Committee, International Law Association (British Branch), Report on Civil Actions in the English Courts for Serious Human Rights Violations Abroad, EUR. HUM. RTS. L. REV., 200, di dalam Stacy Humes-Schulz, *Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights*, Harvard Human Rights Journal / Vol. 21, 2008, hlm.110

²³⁷ Lihat Linderfalk, *Legal Discourse Gone Awry: Why the Scholarly Debate on the Legality of Operation Enduring Freedom Was Poor Science*, 2008 di dalam Ulf Linderfalk, *The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?*, The European Journal of International Law Vol. 18 no.5, 2008, hlm.862

3.1.2 Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia sebagai *Jus Cogens* berdasarkan Pendapat Para Ahli

Seperti yang telah dijelaskan di atas bahwa penentuan kriteria suatu norma sebagai *jus cogens* bukan merupakan tugas yang mudah. Tulisan-tulisan para sarjana dan doktrin hukum juga telah memberikan kontribusi yang sangat besar terhadap perkembangan isu ini. Berikut adalah beberapa pendapat dari para sarjana.

Verdross menganggap bahwa ada sekelompok norma yang sangat penting yang memiliki karakter *jus cogens* yaitu semua aturan umum hukum internasional yang diciptakan untuk tujuan kemanusiaan.²³⁸ Rehmen, berpendapat bahwa tidak semua hak asasi manusia merupakan bagian dari norma *jus cogens*. Hal tersebut karena tidak ada kesepakatan secara universal tentang standar penerapan HAM, yang disebabkan oleh perbedaan budaya, hukum nasional, pendapat publik di tiap negara, dan lain-lain. Menurutnya, dengan memasukan hak-hak yang tidak berdampak pada konsesus moral sebagai *jus cogens*, maka akan mengurangi sifat konsep tersebut yang dapat mengakibatkan konsep *jus cogens* dapat kehilangan signifikansinya. Di sisi lain, ada beberapa hak asasi manusia yang telah diterima sebagai *jus cogens*, yaitu larangan penyiksaan, diskriminasi rasial, perbudakan dan genosida.²³⁹ Bahkan ada juga para ahli yang berarguman bahwa kaidah-kaidah yang menjamin semua masyarakat internasional untuk menikmati sumber-sumber daya alam bersama, yang terjadi di laut lepas atau ruang angkasa, termasuk norma *jus cogens*.²⁴⁰

Ian Brownlie,²⁴¹ memberikan contoh-contoh aturan-aturan yang bertentangan dengan *jus cogens*, misalnya: perang agresi, pelanggaran terhadap larangan *genocide*, perdagangan perbudakan, pembajakan, kejahatan-kejahatan yang bertentangan dengan kemanusiaan, diskriminasi rasial dan pelanggaran terhadap prinsip-prinsip hak menentukan nasib sendiri.

²³⁸ A. Verdross, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, AJIL, 1966, hlm.59

²³⁹ Fiona de Londras, *The Religiosity of Jus Cogens, A Moral Case for Compliance*, 2007, hlm.253

²⁴⁰ J.G. Starke. 1988, *Pengantar Hukum Internasional*, Edisi Kesepuluh, Jakarta: Sinar Grafika, hlm 68

²⁴¹ Ian Brownlie, 1979, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, hlm.512

Komite Hak Asasi Manusia (*Human Rights Committee*) selaku badan pengawas yang dibentuk dan bekerja berdasarkan konvensi mengenai hak-hak sipil dan politik, berpandangan bahwa larangan melakukan penyiksaan memiliki derajat sebagai *jus cogens*,²⁴² yang mengikat komunitas internasional secara keseluruhan, yaitu baik negara peserta dari konvensi tahun 1984 tersebut, maupun tidak. Banyak contoh terkait norma *jus cogens* telah diberikan, terutama di dalam diskusi-diskusi oleh Komisi Hukum Internasional, seperti *use of force*, *genocide*, perbudakan dan *piracy*.²⁴³

Francisco Martin, memberikan sejumlah norma hak asasi manusia yang telah menjadi *jus cogens* setelah melakukan analisis terhadap sejumlah perjanjian internasional. Analisis dilakukan berdasarkan pasal-pasal di dalam sejumlah perjanjian tentang HAM yang menyatakan bahwa ada hak asasi manusia tertentu tidak boleh dikesampingkan, bahkan dalam keadaan perang sekalipun atau keadaan-keadaan darurat lainnya.²⁴⁴ Menurutnya, ada beberapa norma umum yang telah berkembang atau sedang berkembang menjadi norma *jus cogens* seperti *the right to humane treatment*,²⁴⁵ *prohibition of criminal ex post facto laws*,²⁴⁶ *prohibition of genocide*,²⁴⁷ *prohibition of war crimes*,²⁴⁸ *prohibition of slavery*,²⁴⁹ *prohibition of discrimination on the basis of race, color, sex, language, religion, or social origin*,²⁵⁰ *prohibition of imprisonment for civil debt*,²⁵¹ *prohibition of crimes against humanity*,²⁵² *the right to self-determination*.²⁵³

²⁴² Olivier De Schutter, *International Human Rights Law : Case, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, 2010, hlm.71

²⁴³ Yearbook of the ILC, 1966, vol. 11, hlm. 248. Di dalam Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Third Edition, 1991, hlm.117

²⁴⁴ Lihat article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights; article 15 of the European Convention on Human Rights; and article 27 of the American Convention on Human Rights.

²⁴⁵ ICCPR, art. 7; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 3, American Convention on Human Rights, art. 5

²⁴⁶ ICCPR, art. 15; ECHR, art. 7; ACHR, art. 9

²⁴⁷ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, art 1

²⁴⁸ Geneva Convention IV, arts. 146, 149

²⁴⁹ ICCPR, art. 8; ECHR, 64, art. 4; ACHR, art. 6.

²⁵⁰ ICCPR, art. 4. ICCPR, art. 16; ACHR, art. 3

²⁵¹ ICCPR, art. 11

²⁵² Statute of the International Criminal Court, art. 7

²⁵³ Western Sahara, advisory opinion, based on a series of General Assembly resolutions and state practice of decolonization; Lihat juga Predrag Zenovic, *Human Rights Enforcement via Peremptory Norms – a Challenge to State Sovereignty*, RGLS Research Papers, No.6, 2012, hlm.35

Norma-norma yang dikemukakan oleh para ahli di atas memang merupakan norma yang bersifat *non-derogable*, namun hal tersebut tidak langsung membuatnya memiliki sifat atau derajat sebagai *jus cogens*. Ada baiknya kita lebih melihatnya sebagai norma yang mungkin memiliki karakter *jus cogens* berdasarkan kewajiban-kewajiban yang mereka kandung serta penegasan penerimaan negara-negara atas perjanjian tersebut. Itulah sebabnya selain dari tulisan-tulisan para ahli dan doktrin hukum yang ada, *jus cogens* juga harus didefinisikan dan dikonsepsikan oleh badan-badan peradilan internasional agar memiliki akibat prosedural terhadap pelaksanaan atau implementasi hak-hak asasi tersebut.

3.1.3 Perlindungan terhadap HAM sebagai *Jus Cogens* berdasarkan Peradilan Internasional

Munculnya pengertian *jus cogens* merupakan konsekuensi langsung dari perkembangan social dan sejarah masyarakat internasional, yang secara mendalam telah mempengaruhi perkembangan hukum internasional.²⁵⁴ Selain dari analisis yang dilakukan dengan melihat bahasa yang terkandung di dalam sejumlah konvensi dan tulisan-tulisan para ahli serta doktrin-doktri hukum yang berkembang, ide untuk menciptakan norma *jus cogens* sebagai "hukum yang lebih tinggi" yang digunakan untuk kepentingan komunitas internasional secara keseluruhan, secara bertahap terus mendapatkan penerimaan dan pengakuan, baik dari praktek negara maupun dari peradilan dan tribunal internasional.²⁵⁵ Pendapat serta putusan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Internasional atau ICJ,²⁵⁶ dan juga badan atau peradilan internasional lainnya menjadi penting agar definisi dan konsep *jus cogens* memiliki akibat prosedural terhadap pelaksanaan atau implementasi hak asasi manusia.

²⁵⁴ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, European Journal of International Law, 1997, hlm.590

²⁵⁵ Laurence Boisson de Chazaurnes, Philippe Sands, *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, 1999, hlm.190

²⁵⁶ Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crima of Genocide, Advisory Opinion ICJ Reports, 1951, hlm.15; Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd, Belgium v. Spain, ICJ Reports, 1970, hlm.3, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia Not Withstanding Security Council Resolution 276, 1970, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, hlm.16,72; Nicaragua v. United States, ICJ Reports, 1986, hlm.100

Dalam *Advisory Opinion in the Reservations to the Genocide Convention case* misalnya, Mahkamah Internasional memberikan pendapatnya tentang sifat dari prinsip-prinsip yang mendasar yang terkandung di dalam Konvensi Genosida, yaitu :²⁵⁷

"...the ICJ indicated that the policies embodied in the Genocide Convention were almost universally demanded, and genocide could therefore be construed as a rule of jus cogens. The Court declared that the principle underlying the Convention are principle which are recognized by civilized nations as binding on states, even without any convention obligation, and stressed the universal character both of the condemnation of genocide and of cooperation required in order to liberate mankind from such an odious scourge."

ICJ juga menyatakan bahwa kewajiban yang terdapat di dalam Konvensi genosida tersebut tidak hanya berlaku terhadap negara-negara pihak konvensi saja, tetapi berlaku terhadap semua negara, sehingga semua negara berkepentingan terhadap kewajiban-kewajiban konvensi tersebut. Hal tersebut dinyatakan sebagai berikut :

*"the prohibition of genocide is binding on all states even without any contractual obligation, reasoning that the Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purposes... Its objective on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality." in such a convention the contracting states do not have any interest of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely the accomplishment of those high purposes which are the raison d'être of the convention.*²⁵⁸

Selain genosida, norma yang melarang penyiksaan, yang telah diatur di dalam sejumlah konvensi tentang HAM,²⁵⁹ dan juga konvensi tentang hukum humaniter,²⁶⁰ dewasa ini telah menjadi bagian dari hukum kebiasaan internasional

²⁵⁷ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1951, hlm.15

²⁵⁸ Ibid

²⁵⁹ Article 5 of the Universal Declaration; article 7 of the Civil and Political Rights Covenant; article 3 of the European Convention on Human Rights; article 5 of the Inter-American Convention on Human Rights; article 5 of the African Charter on Human and Peoples' Rights; the UN Convention against Torture, 1984; the European Convention on the Prevention of Torture, 1987 and the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 1985

²⁶⁰ The four Geneva Red Cross Conventions, 1949 and the two Additional Protocols of 1977

dan bahkan sekarang telah menjelma menjadi sebuah *jus cogens*.²⁶¹ Isu terkait dengan penyiksaan ini telah dihadapkan kepada sejumlah organ hak asasi manusia, seperti *Human Rights Committee, the European Court of Human Rights, and the International Criminal Tribunal on the Former Yugoslavia*.²⁶² Dalam kaitan dengan hal tersebut maka :²⁶³

"The ban on torture, for instance, binding not just on the states parties to the 1984 United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading punishments or treatment, but also on the whole international community, since it is a binding norm of general international law. The regulation by convention banning torture is undoubtedly more specific, apart from the fact that it institutes a number of specific guarantee procedures."

Hal ini berarti larangan penyiksaan merupakan prinsip dalam hukum internasional, yang memiliki status *jus cogens*, sehingga mengikat komunitas internasional secara keseluruhan, baik negara yang merupakan peserta dari Konvensi tersebut maupun yang bukan.²⁶⁴ ICTY juga menyatakan bahwa :

*Because of the importance of the values it [the prohibition of torture] protects, this principle has evolved into a peremptory norm or jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even "ordinary" customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force*²⁶⁵

Hal tersebut berarti ICTY menganggap bahwa *torture* merupakan *jus cogens* karena ada nilai fundamental yang dilindungi (pelanggaran terhadap penyiksaan) telah berevolusi menjadi norma yang memiliki kekuatan memaksa atau *jus cogens*, sehingga larangan penyiksaan menjadi salah satu standar fundamental komunitas internasional.

²⁶¹ *Exparte Pinochet*, No. 3, 2000] 1 AC 147, 198; 119 ILR, p. 135 and the *Frrundijja* case, 12 1 ILR, pp. 213,260-2. See also *Al-Adsani v. UK*, European Court of Human Rights, Judgment of 21 November 2001, para. 61., di dalam Malcolm Shaw, hlm.303

²⁶² Malcolm Shaw, *Ibid*

²⁶³ Human Righti Committee, General Comment No. 24 (52), CCPR/C/2 I/Rev. I/Add. 6, adopted by the Committee on 2 November 1994 di dalam Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, European Journal of International Law, 1997, hlm.594

²⁶⁴ *Ibid*

²⁶⁵ *Prosecutor v. Furund`zija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, 153 (Dec. 10, 1998)

Di dalam putusannya pada kasus Barcelona Traction, tanggal 5 Februari 1970, walaupun tidak secara tegas menggunakan istilah *jus cogens*, ICJ secara eksplisit menyatakan eksistensi *jus cogens* dengan pengertian “*obligation erga omnes*.” Dalam kasus tersebut, ICJ menyatakan bahwa :

[A]n essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State....By their nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.... Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination.

Dari pernyataan ICJ diatas, “*obligation erga omnes*” diartikan sebagai “*the obligation of a state towards the international community as a whole,*” dimana ICJ membedakannya dengan “*those existing vis-à-vis another state....*” *By their very nature the former are the concern of all States. ... all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.*²⁶⁶ Adapun *erga omnes* merupakan istilah yang digunakan untuk menggambarkan “kewajiban terhadap masyarakat internasional.”²⁶⁷

Misalnya negara dapat dikatakan melanggar kewajiban *erga omnes* karena negara membiarkan terjadinya atau bahkan melakukan kejahatan internasional yang merupakan *jus cogens*; dan atau negara tersebut gagal atau tidak mau menuntut pertanggungjawaban dari para aparat negara pelaku tindak kejahatan tersebut. Padahal mengadili para pelaku kejahatan internasional merupakan sebuah keharusan mutlak karena para pelaku tersebut merupakan musuh bersama seluruh umat manusia (*hostis humanis generis*). Dengan demikian, dapat dilihat bahwa hubungan antara *jus cogens* dan *erga omnes* adalah erat karena *jus cogens* merupakan status dari sebuah kejahatan internasional, seperti genosida.

²⁶⁶ Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd, Belgium v. Spain, ICJ Reports, 1970, hlm.3, 30

²⁶⁷ Andre de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes, A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, Kluwer Law International, 1996, hlm.53; Lihat juga The Genocide case (Bosnia nad Herzegovina v. Yugoslavia), ICJ Reports, 1996, hlm.615

Sedangkan *erga omnes* merupakan dampak atau akibat hukum yang timbul dari karakteristik sebuah kejahatan yang berstatus *jus cogens*.²⁶⁸ Dengan mengakui sebuah kejahatan sebagai *jus cogens*, maka ada kewajiban *erga omnes*, seperti kewajiban untuk mengekstradisi, kewajiban tidak memberikan kekebalan kepada pelaku kejahatan tersebut,²⁶⁹ dan dapat berlakunya yurisdiksi universal.²⁷⁰

Memang dapat dikatakan bahwa semua norma *jus cogens* menimbulkan kewajiban *erga omnes*, tetapi masih diperdebatkan bahwa tidak semua kewajiban *erga omnes* berasal dari norma *jus cogens*. Sebagai contoh, semua norma tentang hak asasi manusia yang telah bersifat hukum kebiasaan menimbulkan kewajiban *erga omnes*, tetapi tidak semua hak asasi manusia tersebut merupakan sebuah norma *jus cogens*.²⁷¹

Selain putusan dan pendapat dari badan peradilan internasional, beberapa *judge* peradilan tersebut juga menyatakan pendapat mereka tentang status HAM sebagai *jus cogens*. Seperti yang ditekankan oleh Judge Tanakan, di dalam *dissenting opinion* nya dalam kasus South West Afrika, yang berpendapat bahwa HAM dapat dianggap sebagai *jus cogens* bila negara-negara mampu mengubah cara mereka membuat kesepakatan :

*If we can introduce in the international field a category of law, namely jus cogens, recently examined by ILC, a kind of imperative law which constitutes the contrast to jus dispositivum, capable of being changed by way of agreement between States, surely the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the jus cogens.*²⁷²

Selain Judge Tanakan, Judge Weeramantry, di dalam *dissenting opinion*, menyatakan bahwa aturan dan ketentuan hukum humaniter telah secara jelas

²⁶⁸ M. Cherif Bassiouni, *International Crimes : Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Law and Contemporary Problems, Vol.59 No.4, 1996, hlm.66

²⁶⁹ Ibid

²⁷⁰ M. Cherif Bassiouni, *opcit*, hlm.66

²⁷¹ M. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, New York: Transnational Publishers Inc., 2003, hlm.177 di dalam Michelle Knorr, *The International Crime of Genocide: Obligations Jus Cogens and Erga Omnes, and their Impact on Universal Jurisdiction*, hlm.36; Lihat juga *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.*, Judgment, 1970 (ICJ.Rep.3) at paras. 33-34.

²⁷² Judge Tanaka's Dissenting Opinion in the South West Africa case (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment [1966] ICJ Rep 298.

mencapai status *jus cogens*.²⁷³ Judge Koroma, di dalam *dissenting opinion*, memberikan catatan bahwa "already in the 1980, the Commission observed that some of the rules of humanitarian law are, in the opinion of the International Law Commission, rules which impose obligation of *jus cogens*."²⁷⁴ Aturan-aturan fundamental tersebut harus diakui dan diikuti oleh semua negara karena mereka merupakan bentuk hukum kebiasaan internasional.²⁷⁵

Dari penjelasan diatas, dapat dilihat bahwa memang tidak semua hak asasi manusia dapat dikategorikan sebagai norma *jus cogens*. Untuk menjadi norma *jus cogens*, hak asasi tersebut harus berhubungan langsung dengan kepentingan masyarakat internasional secara keseluruhan dan juga merupakan norma yang "shock the conscience of mankind".²⁷⁶ Bila hak tersebut memenuhi dua elemen di atas, maka dapat dikategorikan sebagai *jus cogens*. Masih menjadi perdebatan bila hanya satu elemen saja yang terpenuhi. Namun yang pasti, norma *jus cogens* dapat dilihat dari kebijakan maupun tindakan sebuah negara. Patut diperhatikan juga mengenai perkembangan atau evolusi dari norma tersebut. Hal ini berarti bahwa dengan semakin banyaknya instrumen hukum yang melarang kejahatan tersebut, akan semakin mudah untuk mengkategorikannya sebagai *jus cogens*.

Jumlah negara yang telah meratifikasi suatu instrumen hukum dan menerapkannya dalam hukum nasionalnya juga merupakan elemen yang penting. Dan terakhir adalah putusan-putusan pengadilan internasional yang menganalisis norma tersebut. Tentu pendapat serta tulisan para sarjana juga patut untuk dipertimbangkan. Terdapat beberapa contoh perlindungan HAM yang sifatnya tidak sekontroversial hak-hak lainnya dan telah disepakati dan diakui sebagai *jus cogens*, diantaranya,²⁷⁷ *the law of genocide, non racial discrimination principle*,²⁷⁸ *crimes against humanity, the prohibition of trade in slave, dan piracy*.²⁷⁹

²⁷³ Advisory Opinion, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, hlm.46

²⁷⁴ Ibid, Dissenting Opinion of Judge Koroma, hlm.13-14

²⁷⁵ Laurence Boisson de Chazaurnes, Philippe Sands, *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, 1999, hlm.183

²⁷⁶ Francisco Forrest Martin, Richard J. Wilson, *The Rights International companion to criminal law & procedure: an international human rights and humanitarian law supplement*, Kluwer Law International, 1999, hlm.342

²⁷⁷ Draft Articles on State Responsibility, Commentary on Article 40, paras. 4-6 in Official Records of the General Assembly, Fifth-sixth Session (A/56/10) pp. 283-284

3.2 Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia sebagai *Jus Cogens* merupakan Pembatasan terhadap Kedaulatan Negara

3.2.1 Perkembangan Konsep Kedaulatan Negara

*“There exists perhaps no conception the meaning of which is more controversial than that of sovereignty. It is an indisputable fact that this conception, from the moment when it was introduced into political science until the present day, has never had a meaning which was universally agreed upon.”*²⁸⁰

Negara merupakan subyek hukum yang terpenting dibandingkan dengan subyek-subyek hukum internasional lainnya.²⁸¹ Negara juga merupakan subyek hukum internasional yang paling tua.²⁸² Kelebihan negara sebagai subyek hukum internasional dibandingkan subyek hukum internasional lainnya adalah, negara memiliki apa yang disebut sebagai ”kedaulatan” atau *sovereignty*. Kedaulatan adalah kekuasaan tertinggi yang dimiliki oleh suatu negara.²⁸³ Dalam Pasal 1 Konvensi Montevideo 1933 dikatakan jelas bahwa apa yang dimaksud dengan kedaulatan adalah kemampuan untuk mengadakan hubungan dengan negara lain. Selanjutnya, kedaulatan juga mempunyai arti yang sama dengan kemerdekaan, dimana suatu negara tidak lagi berada di bawah kekuasaan asing dan bebas untuk menentukan kebijakan dalam dan luar negerinya.²⁸⁴

Kedaulatan Negara telah lama diakui sebagai prinsip fundamental dalam hukum internasional.²⁸⁵ Secara tradisional, dalam hukum internasional kedaulatan dipahami sebagai sebuah kemerdekaan dari kekuasaan asing lainnya. Sehingga

²⁷⁸ Judge Tanaka, Dissenting Opinion, South West Africa Case (Second Phase), ICJ Reports, 1966; Judge Ammoun, Separate Opinion, Barcelona Traction Case (Second Phase), ICJ Reports, 1970 di dalam Ian Brownlie, *opcit*, hlm.498

²⁷⁹ Inter-American Commission of Human Rights in the Case of Roach and Pinkerton, Decision 27 Merch 1987 (OAS General Secretariat)

²⁸⁰ Lassa Oppenheim, *International Law*, Vol. 1, Longmans London, 1992, hlm.66 di dalam Winston P. Nagan, FRSA and Craig Hammer, *The Changing Character of Sovereignty in International Law*, hlm.1; Lihat juga Jason Anthony Douglas, *Sovereignty, Human Rights and Humanitarian War*, National University of Ireland, University College Cork, 2009, hlm.9

²⁸¹ Martin Dixon, 1996, *Textbook on International Law*, London : Blackstone Press, hlm. 104. Lihat juga Advisory Opinion dari ICJ dalam Reparation Case yang mana ICJ secara penuh menyatakan PBB dapat mengajukan klaim atas pertanggungjawaban internasional terhadap pemerintah yang secara de facto atau de jure telah melakukan tindakan yang merugikannya.

²⁸² I Wayan Parthiana, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung : Mandar Maju, 2003, hlm. 88

²⁸³ Boer Mauna, *opcit*, hlm. 23

²⁸⁴ Ian Brownlie, 1990, *Principles of Public International Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, hlm. 78

²⁸⁵ ICJ Reports, 1986, para. 263

kedaulatan sering dilihat sebagai sebuah konsep yang absolute, dimana negara-negara tidak bergantung kepada negara lain sehingga kedudukannya lebih tinggi dari ketentuan hukum internasional.²⁸⁶ Pemahaman ini sangat dipengaruhi oleh definisi Bodin terkait kedaulatan yaitu bahwa “*sovereignty, as the supreme power within a state, cannot be restricted except by the laws of God and by natural law. No constitution can limit sovereignty and therefore a sovereign is regarded to be above positive law*”. Kedaulatan diartikan sebagai kekuasaan tertinggi yang mutlak, utuh, bulat, tidak dapat dibatasi kecuali oleh hukum yang berasal dari Tuhan dan juga hukum alam. Bodin juga menanggapi bahwa kedaulatan berada di atas hukum positif.²⁸⁷

Konsep kedaulatan Bodin yang diperkenalkan pada abad keenambelas tersebut awalnya memang diterima oleh penulis-penulis lain. Namun konsep kedaulatan absolute mulai ditinggalkan oleh mayoritas penulis tersebut yang berpendapat bahwa kedaulatan negara tidak hanya dapat dibatasi oleh hukum yang berasal dari Tuhan ataupun hukum alam. Sehingga kedaulatan lebih dilihat sebagai sesuatu yang relative, daripada absolute.²⁸⁸ Memang pada masa itu, bersamaan dengan munculnya negara-negara nasional yang berpengaruh, hanya sedikit dikenal pembatasan terhadap kedaulatan negara.²⁸⁹ Namun sebagai akibat dari globalisasi yang menyebabkan adanya kerjasama dan saling ketergantungan antar negara, kedaulatan negarapun mulai dibatasi. Inilah yang disebut sebagai “*the balance of power concept*”.²⁹⁰ Konsep tersebut memberikan pemahaman bahwa kedaulatan mutlak diperlukan atau merupakan karakteristik yang esensial dari negara dalam menjalankan tatanan hukum internasional, tetapi dalam waktu yang bersamaan terikat kepada pembatasan-pembatasan tertentu. Pembatasan tersebut dapat dilihat dari sisi internal dan eksternal dari kedaulatan negara.

Sisi internal dari kedaulatan merupakan kekuasaan untuk mengatur urusan-urusan internal, domestic atau dalam negerinya. Keadaan tersebut menciptakan

²⁸⁶ MP Ferreira-Snyman, *The Evolution of State Sovereignty, A Historical Overview*, Fundamina, 2006, hlm.9

²⁸⁷ Ibid, hlm.5

²⁸⁸ Jost Delbruck, *International Protection of Human Rights and State Sovereignty*, Indiana Law Journal, Volume 57, Issue 4, 1982, hlm.570

²⁸⁹ J.G. Starke, 1999, *Pengantar Hukum Internasional*, Jakarta : Sinar Grafika Offset, edisi kesepuluh, hlm.132

²⁹⁰ Jost Delbruck, *opcit*, hlm.572

hubungan antara negara (melalui institusinya) dan actor non negara yang ada di dalam territorial negara tersebut. Wujud nyata dari sisi internal dari kedaulatan negara misalnya terwujud pada bentuk negara, bentuk dan system pemerintahannya sendiri, system politiknya, pembentukan dan pelaksanaan hukum nasionalnya, yang semua itu ditentukan oleh negara itu sendiri tanpa campur tangan dari negara-negara lain.²⁹¹

Sedangkan sisi eksternal dari kedaulatan negara termanifestasi dalam wujud kekuasaan untuk mengadakan hubungan-hubungan internasional dengan sesama negara maupun dengan subyek-subyek hukum internasional lainnya. Kedaulatan eksternal ini diikuti dengan hak dan kewajiban tertentu sebagai akibat dari adanya status kedaulatan negara. Contohnya adalah negara memiliki yurisdiksi atas orang dan wilayahnya, memiliki hak untuk menentukan nasib sendiri, memiliki *legal personality*, dan juga kapasitas untuk turut serta dalam perundingan atau konferensi internasional, membuat dan mengikatkan diri pada perjanjian internasional, memberi dan atau meminta bantuan kepada negara-negara lain, menjadi anggota sebuah organisasi internasional, dan lain-lain.²⁹²

Mulai abad ke-18 dan ke-19, kedaulatan negara tidak lagi seperti pengertian yang diberikan oleh para ahli abad keenambelas seperti Bodin, melainkan kedaulatan dalam batas-batas tertentu sudah tunduk pada pembatasan-pembatasan. Dewasa ini selain dibatasi oleh batas negara, kedaulatan negara juga dibatasi oleh hukum internasional dan kedaulatan dari sesama negara lainnya,²⁹³ dimana prinsip *equality of states* yang pertama kali diakui dalam *The Peace of Westphalia* tahun 1648,²⁹⁴ merupakan elemen yang esensial. Sehingga, perilaku atau tindakan negara dalam memmanifestasikan kedaulatan eksternalnya harus tetap tunduk dan menghormati kedaulatan negara lain maupun prinsip-prinsip dan kaidah-kaidah hukum internasional.²⁹⁵ Artinya bahwa suatu negara berdaulat pada hakekatnya tunduk pada dan menghormati hukum internasional serta harus

²⁹¹ I Wayan Parthiana, *Pengantar Hukum Indonesia*, Bandung, Mandar Maju, 2003, hlm.90

²⁹² Anne Peters, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, EJIL, 2009, Vol. 20 No. 3, hlm.516

²⁹³ Mochtar Kusumaatmadja, 2003, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung : PT. Alumni, edisi kedua, hlm.18

²⁹⁴ Edwin de Witt Dickinson The Equality of States, hlm.334

²⁹⁵ I Wayan, opcit, hlm.91

menghormati atau tidak boleh melanggar kedaulatan sesama negara.²⁹⁶ Seperti yang digambarkan oleh Bierly, sebagai berikut: “.....*there were some laws that bind him, the divine law, the law that is common to all nations and also certain laws wich calls the leges imperii, the law of government*”.²⁹⁷ Kedaulatan sifatnya terbatas, dibatasi oleh hukum alam, hukum internasional, dan bahkan aspek internal kedaulatan itu dibatasi oleh konstitusi negara itu sendiri.

Pembatasan lain terhadap kedaulatan negara adalah prinsip atau kaidah hukum internasional yang berkaitan dengan nilai-nilai kemanusiaan yang bersifat universal,²⁹⁸ atau biasanya disebut dengan prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia. Inilah yang kemudian menetapkan pembatasan terhadap tindakan sebuah negara di dalam yurisdiksinya sendiri. Apalagi, seperti yang telah dibahas di atas bahwa beberapa norma terkait hak asasi manusia merupakan norma *jus cogens*, yang tidak dapat dikecualikan bahkan dalam keadaan perang atau keadaan darurat lainnya.²⁹⁹ Pembatasan terhadap kedaulatan negara oleh perlindungan terhadap hak asasi manusia inilah yang menjadi isu dalam penelitian ini.

3.2.2 Sovereignty Implies Responsibility (Kedaulatan menimbulkan Tanggung Jawab Negara untuk Melindungi HAM dalam Hukum Internasional)

*“The era of absolute sovereignty, as asserted in the past, cannot be sustained in contemporary conditions. In the years since the founding of the United Nations, we have lived in an interdependent world, a world in which no state has complete control over its destiny. State sovereignty retains its validity as a defining principle of international society, but the concept has evolved. No longer an absolute barrier to the outside world, it must, in extreme circumstances, give way to the overriding moral imperative to alleviate human suffering, including systematic violations of human rights, and to achieve common benefits on a global or regional framework.”*³⁰⁰

²⁹⁶ The Island of Palmas (Miangas) Arbitration, 1928; UN Charter, pasal 2 ayat (1)

²⁹⁷ C.E. Merriam, *History of Sovereignty Theory Since Rousseau*, Batoche Books, Kitchener, 2001, hlm.8

²⁹⁸ I Wayan, *opcit*, hlm.91; UN Charter 1945 pasal 1 ayat (3)

²⁹⁹ Common Article 3 to the Geneva Conventions on Humanitarian Law (e.g. Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949, 75 UNTS 287) and Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights 1966, 999 UNTS 171.

³⁰⁰ Kofi Annan *We the Peoples: The Role of the United Nations in the 21st Century*, p. 48. www.un.org/millennium/sg/report di dalam Jason Anthony Douglas, *Sovereignty, Human Rights and Humanitarian War*, National University of Ireland, University College Cork, 2009, hlm.24

Sebelum tahun 1945, hak asasi manusia dilihat sebagai urusan internal tiap-tiap negara.³⁰¹ Namun, banyak ahli yang berpendapat bahwa ada hubungan antara kedaulatan negara dan perlindungan terhadap hak asasi manusia. Seperti Thomas Hobbes dan Immanuel Kant yang sepakat konsep kedaulatan tidak hanya berkaitan erat dengan konsep kekuasaan, kekuatan, serta kekerasan, akan tetapi juga sangat berkaitan dengan konsep otoritas, legalitas, dan legitimasi, untuk memberikan perlindungan bagi warga negara atau subjek yang patuh. Negara yang berdaulat harus melindungi hak-hak dasar seperti keadilan dan kebebasan individu.³⁰² Selain itu Jean Jacques Rousseau berpendapat bahwa setiap orang melepaskan dan menyerahkan haknya kepada kekuasaan negara. Dalam hal ini bukan berarti haknya diserahkan kepada negara sepenuhnya tetapi dalam konteks negara melindungi hak tersebut untuk direalisasikan. Jadi negara dibentuk berdasarkan kontrak yang salah satu tujuannya adalah kewajiban untuk melindungi setiap manusia baik warga negaranya dan warga negara asing, dari terjadinya pelanggaran atas hak asasinya.³⁰³

John Locke yang merupakan peletak dasar HAM juga berpendapat bahwa apabila penguasa negara mengabaikan kontrak sosial dengan melanggar hak-hak kodrati individu, maka rakyat di negara itu bebas menurunkan sang penguasa dan menggantikannya dengan suatu pemerintah yang bersedia menghormati hak-hak tersebut. Dengan demikian, negara harus mengutamakan kepentingan rakyat.³⁰⁴ Locke menyarankan bahwa manusia dapat dibenarkan untuk melawan penindasan apabila pemerintah gagal melakukan kewajiban ini atau melanggar hak-hak tersebut.³⁰⁵ Bila diurutkan, bukan pemerintah, melainkan hak asasi yang harus didahulukan.³⁰⁶ Senada dengan hal itu Folk, menyatakan bahwa :

³⁰¹ Harris, *Cases and Materials on International law*, 6th edition, London: Sweet & Maxwell, 2004, hlm.654

³⁰² Trevor C. Salmon, *Issues in International Relation*, Taylor and Francis e-Library, Routledge, Second Edition, 2008, hlm.39

³⁰³ Bertrand Ramcharan, *Contemporary Human Rights Ideas*, Routledge, Newyork, 2008, hlm.21

³⁰⁴ Bahder Johan Nasution, *Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Mandar Maju, Bandung, 2011, hlm.139

³⁰⁵ David P. Forsythe, *Encyclopedia of Human Rights*, Oxford University Press, Vol 1, 2009, hlm.397

³⁰⁶ John Locke, *Two Treaties of Government*, 1698, hlm.368 di dalam Geert-Jan G. J. Knoops, *Theory and Practice of International and Internatinalized Criminal Proceedings*, Kluwer BV, Netherlands, 2005, hlm.15

*[g]overnment legitimacy that validates the exercise of sovereignty involves adherence to minimum humanitarian norms and a capacity to act effectively to protect citizens from acute threats to their security and well-being that derive from adverse conditions within a country.*³⁰⁷

Dari pendapat beberapa para ahli di atas, terlihat bahwa perlindungan terhadap HAM setelah perang dunia kedua telah bergeser dan mempengaruhi pandangan serta pemahaman tentang kedaulatan negara. Kedaulatan negara saat ini bukan lagi suatu konsep yang absolut.³⁰⁸ Tetapi, pandangan ini juga tidak berubah dalam sekejap. Hal tersebut dapat dilihat di dalam Piagam PBB yang mencantumkan secara tegas prinsip kedaulatan tetapi tidak mencantumkan secara specific kewajiban terhadap HAM. Agar dapat menemukan hubungan antara kedaulatan dan perlindungan terhadap HAM, kita dapat melihat pada struktur Piagam PBB sendiri, batasan-batasan dan pengecualian larangan penggunaan kekuatan bersenjata, dan tindakan dengan otorisasi Dewan Keamanan PBB.³⁰⁹

Kedaulatan ditegaskan sebagai salah satu prinsip utama dari Piagam PBB,³¹⁰ yang menyatakan bahwa “*sovereign equality of its Members and codifies the legal right of states to conduct their internal affairs without outside interference.*” Bila kita lihat Pasal 2 ayat (1) Piagam PBB tersebut, maka tidak ada ketentuan terkait pembatasan terhadap kedaulatan negara. Namun, Piagam PBB bukannya sama sekali tidak mengatur masalah ini. Pasal 1 ayat (3) menyatakan bahwa tujuan dari Piagam PBB adalah “*promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.*” Pasal 55 dan 56 juga merupakan pasal-pasal yang mengatur tentang HAM. Meskipun Piagam PBB hanya mencantumkan secara umum kewajiban terhadap HAM, namun hal tersebut tidak berarti bahwa PBB tidak menganggap adanya perkembangan terhadap prinsip perlindungan terhadap

³⁰⁷ Falk “Sovereignty and human dignity: The search for reconciliation” in Steiner & Alston *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals* (2000) 582 di dalam MP Ferreira-Snyman, *The Evolution of State Sovereignty, A Historical Overview*, Fundamina, 2006, hlm.19

³⁰⁸ Holzgrefe and Keohane, 2003, *Political authority after intervention: gradations in sovereignty*, CUP, Cambridge, hlm.275

³⁰⁹ Anne-Sophie Massa, 2009, *Does Humanitarian Intervention Serve Human Rights? The Case of Kosovo*, Amsterdam Law Forum

³¹⁰ United Nations Charter 1945, Article 2(1)

hak asasi manusia dan merupakan salah satu pembatasan terhadap kedaulatan negara.³¹¹ Sebagai salah satu tujuan dari Piagam PBB, perlindungan terhadap HAM menjadi tanggungjawab dari komunitas internasional. Apalagi ICJ juga menyatakan bahwa penyangkalan terhadap hak asasi manusia yang fundamental merupakan sebuah pelanggaran terhadap tujuan dan prinsip Piagam PBB.³¹²

Pergeseran pandangan serta pemahaman tersebut tidak hanya terlihat dari ketentuan tertulis seperti UDHR, *Genocide Convention*, *Racial Discrimination Convention*, tetapi juga dapat dilihat dari pernyataan dan argumentasi aktor hukum internasional,³¹³ sebagai akibat dari praktek-praktek militer yang dilakukan oleh DK PBB yang merespon terhadap krisis kemanusiaan sehingga mengindikasikan bahwa kedaulatan memiliki hubungan dengan perlindungan terhadap HAM.³¹⁴

Contohnya adalah pernyataan dari Kofi Annan ketika menerima Nobel Perdamaian Dunia tahun 1991, yaitu : *“The sovereignty of States must no longer be used as a shield for gross violations of human rights.”*³¹⁵ Di dalam pidatonya kepada Majelis Umum pada sesi ke-54 Majelis Umum PBB tahun 1999, ia juga menyatakan bahwa perlindungan terhadap hak asasi manusia merupakan pembatasan terhadap kedaulatan negara. Kofi Annan mengatakan bahwa :

*“State sovereignty, in its most basic sense, is being redefined—not least by the forces of globalisation and international co-operation. States are now widely understood to be instruments at the service of their peoples, and not vice versa. At the same time individual sovereignty—by which I mean the fundamental freedom of each individual, enshrined in the charter of the UN and subsequent international treaties—has been enhanced by a renewed and spreading consciousness of individual rights. When we read the charter today, we are more than ever conscious that its aim is to protect individual human beings, not to protect those who abuse them.”*³¹⁶

³¹¹ Veileder Maja Janmyr, *The Legal Aspects of Humanitarian Intervention Based on the Intervention in Somalia*, 2009, hlm.19

³¹² Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, 16, at para 131

³¹³ Jan Kratochvíl, *Humanitarian Intervention and State Sovereignty*, 2006, hlm.8

³¹⁴ P.C. Simons, *‘Humanitarian Intervention: A Review of Literature’*, Ploughshares Working Paper, 2001, hlm.2 di dalam Veileder, Ibid, hlm.22

³¹⁵ Kofi Annan, The Nobel Peace Prize, 2001, United Nations, Nobel Lecture, Oslo, 10 Desember 2001, http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2001/annan-lecture.html

³¹⁶ Kofi Annan, *Two Concepts of Sovereignty*, The Economist, 18 September 1999, dapat diakses pada situs <http://www.un.org/news/oss/g/stories/kaecon.html>

Kofi Annan juga menegaskan bahwa Piagam PBB adalah milik dari semua orang di dunia, dan bukan milik negara-negara yang mewakili mereka. Kedaulatan negara tidak pernah diciptakan agar negara dapat melakukan kejahatan internasional dan dapat berlindung di balik kedaulatannya. Kedaulatan menimbulkan tanggungjawab, bukan hanya kekuasaan.³¹⁷ Hal tersebut bukanlah sebuah tantangan terhadap kedaulatan negara dan prinsip larangan intervensi, namun bahwa negara yang mengklaim memiliki hak tersebut juga harus mengakui tanggungjawab untuk melindungi rakyatnya yang berada di dalam yurisdiksinya.

Perkembangan hukum internasional saat ini mengindikasikan bahwa kedaulatan meliputi juga tanggungjawab, bukan sekedar kekuasaan.³¹⁸ Dalam keadaan tersebut, kedaulatan negara tidak dapat dipahami sebagai sebuah halangan terhadap intervensi luar yang absolute ketika tujuannya adalah untuk melindungi individu dari penyalahgunaan hak asasi manusia.

Selain itu, duta besar Belanda untuk DK PBB dalam diskusi pembuatan draf resolusi 1244 pada tahun 1999 juga menyatakan bahwa :

*The Charter, to be sure, is much more specific on respect for sovereignty than on respect for human rights, but since the day it was drafted the world has witnessed a gradual shift in that balance, making respect for human rights more mandatory and respect for sovereignty less absolute. Today, we regard it as a generally accepted rule of international law that no sovereign State has the right to terrorize its own citizens.*³¹⁹

Semua pendapat dan praktek terkait pergeseran terhadap konsep kedaulatan di atas didasarkan pada sebuah doktrin yang dicetus oleh Pemerintah Kanada dengan membentuk *International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS) pada tahun 2005, yang diciptakan sebagai akibat dari sejumlah kegagalan komunitas internasional untuk menghentikan pembunuhan massal atau pelanggaran HAM berat di Bosnia dan Rwanda. Menurut ICISS, *sovereignty implies responsibility*.³²⁰ Artinya bahwa kedaulatan negara disertai oleh tanggungjawab

³¹⁷ Kofi Annan, '*Reflections on Intervention*' in *The Question of Intervention: Statements of the Secretary-General*, 1999, hlm.6

³¹⁸ Kofi Annan, 1999, *Reflections on Intervention in The Question of Intervention* : *Statements of the Secretary General*

³¹⁹ Peter Hilpold, *Humanitarian Intervention, Is There a Need for a Legal Reappraisal*, EJIL, 2001, hlm.351

³²⁰ International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001, *The Responsibility to Protect*, International Development Center, Canada

untuk melindungi. Tanggung jawab untuk melindungi disini artinya bahwa negara harus melindungi rakyatnya sendiri dari pemusnahan massal (*genocide*), kejahatan perang (*war crimes*), pembersihan etnis (*ethnic cleansing*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*), dan dari segala macam tindakan yang mengarah pada jenis-jenis kejahatan tersebut.

Karakterisasi ulang dari konsep kedaulatan negara yang absolute menjadi kedaulatan yang disertai oleh tanggungjawab untuk melindungi ini telah didukung oleh PBB, negara-negara dan juga ICJ. Puncaknya terjadi pada *World Summit* tahun 2005 dimana meskipun para kepala negara dan kepala pemerintah tidak berhasil mencantumkan keenam kriteria di atas, namun mereka menegaskan kembali tanggungjawab masing-masing negara untuk melindungi rakyatnya dari kejahatan genosida, kejahatan perang, pembersihan etnis, dan kejahatan terhadap kemanusiaan, dimana keempat kejahatan tersebut merupakan norma *jus cogens*. Resolusi tersebut berbunyi :³²¹

138. Each individual State has the responsibility to protect its populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. This responsibility entails the prevention of such crimes, including their incitement, through appropriate and necessary means. We accept that responsibility and will act in accordance with it. The international community should, as appropriate, encourage and help States to exercise this responsibility and support the United Nations in establishing an early warning capability.

139. The international community, through the United Nations, also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means, in accordance with Chapters VI and VIII of the Charter, to help protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. In this context, we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis and in cooperation with relevant regional organizations as appropriate, should peaceful means be inadequate and national authorities manifestly fail to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. We stress the need for the General Assembly to continue consideration of the

³²¹ Resolution adopted by the General Assembly, World Summit Outcome, UN Doc. A/RES/60/1 of 24 Oct. 2005, at para. 138, 139

*responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity and its implications, bearing in mind the principles of the Charter and international law. We also intend to commit ourselves, as necessary and appropriate, to helping States build capacity to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity and to assisting those which are under stress before crises and conflicts break out.*³²²

Ketentuan dalam resolusi tersebut kemudian ditegaskan kembali di dalam dua resolusi DK PBB.³²³ *Responsibility to Protect* kemudian menjadi cara untuk menyatukan dua konsep kedaulatan negara dan perlindungan terhadap HAM di dalam krisis kemanusiaan. Laporan ICISS menunjukkan bagaimana kedua konsep ini bisa disatukan dan juga berpendapat bahwa prinsip *Responsibility to Protect* harus memasukkan tiga jenis tanggung jawab:

1. Tanggung jawab untuk mencegah pemusnahan massal dan kejahatan kemanusiaan lainnya. Ini menjadi tanggung jawab setiap negara sekaligus komunitas internasional untuk menangani sebab-sebab konflik.
2. Tanggung jawab untuk bereaksi atau merespon situasi-situasi ketika pembunuhan massal, pembersihan etnis atau kejahatan kemanusiaan telah berlangsung atau akan segera terjadi.
3. Tanggung jawab untuk membangun setelah terjadinya pembunuhan massal dan kejahatan kemanusiaan. Negara secara individual and komunitas internasional bertanggung jawab untuk memberikan bantuan kepada masyarakat yang telah mengalami kejahatan massal untuk dapat pulih, membangun dan berdamai kembali setelah konflik terjadi.

Dari beberapa ketentuan di atas, terlihat jelas bahwa komitmen masyarakat internasional atas perlindungan HAM dewasa ini dapat dikatakan sudah melampaui batas teritorial (wilayah).³²⁴ Argumen tersebut menjadi lumrah jika

³²² Resolution adopted by the General Assembly, World Summit Outcome, UN Doc. A/RES/60/1 of 24 Oct. 2005, at para. 138, 139

³²³ UN Security Council Resolution 1674, 2006, dan UN SC Res. 1706 (2006)

³²⁴ Alain Pellet, *State sovereignty and the protection of fundamental human rights: an international law perspective*, Pugwash Occasional Papers, I:i, 2000; Lihat juga Predrag Zenovic, *Human rights enforcement via peremptory norms – a challenge to state sovereignty*, RGLS Research Papers, No.6, 2012, hlm.13

melihat sejarah peradaban manusia dan hubungan antarnegara. Tindakan sewenang-wenang yang dilakukan oleh negara terhadap penduduknya telah memberikan pelajaran berharga, bahwa kewenangan negara atas penduduknya harus dibatasi. Tidak ada negara dalam keadaan apapun, dapat melakukan tindakan genosida, praktek apartheid, perbudakan, penyiksaan atau kejahatan terhadap kemanusiaan. Suatu negara juga tidak dapat berdalih dengan mengatasnamakan kedaulatan atas pelanggaran-pelanggaran terhadap nilai-nilai kemanusiaan universal, meskipun hak tersebut dilakukan atau terjadi di dalam wilayahnya dan terhadap warganegaranya sendiri.

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya bahwa saat ini prinsip perlindungan terhadap HAM yang beberapa hak tersebut merupakan *jus cogens*, telah diakui sebagai salah satu pembatasan terhadap kedaulatan negara. Pembatasan tersebut hendaknya jangan dilihat sebagai pemangkasan kedaulatan negara, namun sebuah tindakan pencegahan agar negara tidak dapat bertindak sesuka hatinya.³²⁵ Kelanjutan pembatasan kewenangan itu di lain pihak akan menumbuhkan kesadaran dalam masyarakat internasional untuk meningkatkan kerjasamanya dalam hal perlindungan dan penghormatan atas nama kemanusiaan.

Sebenarnya, dapat juga diperdebatkan bahwa prinsip non intervensi yang berhubungan dengan kedaulatan negara memiliki status *jus cogens* sehingga tidak dapat dikecualikan dalam keadaan apapun. Namun pandangan bahwa kedaulatan negara adalah absolute tersebut bertentangan dengan komitmen Piagam PBB untuk mempromosikan secara universal penghormatan terhadap HAM,³²⁶ yang mengindikasikan bahwa kedaulatan terikat dengan tanggungjawab untuk melindungi HAM.³²⁷ Hal ini mengarah kepada sebuah kesimpulan bahwa meskipun kedaulatan negara masih menjadi prinsip fundamental dalam hukum internasional, namun perkembangan prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia sebagai *jus cogens* telah membatasi konsep tentang kedaulatan negara.

³²⁵ Anne Peters, *opcit*, hlm.513

³²⁶ United Nations Charter 1945, Article 55(c).

³²⁷ McClean, *Responsibility to Protect: The Role of International Human Rights Law*, Journal of Conflict and Security Law, 2008, hlm.128-129; A.J. Bellamy, *The Responsibility to Protect and the problem of military intervention*, International Affairs, 2008, hlm.618-620 di dalam Veileder, *The Legal Aspects of Humanitarian Intervention Based on the Intervention in Somalia*, 2009, hlm.20

3.2.3 Dampak Perlindungan terhadap HAM sebagai Pembatasan terhadap Kedaulatan Negara

Pergeseran konsep kedaulatan negara yang absolut menjadi kedaulatan negara yang disertai dengan tanggungjawab untuk melindungi rakyatnya dari pelanggaran HAM (terutama pelanggaran HAM berat) tidak serta merta berkembang dan bergeser tanpa adanya kritik-kritik dari berbagai pihak dengan argumentasi masing-masing.

Seperti pandangan yang berpendapat bahwa bila kedaulatan negara dibatasi (oleh apapun juga), maka akan bertentangan dengan prinsip kesetaraan negara atau *the equality of states*. Bahkan dapat mengarah kepada "pembedaan" antar negara.³²⁸ Hal tersebut terjadi karena ada negara-negara yang sangat menghormati hak asasi manusia penduduknya, sementara ada negara yang kurang menghormati hak asasi rakyatnya dan bahkan malah melakukan pelanggaran terhadap hak-hak mereka. Perbedaan itulah yang bertentangan dengan prinsip *equality of states*, karena sesungguhnya negara bersifat mandiri dan terlepas dari satu sama lain sebagai subyek hukum internasional, tetapi tidak tunduk kepada aturan atau hukum di negara lain, sehingga membuktikan kesetaraan tersebut.³²⁹

Dalam hal ini, *equality*, tidak lain merupakan sinonim dari kedaulatan, khususnya merupakan suatu aspek dari kedaulatan, bila semua negara memiliki otoritas dan kekuasaan penuh dalam wilayah teritorialnya, maka tentu tidak ada hubungan subordinat antara satu negara dengan negara lainnya dalam melaksanakan otoritas atau kekuasaan tersebut. Hukum internasional adalah hukum untuk entitas-entitas yang bersifat koordinat, bukan subordinat. Hubungan negara-negara dengan hukum internasional bersifat subordinat, tetapi hubungan antara negara dengan negara lainnya adalah sama atau setara (*equal*).³³⁰

Namun bila dianalisis lebih lanjut, sebenarnya tidak ada kontradiksi antara pembatasan kedaulatan untuk kemanusiaan dan kesetaraan kedaulatan itu sendiri. Hal ini karena keadilan memerlukan yang namanya *proportional equality* atau kesetaraan yang proporsional. Hal ini berarti tindakan negara yang "berbeda" itu

³²⁸ Anne Peters, *opcit*, 529

³²⁹ Ibid

³³⁰ H.J. Morgenthau, *Politics among Nations, The Struggle for Power and Peace*, (ed. Kenneth W. Thompson and David Clinton, 7th edn, 2005 (orig. 1948)), at 320, di dalam Anne Peters, *opcit*, hlm.529

dapat diperbolehkan hanya jika tindakan tersebut diperlukan dan cukup untuk memenuhi dan melaksanakan tujuan-tujuan yang ditetapkan oleh hukum internasional.³³¹ Penghormatan suatu negara terhadap hak asasi manusia yang fundamental merupakan kriteria yang dapat dilegitimasi atas perbedaan perlakuan antar negara. Meskipun perbedaan tersebut tergantung pada konteks dan harus dilihat kasus per kasus, tetapi ada anggapan bahwa kriteria tersebut merupakan pembenaran terhadap tujuan-tujuan yang paling tinggi. Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, bahwa ada perkembangan terhadap prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia yang ditegaskan di dalam sejumlah konvensi dan sumber hukum lainnya dalam hukum internasional, maka prinsip tersebut dapat "menang" terhadap prinsip kesetaraan kedaulatan. Hal tersebut kembali menegaskan kedaulatan perlu diikuti oleh tanggungjawab.³³²

Argumen lain yang mengkritik pembatasan terhadap konsep kedaulatan negara adalah pendapat bahwa dengan memprioritaskan penghormatan terhadap hak asasi manusia akan dapat disalahgunakan oleh negara-negara kuat sebagai lampu hijau untuk melakukan intervensi, bila negara tidak mau dan tidak mampu untuk menghentikan pelanggaran HAM berat yang terjadi di negaranya, meskipun tindakan tersebut melanggar kedaulatan negara yang merupakan prinsip utama Piagam PBB.³³³ Hal tersebut dilakukan karena memang ada pergeseran konsep bahwa saat ini prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia tidak lagi merupakan urusan internal atau domestik suatu negara tetapi telah menjadi perhatian dan urusan komunitas internasional. Hak asasi manusia berkembang dan bahwa dapat dikatakan telah mengalahkan dominasi konsep kedaulatan negara dalam hubungan internasional. Atas dasar terjadinya kejahatan internasional di suatu negara seperti genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, *ethnic cleansing* telah membuat banyak negara yang menjustifikasi tindakan mereka atas dasar *humanitarian intervention*, yaitu suatu bentuk intervensi atau penggunaan kekuatan bersenjata oleh suatu negara (atau sejumlah negara), kepada negara lain

³³¹ Peters, *The Growth of International Law between Globalization and Great Power*, Austrian Rev Int'l and European L (2003) 109, at 130 – 135 di dalam Anne Peters, Ibid

³³² Ibid

³³³ Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, EJIL, 1998, hlm.624. Lihat juga Alvarez, *The Schizophrenias of R2P*, ASIL Newsletter, summer 2007, di dalam Anne Peter, Ibid, hlm.531

dengan tujuan untuk menghentikan pelanggaran HAM berat yang terjadi di negara itu,³³⁴ walaupun tindakan tersebut melanggar kedaulatan negara lain tersebut.³³⁵

Humanitarian intervention inilah yang kemudian membatasi kedaulatan negara dan menjadi puncak konflik dari perdebatan antara prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia dan prinsip non-intervensi yang berhubungan erat dengan kedaulatan negara. Terlepas dari aspek politis yang dimiliki oleh negara-negara kuat bila mengintervensi negara lain, patut untuk di analisis lebih dalam terkait justifikasi atau legitimasinya dalam hukum internasional, bila memang benar-benar terjadi pelanggaran HAM berat di dalam suatu negara dan Negara tersebut tidak mau dan atau tidak mampu untuk menghentikan kejahatan tersebut. Bagaimanapun juga, tidak dapat dipungkiri bahwa prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia merupakan prinsip yang telah berkembang dan diterima serta diakui oleh komunitas internasional, yaitu sebagai hukum kebiasaan internasional, dan bahkan pelanggaran terhadap HAM tertentu seperti genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan etnik cleansing, yang merupakan alasan dilakukannya *humanitarian intervention*, telah diakui sebagai *jus cogens*.³³⁶ Akibatnya adalah prinsip tersebut bukan lagi menjadi urusan domestic atau internal masing-masing negara secara individu melainkan telah menjadi tanggungjawab masyarakat internasional secara keseluruhan, terutama dalam kasus-kasus pelanggaran HAM berat yang *shock the conscience of mankind*, yaitu kejahatan-kejahatan yang diatur di dalam Statuta Roma.³³⁷ Karena pada dasarnya tentu tidak ada ketentuan dalam hukum internasional, bahkan kedaulatan sekalipun, yang mengizinkan negara atau pemerintah melakukan pelanggaran HAM berat namun kemudian dapat berlandung dibawah kedaulatan negara.³³⁸

³³⁴ Murphy, Sean D. 1996, *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, hlm.11-12

³³⁵ Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, Book 1, West Group, ST. Paul, Minn, 1999, hlm. 826

³³⁶ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1951, hlm.15; Judge Tanaka, Dissenting Opinion, South West Africa Caes (Second Phase), ICJ Reports, 1966; Judge Ammoun, Separate Opinion, Barcelona Traction Case (Second Phase), ICJ Reports, 1970 di dalam Ian Brownlie, opcit, hlm.498

³³⁷ Rome Statute of the International Criminal Court, pasal 6,7,8; Kimberly Hudson, Justice, *Intervention and Force in International Relations, Reassessing Just War Theory in the 21st Century*, Routledge, 2009, hlm.5

³³⁸ The Secretary General's Millennium report (2000), chapter IV, hlm. 48, dapat dilihat pada situs <http://www.un.org/millennium/sg/report/full.htm>

BAB IV

LEGITIMASI *UNILATERAL HUMANITARIAN INTERVENTION* DALAM HUKUM INTERNASIONAL

Pertanyaan yang paling mendasar ketika berbicara mengenai *unilateral humanitarian intervention* adalah apakah yang harus dilakukan oleh suatu atau sekelompok negara, bila terjadi pelanggaran HAM berat atau kejahatan internasional yang dilakukan oleh suatu pemerintah terhadap warganegara atau rakyatnya, dan DK PBB yang memiliki tanggungjawab untuk memelihara keamanan dan perdamaian internasional, baik karena tidak mau dan atau tidak mampu mencegah atau menghentikannya?

Berikut dibahas dan dianalisis terkait dilema dan pertentangan yang ada diantara para ahli, analisis praktek tersebut menurut hukum internasional (baik Piagam PBB, hukum kebiasaan internasional maupun sumber hukum lain seperti prinsip dan doktrin yang berkembang), serta legitimasi praktek ini dan implikasinya terhadap perkembangan hukum internasional yang akan datang.

4.1 Dilema *Unilateral Humanitarian Intervention* dalam Hukum Internasional

Hukum internasional memang mengatur tentang kedaulatan negara, prinsip non intervensi maupun perlindungan terhadap hak asasi manusia, dimana ketiganya merupakan prinsip yang berlaku umum dalam hukum internasional. Namun hukum internasional tidak mengatur mengenai praktek *humanitarian intervention*. Di dalam Piagam PBB sendiri, tidak pernah disebutkan mengenai definisi dan pengaturan mengenai *humanitarian intervention* secara eksplisit.³³⁹

Dalam Black's Law Dictionary, *humanitarian intervention* diartikan sebagai intervensi yang dilakukan oleh komunitas internasional untuk mengurangi pelanggaran hak asasi manusia dalam sebuah negara, walaupun tindakan tersebut

³³⁹ Oscar Schachter, *The Legality of Pro-democratic Invasion*, *American Journal of International Law*, 1984, hlm.646, by Byers and Chesterman, *Changing the Rules about Rules: Unilateral Humanitarian Intervention and the Future of International Law*, hlm.181 di dalam Brendan C. Bartlett, *Norms Emergence and Humanitarian Intervention, Major, United States Air Force*, International Relations, University of Cambridge, 2006, hlm.4

melanggar kedaulatan negara tersebut.³⁴⁰ Dalam kamus hukum internasional, *humanitarian intervention* diartikan sebagai perlakuan sewenang-wenang sebuah negara terhadap penduduknya, terutama minoritas, lebih tepatnya kekejaman dan kejahatan yang mengagetkan kesadaran umat manusia. Kemudian, negara lain, yang biasanya negara adikuasa, mengambil tindakan atas peristiwa tersebut dengan ancaman atau penggunaan kekuatan dengan maksud untuk melindungi minoritas yang tertindas.³⁴¹

Murphy, Sean D mendefinisikan *humanitarian intervention* sebagai ancaman atau penggunaan kekuatan oleh suatu negara, sekelompok negara, atau organisasi internasional yang bertujuan melindungi warga negara di negara yang dituju dari pelanggaran hak asasi manusia.³⁴² Menurut **Adam Roberts**, *humanitarian intervention* adalah intervensi militer kepada negara lain, dengan kesepakatan yang terbatas atau tanpa kesepakatan dengan pejabat di negara tersebut, untuk mencegah *widespread suffering* dan kematian sebuah populasi.³⁴³

Simon Duke mendefinisikannya sebagai suatu bentuk penggunaan kekuatan bersenjata oleh suatu negara (atau sekelompok negara) untuk melindungi warga negara dari negara yang dituju dari pelanggaran HAM berat yang terjadi disana.³⁴⁴

Ian Brownlie mengartikannya sebagai ancaman atau penggunaan kekuatan bersenjata oleh suatu negara atau sebuah organisasi internasional dengan tujuan perlindungan terhadap HAM.³⁴⁵ Menurut **JL Holzgrefe**, *humanitarian intervention* adalah ancaman atau penggunaan kekuatan melewati perbatasan suatu negara oleh negara lain atau sekelompok negara yang mengarah pada pencegahan atau pengakhiran pelanggaran hak asasi manusia selain warganegaranya sendiri, tanpa ijin negara yang dituju.³⁴⁶

³⁴⁰ Bryan A. Garner ed., 1999, *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, Book 1, West Group, ST. Paul, Minn, hlm. 826

³⁴¹ Parry and Grant, 1986, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Oceana Publication, Inc., Newyork, hlm. 190-191

³⁴² Murphy, Sean D., *opcit*, hlm.11-12

³⁴³ Adam Roberts, *Humanitarian War : Military Intervention and Human Rights, International Affair*, Vol.69, no3, 1993, hlm.445

³⁴⁴ Simon Duke, *The State and Human Rights : Sovereignty versus Humanitarian Intervention, International Relation*, Vol XII, No2, 1994, hlm.27

³⁴⁵ Ibid

³⁴⁶ JL Holzgrefe, 2003, *The Humanitarian Intervention Debate*, di dalam LJ Holzgrefe & Robert O Keohane (eds), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge University Press, hlm.18

Dari beberapa pengertian diatas, suatu perbuatan dapat dikatakan *humanitarian intervention* apabila adanya ancaman penggunaan kekuatan oleh suatu negara atau sekelompok negara; dilakukan tanpa ijin dari negara yang dituju; bertujuan mencegah dan atau mengakhiri pelanggaran hak asasi manusia berat di negara yang dituju. Sedangkan *unilateral humanitarian intervention* adalah intervensi oleh suatu negara atau sejumlah negara untuk tujuan kemanusiaan namun dilakukan tanpa otorisasi atau persetujuan dari DK PBB.³⁴⁷ Dilema *unilateral humanitarian intervention* adalah berdasarkan fakta bahwa komunitas internasional tidak dapat merespon terhadap pelanggaran HAM apabila intervensi ini dianggap menentang kedaulatan negara.³⁴⁸ Di lain pihak, perlindungan terhadap HAM merupakan salah satu tujuan dari Piagam PBB yang harus ditaati dan dilaksanakan oleh negara peserta. Pelanggaran HAM tertentu seperti genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan agresi telah diatur dalam Statuta Roma,³⁴⁹ dan biasa disebut sebagai *the most serious crimes of concern to the international community as a whole*.³⁵⁰

Terkait legitimasi praktek *unilateral humanitarian intervention*, para ahli hukum dalam menganalisis masalah tersebut tentu memiliki perbedaan pandangan yang dapat menyebabkan terjadinya kesimpulan yang berbeda.³⁵¹ Berikut merupakan argumentasi dari para ahli hukum, sebagai gambaran awal isu yang diangkat, yang dibedakan menjadi dua pihak utama, yaitu pihak yang tidak setuju (*opponents*) dan pihak yang setuju (*proponents*) dengan praktek *unilateral humanitarian intervention* ini.

4.1.1 Argumentasi Penentang *Unilateral Humanitarian Intervention* (Opponents)

Sebagian pendapat dari para pakar hukum internasional yang menolak praktek ini mengindikasikan bahwa tidak pernah ada hak, apalagi kewajiban

³⁴⁷ Penelope C. Simons, *Humanitarian Intervention, A Review of Literature*, The Ploughshares Monitor, vol 4.. 2001

³⁴⁸ Beat, Schwiezer, 2004, *Moral Dilemmas for humanitarianism in the Era of "Humanitarian" Military Intervention*, hlm 542

³⁴⁹ Rome Statute of the International Criminal Court 1998, pasal 5

³⁵⁰ Romli Atmasasmita, 2004, *Kapita Selekta Hukum Pidana Internasional*, CV Utomo, Bandung, hlm.3

³⁵¹ Jennifer M. Welsh, *Taking Consequences Seriously : Objections to Humanitarian Intervention*, Oxford University Press, 2004

terkait *unilateral humanitarian intervention* dalam hukum internasional.³⁵² Menurut mereka hal ini karena sifat dasar manusia adalah jahat/buruk. Dengan demikian, tidak akan pernah ada intervensi yang murni atas dasar kemanusiaan. Semua bentuk intervensi dibangun atas dasar kepentingan nasional. Selain itu, kedaulatan merupakan harga mati bagi sebuah negara. Kalaupun ada, *unilateral humanitarian intervention* bertentangan dengan hukum internasional karena bertentangan dengan salah satu prinsip fundamental dalam hukum internasional yaitu prinsip non intervensi.³⁵³

Pihak yang menentang ini menganggap bahwa *unilateral humanitarian intervention* adalah ilegal didasarkan atas beberapa alasan. Yang pertama adalah karena Piagam PBB sendiri melarang praktek ini.³⁵⁴ Hal ini terkait prinsip larangan penggunaan kekuatan bersenjata yang dicantumkan di dalam pasal 2 ayat (4) Piagam PBB, dimana secara tegas dilarang menggunakan kekuatan bersenjata (use of force) ke wilayah teritorial negara lain. Memang, ada dua pengecualian, yang pertama adalah hak bela diri atau *self defence*, baik secara individu maupun kolektif,³⁵⁵ dimana penggunaan kekuatan bersenjata ditujukan untuk melindungi warga negara sendiri dan bukan warga negara lain di negara lain. Sedangkan pengecualian kedua adalah penggunaan kekuatan bersenjata dengan otorisasi DK PBB,³⁵⁶ ketika ada pelanggaran terhadap perdamaian dan keamanan internasional yang dicantumkan di dalam Bab VII Piagam PBB. Kedua pasal tersebut menegaskan bahwa segala macam bentuk intervensi dan penggunaan kekuatan bersenjata hanya boleh dilakukan dengan otorisasi dari DK PBB atau dengan alasan bela diri. Praktek *unilateral humanitarian intervention* tidak termasuk keduanya.

³⁵² Tobias Vogel, *The Politics of Humanitarian Intervention*, The Journal of Humanitarian Assistance, Feinstein International Center, 1996; Daphné Richemond, *Normativity in International Law: The Case of Unilateral Humanitarian Intervention*, Yale Human Rights and Development Law Journal, Vol.6, 2003, hlm.2; Lihat juga Pablo Arrocha, *The Never Ending Dilema : Is The Unilateral Use of Force By States Legal in the Context of Humanitarian Intervention*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vo. XI, 2011, hlm.42

³⁵³ Robert Kolb, *Note On Humanitarian Intervention*, hlm 126; James Pattison, 2006, *Legitimacy and Humanitarian Intervention: Who Should Intervene?* University of Newcastle, hlm.4

³⁵⁴ Steve G. Simon, *The Contemporary Legality of Unilateral Humanitarian Intervention*, 24 Cal. W. Int'l L.J., 1993, HLM.128

³⁵⁵ United Nations Charter 1945, Pasal 51

³⁵⁶ Ibid, Pasal 39

Alasan kedua adalah karena menurut pihak ini, kedaulatan negara yang berhubungan erat dengan prinsip non intervensi telah sampai pada status *peremptory norm* atau *jus cogens*,³⁵⁷ sehingga tidak dapat dikecualikan dalam keadaan apapun. Hal ini berdasarkan instrumen-instrumen hukum internasional, seperti dua deklarasi yang dikeluarkan oleh Majelis Umum PBB yaitu, deklarasi tentang larangan intervensi ke dalam urusan domestik negara,³⁵⁸ dan deklarasi tentang prinsip hukum internasional terkait kerjasama antar negara,³⁵⁹ serta putusan ICJ,³⁶⁰ seperti putusan atas kasus Nikaragua versus Amerika, yang meneguhkan prinsip non intervensi sebagai sebuah hukum kebiasaan internasional.³⁶¹

Sedangkan alasan ketiga adalah karena praktek-praktek negara dalam 2 abad terakhir, terutama sejak 1945, tidaklah cukup, baik dari segi jumlah, frekuensi maupun pengakuan dari negara lain untuk mampu menyebutnya sebagai suatu kebiasaan internasional.³⁶² Selain itu, bila dianggap sah, maka akan menciptakan preseden yang sangat berbahaya untuk kasus-kasus serupa di masa yang akan datang. Hal ini sama saja membuka kesempatan untuk negara-negara adidaya / kuat untuk mengintervensi urusan domestik negara-negara yang lemah untuk kepentingan mereka sendiri. Apalagi, bila dilihat dari sisi keuntungan, negara-negara kuat tersebut tidak akan mendapatkan "apa-apa" bila melakukan intervensi yang murni untuk tujuan kemanusiaan.

³⁵⁷ Jianming Shen, 2001, *The Non Intervention Principle and Humanitarian Intervention under International Law*, International Legal Theory, hlm.1; Lihat juga Anthony D'Amato, *There is No Norm of Intervention or Non-Intervention in International Law*, Northwestern University School of Law, 2010, hlm.10; Jan Kratochvíl, *Humanitarian Intervention and State Sovereignty*, 2006, hlm.5; Krista Nadakavukaren Schefer, *Social Regulation in the WTO, Trade Policy and International Legal Development*, Edward Elgar, UK, 2010, hlm.44

³⁵⁸ Declaration On The Inadmissibility of Intervention In The Domestic Affairs of State (G.A.R. 2131/ XX, 21 Desember 1965)

³⁵⁹ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (G.A. Res. 2625/ XXV, 24 Oktober 1970)

³⁶⁰ Jianming Shen, *Ibid.*, hlm. 3-4

³⁶¹ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, paras.57-74

³⁶² Nigel Rodly, Basak Cali, *Kosovo Revisited: Humanitarian Intervention on the Fault Lines of International Law*, Human Rights Law Review, Oxford University Press, 2007, hlm.279; Lihat juga Robert Mansson, *The legality of Humanitarian Intervention in Customary International Law*, University of Lund, 2007, hlm.20-34; Anna Bergh, *The Legal Status of Humanitarian Intervention*, 2007, hlm.32-33

Bila disimpulkan, pihak *opponents* lebih mengedepankan dan mementingkan prinsip non-intervensi yang berkaitan dengan kedaulatan negara sebagai tujuan utama dari Piagam PBB, yang dapat menciptakan dan atau meningkatkan perdamaian dunia. Sehingga bila dihadapkan pada sebuah pilihan dimana ada pertentangan antara dua tujuan PBB, pihak ini menganggap bahwa Piagam PBB akan lebih memilih untuk mengedepankan perdamaian diatas keadilan. Seperti yang diungkapkan oleh Cassese bahwa ketika terjadi konflik atau pertentangan antara dua norma yang memiliki nilai yang penting, maka perdamaian akan selalu menjadi faktor utama dan faktor pemenang.³⁶³

4.1.2 Argumentasi Pendukung *Unilateral Humanitarian Intervention* (Proponents)

Menurut para ahli yang mendukung praktek *unilateral humanitarian intervention*, meskipun tidak disebutkan secara eksplisit dalam ketentuan hukum internasional, *unilateral humanitarian intervention* mendapatkan legalitas maupun legitimasinya karena beberapa alasan pula.

Yang pertama adalah karena *unilateral humanitarian intervention* tidak melanggar Pasal 2(4) Piagam PBB.³⁶⁴ Kesatuan wilayah dalam pasal tersebut dimaksudkan jika sebuah negara kehilangan wilayahnya secara permanen sedangkan dalam *unilateral humanitarian intervention* pihak yang melakukan intervensi tidak mengambil wilayah negara secara permanen. *Unilateral humanitarian intervention* juga tidak melanggar kebebasan politik sebuah negara. Tindakan tersebut hanya bertujuan untuk memulihkan hak asasi manusia pada suatu negara yang merupakan salah satu tujuan Piagam PBB.³⁶⁵ Prinsip perlindungan terhadap HAM khususnya perlindungan dari kejahatan HAM berat merupakan tujuan yang hendak dicapai oleh Piagam PBB.

³⁶³ Antonio Cassese, *“Ex Iniuria Ius Oritur: Are We Moving Towards International Legitimization of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?”* European Journal of International Law, 1999, hlm.22-23

³⁶⁴ Fernando Teson, *Humanitarian Intervention : An Inquiry Into Law and Morality*, 1988, hlm.131, di dalam Barry Benjamin, *Unilateral Humanitarian Intervention : Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities*, Fordham International Law Journal, Volume 16 Issue, 1992, hlm.141

³⁶⁵ Philip C. Jessup, *opcit*, hlm. 162

Alasan kedua adalah bahwa tujuan adanya hukum internasional memang untuk membatasi kedaulatan negara itu sendiri. Sejak individu menjadi subyek hukum internasional, maka sebenarnya kedaulatan negara itu diperoleh dari individu yang mendelegasikan kewenangannya kepada negara. Jadi, ketika negara telah melanggar hak-hak individu, maka para individu tersebut dapat meminta bantuan kepada pihak lain (negara) untuk memulihkan hak-hak mereka. Pada saat itulah *unilateral humanitarian intervention* menjadi eksis dan timbul kewajiban negara untuk melakukan kerjasama (bantuan) antara mereka untuk melindungi dan mempromosikan hak asasi manusia yang oleh pihak ini dianggap sebagai norma *jus cogens*.³⁶⁶

Para pembela legitimasi *unilateral humanitarian intervention* memberikan sebuah analogi polisi dengan kantor polisi. Jika ada seorang polisi yang menyalahgunakan wewenang dan kekuasaannya, apakah kemudian untuk meminimalisir penyelewengan tersebut kita harus menutup semua kantor polisi? Jawabannya tentu tidak. Begitupun dengan *unilateral humanitarian intervention*, tugas hukum internasional dan masyarakat internasional adalah bagaimana melindungi dan mempromosikan agar pelanggaran hak asasi manusia tidak terjadi, bukannya menghapus *unilateral humanitarian intervention*.³⁶⁷

Selain itu, pihak ini juga mengkritisi pengertian yurisdiksi domestik yang terdapat dalam Pasal 2 ayat (7) Piagam PBB. Yurisdiksi domestik tergantung sepenuhnya kepada jenis kejahatan yang terjadi dalam suatu negara, apakah kejahatan tersebut merupakan urusan domestik atau urusan komunitas internasional secara keseluruhan.³⁶⁸ Genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, *ethnic cleansing* merupakan pelanggaran terhadap hak asasi manusia yang berskala internasional. Dengan adanya beberapa konvensi seperti Konvensi tentang

³⁶⁶ NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects," in: European Journal of International Law, vol. 10 [1999], hlm.2 di dalam Hans Kochler, *Humanitarian Intervention in the Context of Modern Power Politics, International Progress Organization*, Studies in International Relations XXVI, Vienna, 2001, hlm.34; Lihat juga A. Verdross, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, 60 AJIL (1966), hlm.59 – 60 di dalam Rafael Nieto-Navia, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, 2001, hlm.13

³⁶⁷ A. H. Robertson & J. G. Merrills, Human Rights in the World 1 (1989) di dalam Eric Adjei, *The Legality of Humanitarian Intervention*, Tesis, University of Georgia, 2005, hlm.36

³⁶⁸ Mitzui Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law : Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia, 2005, hlm.136

Genosida, maka kemutlakan yurisdiksi domestik telah “tergerogoti”, sehingga berlaku yurisdiksi universal,³⁶⁹ setidaknya berdasarkan hukum kebiasaan internasional.³⁷⁰

Bila dibaca dan dipahami secara obyektif, kedua argumen yang diberikan sama-sama memiliki alasan yang kuat dan benar, tergantung dari aspek mana kita melihatnya. Yang jelas, kedaulatan negara, larangan penggunaan kekuatan bersenjata dan perlindungan terhadap HAM sama-sama dicantumkan di dalam Piagam PBB sebagai prinsip utama dalam menjalankan hubungan antar negara yang wajib untuk dihormati dan dijunjung tinggi. Namun, dalam keadaan tertentu yang mengharuskan dilanggarnya salah satu prinsip tersebut untuk menegakan prinsip lainnya, seperti halnya dalam *unilateral humanitarian intervention*, maka tentu dibutuhkan analisis dari berbagai aspek dan sudut pandang yang dilakukan dengan se-obyektif mungkin.

4.2 Analisis Legitimasi *Unilateral Humanitarian Intervention* dalam Hukum Internasional

4.2.1 *Unilateral Humanitarian Intervention* berdasarkan Tujuan Piagam PBB

Hukum internasional mengizinkan dilakukan interpretasi suatu perjanjian dalam hukum internasional. *A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*³⁷¹ Artinya suatu perjanjian internasional sebaiknya diinterpretasi dengan itikad baik sesuai dengan arti yang sebenarnya dan sesuai dengan obyek dan tujuan perjanjian tersebut.

Salah satu tujuan yang tercantum di dalam Piagam PBB adalah promosi dan perlindungan terhadap HAM.³⁷² Piagam PBB juga menciptakan kewajiban untuk mempromosikan penghormatan terhadap HAM dan kebebasan serta

³⁶⁹Ibid; The Program for Humanitarian Policy and Conflict Research, *Brief Primer on Genocide*, <http://ihl.ihlresearch.org/index.cfm?fuseaction=page.viewpage&pageid=1638>

³⁷⁰ Lihat Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. & Mont.), 1993 I.C.J., 443, Geoffrey Robertson, Crimes Against Humanity, 1999, hlm.241; Oppenheim’s International Law, hlm. 998, di dalam Gabriel Bottini, *Universal Jurisdiction After The Creation of the Intenational Criminal Court, International Law and Politics*, Vol. 36:503, 2004, hlm.537

³⁷¹ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, Pasal 31, hlm 736

³⁷² United Nations Charter 1945 Pasal 1(3)

memberikan tanggungjawab untuk berbuat, baik secara terpisah maupun bersama-sama, kepada negara anggota.³⁷³ Penyangkalan terhadap HAM dasar merupakan suatu pertentangan terhadap tujuan maupun prinsip yang ada di dalam Piagam PBB.³⁷⁴ Oleh karena itu, bila perlindungan HAM telah dituangkan sebagai salah satu tujuan Piagam PBB, interpretasi untuk mengizinkan langkah-langkah kemanusiaan seharusnya tidak bertentangan dengan Piagam PBB,³⁷⁵ karena *unilateral humanitarian intervention* sendiri bertujuan untuk mencegah ataupun menghentikan pelanggaran HAM berat, seperti genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, pembersihan etnis (*ethnic cleansing*) yang terjadi di dalam suatu negara.³⁷⁶ Oleh karena preambule Piagam PBB menyatakan bahwa promosi HAM sebagai salah satu tujuannya, maka *unilateral humanitarian intervention* dapat dilegitimasi berdasarkan tujuan Piagam PBB.³⁷⁷

4.2.2 Unilateral Humanitarian Intervention berdasarkan Prinsip Non- Intervensi (*use of force*)

Prinsip non-intervensi, yaitu larangan suatu negara untuk mengintervensi urusan internal negara lain telah menjadi sebuah hukum kebiasaan internasional,³⁷⁸ dan bahkan telah diterima sebagai norma *jus cogens*.³⁷⁹ Larangan untuk menggunakan kekuatan bersenjata antarnegara (*use of force*) yang diatur di dalam Piagam PBB Pasal 2 ayat (4). Pasal tersebut berbunyi sebagai berikut:

³⁷³ Ibid, Pasal 1, 55, dan 56

³⁷⁴ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council Resolution 276, Advisory Opinion, 1971 ICJ Reports, 16, at para 131

³⁷⁵ Ige F. Dekker, 2001, *Ilegality and Legitimacy of Humanitarian Intervention : Synopsis and Comments of Dutch Report*, Oxford University Press, hlm 119

³⁷⁶ Jennifer Welsh, *Humanitarian Intervention and International Relations*, Oxford, 2004; Kritsiotis, *Reappraising Policy Objections to Humanitarian Intervention*, MJIL 1998

³⁷⁷ Lori F. Damrosch & David J. Scheffer, (eds) Tom J. Farer : *An Inquiry into the Legitimacy of Humanitarian Intervention, in Law and Force in the New International Order*, 1991, hlm.190; Anthony Arend, *International Law and Rogue States: The Failure of the Charter Framework*, 2002, hlm.735, 748; Lihat juga Penelope C. Simons, *Humanitarian intervention: a review of literature*, The Ploughshares Monitor, 2001, hlm.4

³⁷⁸ Lihat Shaw, *International Law*, 5th edn, Cambridge University Press, 2003, hlm.1039; Lihat juga Judgement of the ICJ in Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v United States), Merits, Judgment, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, at para. 202. Prinsip ini juga disebutkan di dalam Declaration Concerning Friendly Relations and Co-operation Amongst States in Accordance with the Charter of the United Nations in 1970

³⁷⁹ Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States), Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, hlm.100-101

*All members shall refrain in their international relation from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purpose of the United Nations.*³⁸⁰

Status prinsip non intervensi sebagai norma *jus cogens* berarti bahwa prinsip larangan intervensi ini tidak dapat dikecualikan dalam keadaan apapun, namun dapat dimodifikasi. Ada dua cara dimana larangan penggunaan kekuatan bersenjata yang dicantumkan di dalam Piagam PBB dapat dimodifikasi. Yang pertama, larangan tersebut dapat dimodifikasi dengan munculnya norma baru yaitu hukum kebiasaan internasional yang mendukung adanya hak *unilateral humanitarian intervention*.³⁸¹ Kedua, praktek tersebut memiliki kapasitas untuk menciptakan interpretasi-interpretasi terhadap Piagam tersebut.³⁸² Walaupun larangan penggunaan kekuatan bersenjata merupakan suatu *peremptory norm*, ia dapat saja dimodifikasi oleh *peremptory norma* yang lain, seperti larangan genosida. Terkait hubungannya untuk menciptakan hukum kebiasaan internasional dibahas pada sub bab dibawah. Terkait dengan interpretasi Piagam PBB analisisnya adalah sebagai berikut.

Ada dua pengecualian atas prinsip non intervensi di atas, yaitu *self defence* atau hak bela diri baik secara individu maupun kolektif, yang diatur dalam Pasal 5, dan penggunaan kekuatan bersenjata yang diotorisasikan oleh DK PBB, dibawah Bab VII Piagam PBB.³⁸³ *Unilateral humanitarian intervention* tidak dapat dikategorikan ke dalam kedua pengecualian tersebut. Praktek tersebut tidak dapat dikategorikan sebagai *self defence* karena tidak berusaha melindungi warganegara sendiri, melainkan warganegara lain. Meskipun DK PBB dapat mengotorisasikan intervensi yang bersifat kolektif dibawah Bab VII Piagam PBB bila situasinya merupakan ancaman terhadap perdamaian dan keamanan internasional, *unilateral humanitarian intervention* terjadi tanpa otorisasi DK PBB, sehingga merupakan pelanggaran terhadap Piagam PBB.

³⁸⁰ Prinsip non intervensi juga dipertegas dalam Declaration Concerning Friendly Relations and Co-operation Amongst States in Accordance with the Charter of the United Nations in 1970

³⁸¹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits)* 1986 ICJ Rep 14 at 109 (para 207) (June 27).

³⁸² Vienna Convention on the Law of the Treaties 1969, Art 31(3)(b).

³⁸³ United Nations Charter 1945, pasal 5 dan Bab VII

Namun bila kita perhatikan Pasal 2 ayat (4) diatas, sebenarnya terdapat beberapa kata penting dalam yang dapat ditafsirkan,³⁸⁴ yaitu ancaman atau penggunaan kekuatan (*threat or use of force*), kesatuan wilayah (*territorial integrity*), kebebasan politik (*political independence*), dan tidak selaras dengan tujuan PBB. Bila pasal ini dilihat dengan menggunakan metode interpretasi tekstual, yaitu suatu upaya untuk memahami suatu teks aturan perundang-undangan ataupun suatu teks perjanjian berdasarkan bahasa dan susunan kata-kata yang digunakan,³⁸⁵ maka penggunaan kekuatan bersenjata dilarang hanya apabila diarahkan langsung kepada kesatuan wilayah, kemerdekaan politis atau tidak sesuai dengan tujuan Piagam. Sehingga intervensi dapat dilakukan asal tidak merusak kesatuan wilayah secara permanen atau mengklaim wilayah atau territorial negara lain.³⁸⁶ Mengenai konsep kebebasan politik berarti kemerdekaan suatu negara tidak boleh diragukan.³⁸⁷

Unilateral humanitarian intervention sendiri tidak akan menghilangkan bagian teritorial suatu negara, wilayahnya tetap satu dan integral, karena keberadaan intervensi hanya sementara sehingga tidak ada wilayah atau teritorial yang diambil, atau diberikan secara paksa kepada negara lain. Praktek ini juga tidak akan memberikan dampak apapun terhadap kemerdekaan politik negara yang dituju. Hal ini sesuai dengan tujuan Piagam PBB yaitu penghormatan dan perlindungan terhadap HAM yang hanya melarang *use of force* yang langsung dituju kepada kesatuan wilayah / kebebasan politik negara lain.³⁸⁸

³⁸⁴ Yoram Dinstein, *op.cit.*, hlm. 89. Heike Kreiger, *The Kosovo Conflict and International Law, An Analytical Documentation 1974-1999*, Cambridge University Press, 2001, Mohammad Karoubi, *Just or Unjust? : International Law and Unilateral Use of Arm Force by States*, Ashgate Publishing Limited, 2005, hlm.229

³⁸⁵ Philipus M. Hadjon, "*Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik (Normatif)*", *Yuridika, Jurnal Hukum Universitas Airlangga Surabaya*, No.6 Tahun IX, November-Desember 1994, hlm.6

³⁸⁶ Pernyataan dari Profesor Hikmahanto Juwana, Guru Besar Hukum Internasional UI dalam sesi wawancara pada tanggal 5 Juni 2012

³⁸⁷ Steve G. Simon, *The Contemporary Legality of Unilateral Humanitarian Intervention*, 1993, *CWJIL*, hlm.130

³⁸⁸ Lihat *Corfu Channel Case (UK v Albania) (merits)* [1949] ICJ REP 1992 [*Corfu Case*]; Lihat juga Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford Caredon Press, 1963, hlm.265; Lihat juga Reisman and Mc Dougal, *Humanitarian Intervention to Protect the Ibo*; Fernando Teson, *Humanitarian Intervention*, New York, 1997, hlm.151; Greenwood, *Is There a Right of Humanitarian Intervention*, 1993, di dalam Pablo Arrocha, *The Never Ending Dilema : Is The Unilateral Use of Force By States Legal in the Context of Humanitarian Intervention*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vo. XI, 2011, hlm.17

Selain itu terkait dengan prinsip larangan intervensi, putusan ICJ dalam kasus Nikaragua versus Amerika tidak secara eksplisit menafsirkan bahwa *unilateral humanitarian intervention* bertentangan dengan hukum internasional. ICJ memang menolak alasan yang digunakan Amerika karena intervensi tersebut tidak dilakukan secara proporsional.³⁸⁹ Menurut ICJ penggunaan kekerasan bersenjata yang digunakan dengan alasan kemanusiaan harus sesuai dengan peruntukannya sedangkan apa yang dilakukan Amerika adalah meledakkan dermaga, instalasi minyak yang tidak memiliki korelasi dengan perlindungan terhadap hak asasi manusia.³⁹⁰ Namun ICJ sendiri tidak menyatakan secara eksplisit bahwa praktek ini bertentangan dengan hukum internasional.³⁹¹

4.2.3 Unilateral Humanitarian Intervention berdasarkan Prinsip Necessity

Prinsip *necessity* memberikan pengecualian kepada negara yang melakukan tindakan yang bertentangan dengan kewajiban internasional.³⁹² Atau dengan kata lain, *necessity* merupakan suatu norma yang telah menjadi hukum kebiasaan internasional sebagai pengecualian atas suatu tindakan yang tidak sesuai dengan ketentuan hukum internasional.³⁹³ Ketentuan ini berbunyi :

Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

- a. *Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and*
- b. *Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.*³⁹⁴

³⁸⁹ Mark Stein, *Unauthorized Humanitarian Intervention*, Social Philosophy & Policy Foundation, Printed in the USA, 2004, hlm.24-25

³⁹⁰ Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14 (June 27)

³⁹¹ Eric Heinze, *Waging Humanitarian War : The Ethics, Law and Politics of Humanitarian Intervention*, State University of New York Press, 2009, hlm.72-73

³⁹² Responsibility of States for International Wrongful Act ,UNGA Res 56/83 (12 December 2001), Art 25 [Wrongful Act].

³⁹³ Gabcikovo-Nagymaros Project Case (Hungaria v Slovakia.) (Judgement) 1997 ICJ 7, [HUNGARIA]; Andreas Laursen, *The Use of Force and Necessity*, VJLT 2004

³⁹⁴ *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001*, Yearbook of the International Law Commission, Pasal 25; General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001

Artinya bahwa prinsip *necessity* ini hanya dapat diminta oleh suatu negara sebagai pengecualian bertindak bertentangan dengan kewajiban internasional, hanya apabila tindakan tersebut merupakan keadaan darurat untuk mencegah suatu ancaman yang tiba-tiba dapat terjadi dan tindakan tersebut tidak berdampak terhadap kepentingan negara lain. Sangat penting untuk membedakan apa yang kita sebut dengan pelecehan hak asasi manusia sehari-hari dengan aksi-aksi pembunuhan massal serta kebrutalan yang dimiliki oleh ‘*crimes against humanity*’. Genosida adalah salah satu kasus yang paling nyata, dan negara pendukung pembunuhan dan pengusiran populasi secara massal dengan kekerasan juga termasuk dalam kategori ini. Kejahatan tersebut bukan lagi menjadi perhatian domestik saja namun telah menjadi perhatian dan kewajiban internasional.³⁹⁵

Necessity hanya dapat digunakan dalam keadaan tertentu saja yaitu³⁹⁶:

1. melindungi kepentingan umum;
2. adanya ancaman besar yang tiba-tiba dapat terjadi;
3. cara ini merupakan satu-satunya cara untuk melindungi;
4. tindakan *necessity* tidak merusak kepentingan utama negara target.

Berdasarkan kondisi (1) bahwa mencegah dan memerangi pelanggaran HAM berat yang meluas merupakan kepentingan seluruh komunitas internasional dan bukan merupakan kepentingan suatu negara secara individu. Melihat kondisi (2) bahwa pelanggaran HAM berat tersebut telah merupakan ancaman yang akan terjadi. Negara tempat terjadinya pelanggaran HAM tersebut bukan merupakan negara yang berhak menentukan apakah kondisi tersebut telah tercapai atau belum.³⁹⁷ Hal ini harus dilakukan oleh negara lain, termasuk negara yang mengintervensi. Tentu akan lebih mudah apabila kejahatan tersebut telah atau sedang dilakukan agar ancaman tersebut dapat dipastikan. Kondisi (3) dipahami sebagai upaya terakhir dari *humanitarian intervention*, ketika semua upaya lain

³⁹⁵ Lihat U.N. Security Council Resolution No. 216 at U.N. Doc. A/RES/216 (1965); U.N. Security Council Resolution No. 217 at U.N. Doc. A/RES/217 (1965); U.N. Security Council Resolution No. 232 at U.N. Doc. A/RES/253 (1968)

³⁹⁶ ILC Commentary to Article 25 and the ICJ judgment in the *Gabčíkovo-Nagymaros Project case (Gabčíkovo-Nagymaros (Hungary v Slovakia), Merits, Judgment, 25 September 1997, ICJ Reports 1997, 7)*, dimana Pengadilan dalam para. 52, menyatakan bahwa kondisi-kondisi tersebut merupakan kebiasaan hukum internasional.

³⁹⁷ *Gabčíkovo-Nagymaros project case*

telah dicoba dilakukan namun gagal. Negara yang akan melakukan intervensi tidak perlu menunggu untuk memulai melakukan intervensi, apabila terdapat indikasi yang mengarah pada pembunuhan besar-besaran.³⁹⁸ Biasanya harus meminta persetujuan Dewan Keamanan terlebih dahulu. Kondisi (4) merupakan prinsip proporsional yang berarti akibat dilakukan *humanitarian intervention* tersebut jangan sampai menimbulkan keadaan yang lebih kacau atau buruk dari sebelumnya.³⁹⁹

Karena itu, praktek ini dapat dibenarkan sebagai tindakan pengecualian untuk menyelamatkan HAM. Ketika terdapat bukti yang kuat bahwa bencana besar akan tiba-tiba terjadi atau telah terjadi, dan setiap upaya damai atau diplomatik telah dicoba namun gagal, maka tidak ada pilihan lain untuk melegitimasi intervensi ini.⁴⁰⁰

Necessity sebenarnya tidak dapat digunakan sebagai pengecualian terhadap pelanggaran *peremptory norm*.⁴⁰¹ Namun dalam kasus *unilateral humanitarian intervention*, walaupun larangan penggunaan kekuatan bersenjata merupakan suatu *peremptory norm*, ia dapat saja dimodifikasi oleh *peremptory norm* yang lain, seperti larangan genosida.

4.2.4 Unilateral Humanitarian Intervention berdasarkan Hukum Kebiasaan Internasional

Hukum kebiasaan internasional diartikan sebagai "*evidence of a general practice accepted as law*".⁴⁰² Hukum kebiasaan internasional ini dapat ditemukan dan dilihat dalam konvensi, perjanjian internasional, putusan peradilan nasional maupun internasional, undang-undang nasional, korespondensi diplomatik, opini dari pengacara internasional dan praktek organisasi internasional.⁴⁰³ Berdasarkan

³⁹⁸ Nicholas J. Wheeler, *The Humanitarian Responsibilities of Sovereignty : Explaining the Development of a New Norm of Military Intervention for Humanitarian Purposes in International Society*

³⁹⁹ Lihat para. 17 of ILC Commentary to Article 25

⁴⁰⁰ Lihat Harris, *Cases and Materials on International Law*, Sweet and Maxwell, London, 2004, hlm.954.

⁴⁰¹ International Law Commission, Articles on State Responsibility, Art 26

⁴⁰² Statuta ICJ, Pasal 38 ayat 1(b)

⁴⁰³ See Yearbook of the International Law Commission II 368, 1950

the two elements theory, ada dua unsur yang harus dipenuhi agar suatu praktek dapat menjadi hukum kebiasaan internasional, yaitu :⁴⁰⁴

1. Praktek atau perilaku tersebut haruslah merupakan fakta dari praktek atau perilaku yang secara umum telah dilakukan atau dipraktekkan oleh negara-negara (*the evidence of material fact*). Hal tersebut didasarkan pada keseragaman dan konsistensi praktek oleh suatu negara dalam waktu tertentu.⁴⁰⁵ Termasuk didalamnya korespondensi diplomatik, deklarasi, kebijakan hukum, opini pengacara atau konsultan nasional dalam forum nasional maupun internasional. Praktek tersebut tidaklah harus dilakukan secara universal, namun harus dilakukan secara representatif, atau setidaknya mewakili sistem politik, ekonomi dan sosial.⁴⁰⁶ Namun, satu tindakan atau praktek negara dapat melahirkan hukum kebiasaan internasional apabila mendapatkan dukungan penuh.⁴⁰⁷
2. Perilaku yang telah dipraktekkan secara umum tersebut, oleh negara-negara atau masyarakat internasional, telah diterima atau ditaati sebagai perilaku yang memiliki nilai sebagai hukum yang dalam istilah teknisnya dikenal sebagai *opinio juris sive necessitatis*. Dengan kata lain, praktek tersebut harus diterima dan ditaati sebagai suatu kewajiban atau hukum oleh negara-negara lain.⁴⁰⁸ Praktek negara merupakan tindakan atau pernyataan suatu negara tentang suatu hukum kebiasaan, termasuk tindakan fisik, pernyataan, hukum nasional dan keputusan nasional.⁴⁰⁹

Berdasarkan hal diatas, maka agar dapat dikategorikan sebagai hukum kebiasaan internasional, maka harus dianalisis apakah *unilateral humanitarian internasional* memenuhi dua element tersebut.

⁴⁰⁴ Jawahir Thontowi, Pranoto Iskandar, *Hukum Internasional Kontemporer*, Refika Aditama, 2006, hlm.62

⁴⁰⁵ North Sea Continental Shelf Cases, ICJ 3 at 42-3

⁴⁰⁶ Professor Rene Dupuy, *Sole Arbitrator in the Texaco v. Libya Arbitration*, 1979, di dalam Eric Adjei, *The Legality of Humanitarian Intervention*, Tesis, University of Georgia, 2005, hlm. dlm.44

⁴⁰⁷ Mary Ellen O'Connell, *The UN, NATO, and International Law after Kosovo*, Hum. Rts. Q, 2000, di dalam Eric Adjei, *Ibid*, hlm45

⁴⁰⁸ Nicaragua v United States, Merits 1986 ICJ 14 (Judgement of 27 June)

⁴⁰⁹ Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict 1996 ICL 66, 35 ILM 809 (1996) at 58 (Adv Op 8 Juli)

1. State practice

Terdapat beberapa kasus *unilateral humanitarian intervention* yang terjadi sebelum maupun sesudah Perang dingin.

- a. Praktek India di Pakistan Timur (Bangladesh) pada tahun 1971 merupakan kasus *unilateral humanitarian intervention* pertama atas nama penduduk yang bukan warganegaraanya sejak pembentukan Piagam PBB. Pada tahun 1970, The Awami League, partai oposisi di Pakistan Timur memenangkan kursi mayoritas di pemerintahan dan meminta otonomi yang lebih kuat. Namun pemerintah pusat menunda pembentukan konstitusi baru sehingga menimbulkan demonstrasi dan kerusuhan oleh rakyatnya.⁴¹⁰ Akibatnya pemerintah Pakistan dan tentara Pakistan Barat melakukan penyerangan dengan kekuatan militer (termasuk melakukan pembakaran desa, pemerkosaan, pembunuhan) terhadap warganegaraanya sendiri di Pakistan Timur, yang mengakibatkan kurang lebih 1 juta orang meninggal dan jutaan lainnya terpaksa mengungsi ke India, yang mempengaruhi stabilitas ekonomi dan politik India.⁴¹¹ India akhirnya memutuskan untuk secara unilateral melindungi para korban. Pakistan juga tidak berubah. India sendiri akhirnya mengakui bahwa penggunaan kekuatan bersenjata untuk tujuan kemanusiaan dapat dibenarkan.⁴¹²
- b. Tindakan Vietnam di Kamboja pada tahun 1978 juga merupakan contoh kasus lain *unilateral humanitarian intervention*. Hal ini diakibatkan oleh partai yang berkuasa yaitu Khmer Rouge. Di bawah pimpinan Pol Pot, pemerintah yang sedang berusaha untuk membuat ideologi yang cocok untuk rezimnya, melakukan genosida terhadap warga Kamboja selama kurang lebih 4 tahun, dengan korban antara 1-1,5 juta orang ditambah dengan sejumlah pemerkosaan, kejahatan dan

⁴¹⁰ Barry Benjamin, *Unilateral Humanitarian Intervention : Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities*, Fordham International Law Journal, Volume 16 Issue, 1992, hlm.132-133

⁴¹¹ Natalino Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention in Ground of Humanity*, 1985, hlm.95 di dalam Barry Benjamin, Ibid, hlm.133

⁴¹² U. N. Doc. S/PV. 1606 (1971). Quoted in T. M. Franck and N. S. Rodley, *After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force*, Am. J. Int'l L, hllm.275, 1973, di dalam Eric Adjei, *opcit*, hlm.50

deportasi. Kekejaman terhadap HAM tersebut merupakan salah satu kasus yang paling berat dan buruk selama sejarah peradaban manusia. Vietnam akhirnya melakukan intervensi selama 2 minggu.⁴¹³

- c. Kasus ketiga *unilateral humanitarian intervention* untuk mencegah dan memerangi pelanggaran HAM tanpa otorisasi Dewan Keamanan terjadi pada tahun 1979 di Uganda oleh Tanzania. Selama 7 tahun, pemerintah Uganda yang dipimpin oleh Presiden Idi Amin yang terkenal brutal dan represif, melakukan aksi teror terhadap warganegaranya sendiri dan mengeksekusi 300.000 orang.⁴¹⁴ Lagi-lagi Dewan Keamanan PBB maupun African Unity tidak melakukan tindakan apapun untuk menghentikan tragedi kemanusiaan ini.⁴¹⁵ Tanzania akhirnya melakukan intervensi dan mengakhiri kerusuhan yang terjadi.
- d. *Unilateral humanitarian intervention* oleh Amerika, Inggris dan Perancis juga pernah dilakukan di Iraq pada tahun 1991. Pada tahun 1985, pemerintah Saddam Hussien mulai menghancurkan desa-desa Kurdish secara sistematis dan bahkan menggunakan senjata nuklir terhadap penduduk setempat dan membunuh sebanyak 10.000 Kurdis.⁴¹⁶ Estimasi sebanyak 1,5 juta dari 3-4 juta populasi Kurdis lari ke Turkey dan Iran.⁴¹⁷ Dalam resolusi 688, Dewan Keamanan menyatakan bahwa situasi tersebut merupakan ancaman terhadap perdamaian dan keamanan di wilayah tersebut dan menghimbau kepada semua negara anggota untuk memberikan bantuan kemanusiaan.⁴¹⁸ Namun tidak mengotorisasi adanya penggunaan

⁴¹³ Simon Chesterman, *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford University Press, 2001, hlm.80

⁴¹⁴ Eric Adjei, *opcit*, hlm.53

⁴¹⁵ Michael J. Bazylar, *Reexamining the Doctrine of Humanitarian Intervention in Light of the Atrocities in Kampuchea and Ethiopia*, STAN. J. INT'L L., hlm.547, 1987 di dalam Barry Benjamin, *Ibid*, hlm.138

⁴¹⁶ Abiew, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, Hague, Kluwer Law International, 1992, hlm.146 di dalam Eric Adjei, *opcit*, hlm.55

⁴¹⁷ Wheeler N.J., *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford University Press, 2000, hlm.141

⁴¹⁸ Security Resolution 688

kekuatan bersenjata.⁴¹⁹ Akhirnya Amerika, Inggris dan Perancis melakukan intervensi untuk tujuan kemanusiaan melalui *Operation Provide Comfort*.⁴²⁰

- e. The Economic Community of West African States (ECOWAS) juga pernah mengintervensi tanpa otorisasi DK PBB di Liberia pada tahun 1990 akibat adanya perang saudara yang berkepanjangan untuk menjatuhkan rezim Samuel Doe, yang terbukti melakukan pelanggaran HAM berat. Sebanyak 1,3 juta orang mengungsi dan atau menghilang. DK PBB memang mengeluarkan resolusi dengan menyatakan bahwa kerusuhan tersebut merupakan ancaman terhadap perdamaian dan keamanan internasional, namun tidak mengotorisasi penggunaan kekuatan bersenjata. Meskipun demikian, akhirnya DK PBB secara implicit mendukung intervensi ECOWAS, dan bahkan menyatakannya sebagai tindakan legal, tetapi tidak ingin menciptakan preseden yang buruk.⁴²¹
- f. Perdebatan *unilateral humanitarian intervention* muncul kembali tahun 1999 dengan penggunaan kekuatan bersenjata NATO di Kosovo yang merupakan kasus paling. Kosovo pada awalnya adalah daerah otonomi Yugoslavia, yang berada di selatan Serbia.⁴²² Namun, otonomi Kosovo secara sah dan efektif selama kekuasaan pemerintahan Marshall Tito, ditarik kembali sejalan dengan direvisinya konstitusi dan perubahan administrative yang dilakukan oleh pemerintahan baru Serbia di bawah kepemimpinan Slobodan Milosevic.⁴²³ Padahal sebelum diubah (berdasarkan konsitusi 1974),

⁴¹⁹ Jennifer Welsh, *The Security Council and Humanitarian Intervention, The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Oxford University Press, 2008, hlm.539

⁴²⁰ Taylor Seybolt, *Humanitarian Military Intervention, The Conditions for Success and Failure*, Oxford University Press, 2008, hlm.49

⁴²¹ Abiew, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, Hague, Kluwer Law International, 1992, hlm.200 di dalam Eric Adjei, *opcit*, hlm.61

⁴²² The Huthcinson Encyclopedia, 2001

⁴²³ Norman Naimark, *Fires of Hatred : Ethnic Cleansing in Twentieth Century Europe*, Harvard, USA, 2001, hlm.177; Lihat Kenneth Morrison, *Montenegro, A Modern History*, London: IB Tauris Press, 2009, hlm.79; Lihat juga Jurgen Rose, Johannes Traut, *Federalism and Decentralization*, Lit Verlag, 2002, hlm.208; Koen De Feyter, Stephan Parmentier, Christiane Timmerman, George Ulrich, *The Local Relevance of Human Rights*, Cambridge University Press, 2011, hlm.314

Serbia tidak mempunyai wewenang terhadap provinsi otonominya. Digunakannya kembali konstitusi federal tahun 1963 memberikan Serbia control langsung terhadap negara-negara bagian yang lain. Hal tersebut menyebabkan ketegangan antar etnis muncul di Kosovo.⁴²⁴ Konflik etnis yang terakumulasi pada paruh 1970-an mulai meledak, setelah sekian lama berhasil ditekan pada masa kekuasaan Tito. Kekerasan etnik yang terjadi di Kosovo awal tahun 1981, merupakan fenomena awal konflik antar etnik sepeninggalan Tito yang paling krusial bagi stabilitas Yugoslavia. Terjadi unjuk rasa yang meluas di Kosovo oleh kelompok nasional Albania yang menuntut peningkatan status Kosovo menjadi republik penuh.⁴²⁵

Konflik di Kosovo mencapai puncaknya pada bulan Juli tahun 1990 dimana tentara Serbia menutup semua media yang berbahasa Albania, tidak lagi ada radio, televisi, bahkan Koran harian, sekolah-sekolah dan institusi pendidikan juga ditutup, yang berdampak pada diberhentikannya para guru dan professor. Sebanyak 1835 dokter dan perawat terpaksa dikeluarkan dari rumah sakit dan fasilitas medis.⁴²⁶ Bahkan, Serbia berusaha menyingkirkan etnik Albania dari posisi-posisi yang mereka duduki sebelumnya di pemerintahan. Walaupun penduduk etnik Serbia di Kosovo hanya kurang dari 10 % tetapi Milosevic memaksakan agar bahasa Serbia menjadi bahasa resmi di Kosovo.

Pada tahun 1995-1996, muncul gerakan separatis militer yaitu “Kosovo Liberation Army” (KLA) yang mulai melakukan kampanye kekerasan dan perlawanan terhadap Serbia dan pejabat FRY serta

⁴²⁴ Dov Ronen, *The Challenge of Ethnic Conflicts, Democracy and Self Determination in Central Europe*, Frank Cass&Co Ltd, London, 1997, hlm.102; Lihat juga Dan Landis dan Rosita Alberts, *Handbook of Ethnic Conflict, International Perspective*, Springers, New York, 2012, hlm.355; Lihat juga Micheal Romano, *AP European History*, Wiley Publishing Inc, NJ, Second Edition, 2012, hlm.229

⁴²⁵ Greg Campbell, *The Road to Kosovo, A Balkan Diary*, Westview Press, USA, 2000, hlm.152; Lihat juga Regional Surveys of the World, *Central and South Eastern Europe 2004*, Forth Edition, Europe Publication, United Kngdom, 2003, hlm.185

⁴²⁶ Robert Elsie, *opcit*, hlm.9; Lihat juga *Dari konflik pasca Perang Dingin : Studi Kasus Yugoslavia*, Laporan Penelitian FISIP UGM Yogyakarta, 1996. hal. 35-36, diambil di dalam tulisan Indro Dwi Haryono, *Intervensi Kemanusiaan dalam Konflik Kosovo*, hlm.3

mereka yang mendukung keduanya.⁴²⁷ Serbia sendiri menanggapi KLA sebagai kelompok teroris yang harus dihancurkan.⁴²⁸ Serbia langsung merespon dan menginisiasi praktek *ethnic cleansing* sebagai tindakan balas dendam terhadap kematian polisi-polisi Serbia yang mengakibatkan banyak korban berjatuh dari warga sipil Albania. Kerusakan tersebut berakhir dengan terjadinya *ethnic cleansing* oleh pemerintah dan aparat keamanan Serbia terhadap warga Albania di Kosovo, hingga tahun 1998.

Sejak tidak disepakatinya upaya dipomatik dari komunitas internasional,⁴²⁹ khususnya kegagalan kesepakatan Rambouillet antara Serbia dan Albania-Kosovo yang diwakili KLA, ketegangan dan tindak kekerasan antara kedua belah pihak makin meningkat sehingga pada tanggal 24 Maret hingga 10 Juni 1999,⁴³⁰ NATO mulai melakukan serangan udara terhadap Republik Federal Yugoslavia. Serangan ini berlangsung selama 11 minggu atau 78 hari untuk mencegah pemerintah Serbia membunuh dan mengusir warga Albania.⁴³¹ Intervensi tersebut tidak mendapat otorisasi dari Dewan Keamanan. NATO tidak meminta ijin terlebih dahulu dengan alasan bahwa pasti 2 negara anggota tetap Dewan Keamanan (Rusia dan Cina) akan mem-veto tindakan mereka.⁴³²

⁴²⁷ Ray Murphy, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo: Operational and Legal Issues in Practice*, Cambridge University Press, 2007, hlm.71

⁴²⁸ Ibid

⁴²⁹ Evner Sopjani, Ibid, hlm.54

⁴³⁰ Bill Piersol, Gary Horne, Ulrike Lechner, Agatino Mursia, *Kosovo Case Study – First 18 Month : March 1999 to September 2000*, Mei 2009

⁴³¹ Taylor Seybolt, *opcit*, hlm.82

⁴³² Christopher Greenwood, *Humanitarian intervention: the case of Kosovo*, Book section, Originally published in 2002 Finnish yearbook of international law, Helsinki, Finland : Kluwer Law, 2002, hlm.157, dan Fernando Teson, *Kosovo : A Powerful Precedent for the Doctrine of Humanitarian Intervention*, Amsterdam Law Forum, Vol1, No2, 1999; R. Watson, UN Left on Sidelines, BBC News, 3 April 1999, di dalam Jan Wouters, *Security Council Reform, A New Veto for A New Century*, Egmonts Paper 9, Royal Institute for International Relations, 2005, hlm.17; Lihat juga David Forsythe, *Encyclopedia of Human Rights*, Oxpord University Press, 2009, hlm.459

Dalam kasus-kasus di atas dapat dilihat bahwa memang terjadi berbagai macam pelanggaran HAM berat dan tujuan negara melakukan intervensi tersebut adalah untuk menghentikan berbagai macam kejahatan internasional yang dilakukan oleh pemerintah sebuah negara terhadap rakyatnya. Intervensi tersebut juga tidak merusak atau menghancurkan integritas teritorial maupun kemerdekaan politik negara-negara yang diintervensi. Adanya pemerintahan yang digantikan tidak menyebabkan kemerdekaan politik negara tersebut tidak hilang.⁴³³ Namun, perlu diketahui bahwa meskipun beberapa kasus diatas memang dilakukan karena alasan kemanusiaan, negara-negara yang terlibat cenderung atau lebih memilih untuk mengandalkan legitimasi intervensi mereka berdasarkan hak bela diri atau *self-defence* atau interpretasi atas resolusi-resolusi DK PBB yang ada, dan tidak pernah menggunakan istilah *unilateral humanitarian intervention* sebagai alasan pembenar. Hal itu dilakukan karena praktek tersebut belum memiliki preseden dan dasar hukum yang jelas dalam hukum internasional.⁴³⁴ Tetapi meskipun alasan negara-negara tersebut dapat dimaklumi namun hal tersebut tidak serta merta menjadikan intervensi tersebut bukan bagian dari *unilateral humanitarian intervention*, karena harus dilihat tujuan dan substansi dilakukannya intervensi tersebut secara keseluruhan.

2. *Opinio Juris*

Hukum kebiasaan internasional tidak akan terbentuk hanya dengan sejumlah praktek negara. Agar menjadi suatu hukum yang mengikat, negara-negara harus mengakui dan menganggapnya sebagai suatu kewajiban yang mengikat. Kewajiban yang mengikat inilah yang dinamakan *opinio juris*.⁴³⁵

Untuk menentukan adanya unsur ini lebih sulit daripada menemukan kebiasaan internasional itu sendiri. Hal ini karena *opinio juris* itu merupakan sesuatu abstrak yang bersifat subjektif. Di samping itu, tidak ada ketentuan hukum yang dapat dipakai sebagai pedoman dalam menentukan unsur ini. Perjanjian internasional, deklarasi, resolusi merupakan bentuk-bentuk dari suatu *opinio juris*,

⁴³³ Fernando Teson, *Humanitarian Intervention : An Inquiry into Law and Morality*, 1988, hlm.131 di dalam Barry Benjamin, *opcit*, hlm.141

⁴³⁴ Pablo Arrocha, *opcit*, hlm.23, Barry Penjamin, *Ibid*, hlm.134

⁴³⁵ North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgements, ICJ Reports, 1969

karena berbentuk pernyataan dari suatu tindakan yang legal.⁴³⁶ Hukum kebiasaan saat ini dapat timbul dari perjanjian internasional dan deklarasi yang dibuat oleh Majelis Umum, yang dapat mendeklarasikan kebiasaan, membekukan kebiasaan yang sedang berkembang atau menghasilkan kebiasaan baru.⁴³⁷

Pada kasus *unilateral humanitarian intervention* yang dilakukan oleh India ke Bangladesh tahun 1971, Vietnam ke Kamboja tahun 1978, dan Tanzania ke Uganda tahun 1979, Dewan Keamanan maupun negara-negara lain tidak memberi pernyataan dalam bentuk apapun bahwa tindakan tersebut ilegal. Pada kasus intervensi India misalnya, Majelis Umum PBB tidak menyatakan apakah tindakan tersebut bertentangan dengan Pasal 2 ayat (4) Piagam PBB atau tidak.⁴³⁸ Sama halnya dengan intervensi Vietnam ke Kamboja dan Tanzania ke Uganda, Dewan Keamanan tidak menyatakannya illegal. Bahkan, setelah intervensi dilakukan, komunitas internasional secara umum mendukungnya dan tidak pernah ada klaim bahwa intervensi tersebut bertentangan dengan hukum internasional.⁴³⁹ Selain itu, walaupun resolusi yang dikeluarkan tidak memberi otorisasi untuk melakukan intervensi, Dewan Keamanan memuji upaya ECOWAS yang berhasil memerangi kekacauan di Liberia, dan secara implisit mendukungnya.⁴⁴⁰ Bahkan, beberapa anggota Dewan Keamanan mengakuinya sebagai intervensi yang legal, namun menghindari memberikan preseden yang buruk untuk melanggar kedaulatan di kemudian hari.⁴⁴¹

Untuk kasus di Kosovo, Rusia merespon terhadap intervensi NATO, bersama dengan China, Belarus dan India, dengan mensponsori sebuah resolusi yang mengutuk intervensi NATO sebagai sebuah pelanggaran terhadap Piagam PBB dan memerintahkan penghentian segera agresi tersebut. Namun draft resolusi

⁴³⁶ Anthea Elizabeth Roberts, *Traditional and Modern Approaches To Customary International Law : A Reconciliation*, Am. J. Int'l. L., 2001

⁴³⁷ North Sea Continental Shelf, 1969 ICJ REP. at 44

⁴³⁸ Robert Mansson, *The legality of Humanitarian Intervention in Customary International Law*, University of Lund, 2007, hlm.23

⁴³⁹ Fernando Teson, *Humanitarian Intervention: An Inquiry Into Law and Morality*, 1988, hlm.166 di dalam Eric Adjei, opcit, hlm.53

⁴⁴⁰ Joanne Brockman, Liberia “ *The Case for Changing UN Processes for Humanitarian Interventions*, Wisconsin International Law Journal , Vol.22, No.3, 2005, Ugo Villani, *The Security Council's Authorization of Enforcement Action by Regional Organizations*, Max Planck UNYB, 2002, hlm.543; hlm.715; Lihat juga Abiew, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, Hague, Kluwer Law International, 1992, hlm.208

⁴⁴¹ Abiew, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention* 200 ff. (Hague, Kluwer Law International, 1992). Di dalam Eric Adjei, opcit, hlm.61

yang dibuat untuk menghukum tindakan NATO tersebut dikalahkan dengan suara yang mendukungnya 12 dan yang menentang 3.⁴⁴² Selain itu, tidak ada negara yang meminta diadakan rapat darurat kepada Majelis Umum untuk menentang intervensi tersebut. Tidak ada pertentangan yang berarti di antara negara anggota PBB.⁴⁴³ ICJ juga tidak mendeklarasikan bahwa intervensi NATO adalah ilegal.⁴⁴⁴

Deklarasi dari negara maupun dari organisasi internasional seperti PBB tersebut merupakan hal yang sangat penting karena dapat memperkuat larangan umum yang sedang diperdebatkan. Hal ini karena, berbeda dengan sistem domestik, dimana badan legislatif memiliki kekuasaan untuk membuat hukum dan individu wajib tunduk pada hukum tersebut karena tidak memiliki otoritas untuk membuat hukum, dalam hukum internasional, negara bertindak sebagai legislator maupun subyeknya. Ketika suatu negara bertindak bertentangan dengan norma yang ada, di satu sisi, tindakan tersebut merupakan sebuah pelanggaran karena negara merupakan subyek hukum internasional. Namun di sisi lain, tindakan tersebut bisa saja menjadi awal timbulnya sebuah norma baru karena negara bertindak sebagai legislator dalam hukum internasional. Sehingga apabila tidak ada pernyataan bahwa *unilateral humanitarian intervention* itu ilegal, maka hal tersebut dapat membukakan pintu untuk adanya suatu klaim bahwa ada pengecualian yang sah terkait larangan penggunaan kekuatan bersenjata dalam kasus terjadi krisis kemanusiaan.⁴⁴⁵ Sebagai tambahan, Indonesia sendiri tidak pernah memberikan dukungan terhadap intervensi yang dilakukan tanpa otorisasi DK PBB. Berdasarkan statistik, Indonesia sendiri lebih banyak abstain terhadap kasus-kasus seperti ini. Dalam arti bahwa Indonesia mendukung langkah-langkah untuk melindungi pelanggaran HAM berat di negara lain berdasarkan ketentuan dan prinsip yang telah berlaku umum, tetapi tidak secara penuh mendukung

⁴⁴² UN Doc. S/1999/328

⁴⁴³ A Cassese, *A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and Opinio Necessitatis*, 1999, EJIL, hlm. 792 di dalam Anthea Roberts, *opcit*, hlm.190

⁴⁴⁴ *The Legality of the Use of Force, (Yugoslavia v Belgium, Canada, France, Germany, Italy, Netherlands, Portugal, Spain, United Kingdom, United States of America)*, di dalam Anthea Roberts, *opcit*, hlm.190

⁴⁴⁵ Antonio Cassese, *Ex Iniuria Ius Oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* European Journal of International Law, 1999, hlm.23

langkah-langkah yang telah dilakukan, karena sering kali praktek intervensi ini tidak mencapai output yg diharapkan.⁴⁴⁶

Bila dilihat dari praktek negara dan *opinio juris*, dapat disimpulkan bahwa praktek *unilateral humanitarian intervention* memang sedang berkembang namun belum diterima sepenuhnya sebagai pengecualian dari prinsip non intervensi. Hal tersebut dapat menjurus kepada penyalahgunaan tindakan.⁴⁴⁷ Dengan kata lain, tidaklah bijak untuk serta merta langsung menyatakan bahwa praktek ini merupakan bagian dari hukum kebiasaan internasional, karena praktek ini tidak dilakukan secara konsisten. Terbukti bahwa, negara-negara tidak selalu melakukan intervensi dalam kasus-kasus terjadinya kejahatan internasional, seperti pada kasus Rwanda. Dalam kasus yang terjadipun, banyak negara yang menolak untuk dilakukannya sebuah intervensi. Dukungan dari DK PBB memang penting, namun dukungan tersebut tidak lantas membuat *unilateral humanitarian intervention* sebagai suatu kebiasaan hukum internasional.

Tetapi tidak dapat dipungkiri bahwa praktek ini sedang berkembang dan berusaha untuk mendapatkan tempatnya dalam hukum internasional. Praktek-praktek negara tersebut juga telah menimbulkan sebuah preseden, bahwa praktek ini dapat saja menjadi kebiasaan internasional pada masa yang akan datang karena sering digunakan sebagai alasan pembenar ketika terjadi pelanggaran HAM berat di suatu negara tersebut dan DK PBB tidak bertindak, apalagi NATO yang mendapatkan sejumlah dukungan dari komunitas internasional, termasuk PBB.

Memang, saat ini praktek tersebut belumlah secara penuh dapat dikategorikan sebagai hukum kebiasaan internasional, namun kasus-kasus diatas menegaskan adanya transisi hukum kebiasaan internasional yang dapat melegitimasi praktek *unilateral humanitarian intervention* ini. Bila dikemudian hari ada lagi kasus serupa dimana negara melakukan intervensi atas dasar kemanusiaan, dan negara lain tidak menentanginya, maka praktek ini dapat berkembang menjadi sebuah hak baru dalam hukum internasional.

⁴⁴⁶ Pernyataan A. Anindityo Adi Primasto, Kementerian Luar Negeri, Dirjen Multilateral Direktorat Keamanan Internasional dalam sesi wawancara pada tanggal 8 Juni 2012

⁴⁴⁷ Anthea Roberts, *Legality vs Legitimacy : Can Uses of Force be Illegal but Justified*, 2010, hlm.179

4.2.5 *Unilateral Humanitarian Intervention dan Responsibility To Protect (R2P)*

Banyak pihak menganggap bahwa *humanitarian intervention* dan *responsibility to protect* adalah dua hal yang sama. Pendapat tersebut tidak sepenuhnya salah, karena pada dasarnya *Responsibility to Protect*, muncul akibat dilema dan perdebatan terkait praktek *unilateral humanitarian intervention* dan kegagalan dunia internasional untuk merespon kasus tertentu seperti genosida di Rwanda. Namun, konsep R2P ini jauh lebih luas daripada praktek *humanitarian intervention*.⁴⁴⁸

Menurut R2P ini, daripada menguji panjangnya hak untuk melakukan intervensi atas dasar adanya krisis kemanusiaan, lebih baik difokuskan berdasarkan tanggung jawab setiap negara untuk melindungi populasi atau rakyat yang berada di wilayah yurisdiksinya agar terhindar dari pelanggaran HAM khususnya pelanggaran HAM berat atau kejahatan internasional. Laporan ini telah dibuat pada bulan September dalam *the 2005 World Outcome* dan dikodifikasi dalam resolusi Dewan Keamanan PBB yang berbunyi :⁴⁴⁹

138. Each individual State has the responsibility to protect its populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. This responsibility entails the prevention of such crimes, including their incitement, through appropriate and necessary means. We accept that responsibility and will act in accordance with it. The international community should, as appropriate, encourage and help States to exercise this responsibility and support the United Nations in establishing an early warning capability.

139. The international community, through the United Nations, also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means, in accordance with Chapters VI and VIII of the Charter, to help protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. In this context, we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis and in cooperation with relevant regional organizations as appropriate, should peaceful means be

⁴⁴⁸ The Responsibility To Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, International Development and Research Center, 2001

⁴⁴⁹ Security Council Resolution 1674, 2005

inadequate and national authorities manifestly fail to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. We stress the need for the General Assembly to continue consideration of the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity and its implications, bearing in mind the principles of the Charter and international law. We also intend to commit ourselves, as necessary and appropriate, to helping States build capacity to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity and to assisting those which are under stress before crises and conflicts break out.

Pada intinya, komunitas internasional berkomitmen bahwa negara-negara harus melindungi rakyatnya dari kejahatan internasional, komunitas internasional harus membantu negara-negara untuk memenuhi tanggung jawab tersebut, dan jika sebuah negara gagal, maka akan menjadi tanggung jawab dari komunitas internasional untuk melindungi, melalui PBB dengan menggunakan sejumlah cara damai untuk membantu negara tersebut dalam menjalankan tanggung jawabnya untuk melindungi. Jika cara-cara damai tersebut menemui kegagalan, maka tindakan militer (di bawah Pasal VII Piagam PBB) akan diambil.

Terdapat 6 syarat agar suatu intervensi dapat dikatakan benar atau sah berdasarkan R2P,⁴⁵⁰ yaitu :

1. Penyebab (*just cause*) : Harus ada kejahatan serius terhadap kemanusiaan, yang akan atau telah terjadi, seperti genosida, diskriminasi ras, *crimes against humanity* dan *ethnic cleansing*.⁴⁵¹
2. Niat yang benar (*right intention*) : Intervensi tidak bertujuan selain mencegah dan menghentikan pelanggaran HAM berat.
3. Upaya terakhir (*situation of last resort*) : Setiap pilihan dengan cara non-militer atau damai harus telah dilakukan.

⁴⁵⁰ International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, International Development Center, Canada, December 2001[Responsibility]; M. Fixdal and D. Smith, *Humanitarian Intervention and Just War*, Mershon International Studies Review, Vol.42, No.2, November 199, dapat dilihat pada situs <http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/fixdal.html>, hlm.4

⁴⁵¹ See Hoffman, *Sovereignty and Ethics of Humanitarian Intervention*, in Hoffman : *The Politics and Ethics of Humanitarian Intervention*, Notre Dame, 1996, hlm.38

4. Proporsional (*principle of proportionality*) : Skala, jangka waktu dan intensitas intervensi yang direncanakan harus sebanding dengan perlindungan kemanusiaan.
5. Prospek yang layak (*reasonable prospect of success*) : Harus ada kemungkinan logis bahwa intervensinya akan berhasil mencegah atau menghilangkan pelanggaran HAM. Harus besar kemungkinan bahwa keadaan akan jauh lebih baik setelah melakukan intervensi dan bukan memperparah keadaan.
6. Otoritas yang benar (*right authority*) : Intervensi harus diotorisasi oleh Dewan Keamanan terlebih dahulu.

Bila kita melihat kasus *unilateral humanitarian intervention* yang dilakukan oleh NATO untuk menghentikan pelanggaran HAM berat di Kosovo, maka berdasarkan R2P, *check and balance* terhadap legitimasi tindakan NATO dapat dianalisis dengan melihat 6 syarat R2P diatas, yaitu *just cause, right intention, situation of last resort, principle of proportionality, reasonable prospect of success, dan right authority*.

Terpenuhi syarat *just cause* karena tujuan *unilateral humanitarian intervention* NATO adalah untuk menghentikan *ethnic cleansing* yang terjadi di Kosovo.⁴⁵² Memang susah untuk menentukan berapa banyak orang yang telah harus tewas sebelum sebuah intervensi dapat dilakukan. Terlepas dari jumlah korban yang harus ada, intervensi NATO dapat dilegitimasi dengan menggunakan istilah "*anticipatory humanitarian intervention*."⁴⁵³ Kedua, terkait dengan syarat *right intention*, bahwa tujuan utama dilakukan intervensi oleh NATO adalah untuk mencegah atau menghentikan *ethnic cleansing* di Kosovo, dan bukan untuk mengambil wilayah territorial Kosovo maupun mempengaruhi kemerdekaan politik dari Serbia.

⁴⁵² The Kosovo Report, *Conflict, International Response, Lessons Learned*, The Independent International Commission on Kosovo, Oxford University Press, 2000, hlm.88; Lihat juga Dan Sarooshi, *The Security Council's Authorization of Regional Arrangements to Use Force : The Case of Kosovo*, hlm.242 pada buku *The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Oxford University Press, 2008

⁴⁵³ Nicholas Wheller, *Legitimizing Humanitarian Intervention : Principles and Procedures*, Melbourne Journal of International Law, Volume 2, 2001

Ketiga, bahwa tindakan NATO merupakan upaya terakhir. Upaya-upaya damai sebenarnya telah dilakukan. Seperti upaya DK PBB yang mengeluarkan tiga resolusi, yaitu resolusi 1160, 1199, dan 1203 berdasarkan Bab VII Piagam PBB untuk menanggapi kekerasan yang terus meningkat di Kosovo. Resolusi 1160 menyatakan pemberlakuan embargo militer ke seluruh wilayah Yugoslavia (termasuk melarang permintaan senjata, baik kepada KLA maupun Serbia).⁴⁵⁴ DK PBB juga mengadopsi resolusi 1199,⁴⁵⁵ yang mengakui bahwa situasinya merupakan ancaman terhadap perdamaian dan keamanan internasional. DK PBB memaksa untuk melakukan genjatan senjata dan agar Serbia melakukan beberapa ketentuan seperti memfasilitasi UNHCR dan ICRC untuk mengembalikan pengungsi.⁴⁵⁶ Ketiga, DK PBB mengeluarkan resolusi 1203,⁴⁵⁷ yang menekankan bahwa perlu upaya pencegahan terhadap terjadinya kejahatan kemanusiaan di Kosovo. Selain itu, Perjanjian Rambouillet antara FRY/pejabat Serbia dan partai Kosovo Albania serta komunitas internasional, termasuk negara-negara yang tergabung dalam *Contact Group for former Yugoslavia* (Perancis, Jerman, Itali, Rusia, Inggris dan Amerika), yang diselenggarakan untuk membicarakan genjatan senjata, penyelesaian perdamaian dan perlunya pasukan militer internasional di Kosovo, pada pertengahan bulan Februari tahun 1999,⁴⁵⁸ juga merupakan upaya damai, namun gagal karena Serbia menolak pasal yang memberikan akses militer penuh kepada NATO terhadap seluruh negara federasi,⁴⁵⁹ serta ketentuan lain di dalam Appendix B.⁴⁶⁰

Penggunaan upaya damai tersebut tentu tidak harus telah dilakukan satu per satu sebelum sebuah intervensi dapat dilakukan, karena terkadang ada beberapa upaya damai yang memakan waktu yang relatif lama. Seperti halnya alternatif untuk bekerja dalam system PBB dengan menghidupkan kembali “*The Uniting for Peace Resolution*”, dimana Majelis Umum dapat mempertimbangkan masalah apabila DK PBB gagal melaksanakan kewajibannya untuk memelihara

⁴⁵⁴ SC. Res. 1160, UN SCOR, UN. Doc. S/RES/1160 (1998)

⁴⁵⁵ SC. Res. 1199, UN SCOR, UN. Doc. S/RES/1199 (1998)

⁴⁵⁶ Christopher Greenwood, *Humanitarian Intervention : The Case Of Kosovo*, Finnish Yearbook of International Law, Finland, Kluwer Law, 2002, hlm.147

⁴⁵⁷ SC. Res. 1203, UN SCOR, UN. Doc. S/RES/1203 (1998)

⁴⁵⁸ Bruce Nardulli, *Disjointed War, Military Operations in Kosovo 1999*, 2002, hlm.17

⁴⁵⁹ Bruce Nardulli, *opcit*, hlm.18

⁴⁶⁰ Rambouillet Agreement, Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo, http://www.state.gov/www/regions/eur/ksvo_ambouillet_text.html

perdamaian dan keamanan internasional karena tidak adanya suara bulat diantara anggotanya. Namun NATO mungkin saja menyimpulkan bahwa akan terlalu lama untuk melakukan *Uniting for Peace Resolution* yang harus memenuhi mayoritas 2/3 suara. Selain itu, resolusi dari Majelis Umum hanya bersifat rekomendasi yang tidak memiliki kekuatan yang mengikat secara hukum.⁴⁶¹

Principle of proportionality dan *reasonable prospect of success* merupakan dua syarat yang tidak mudah untuk diukur. NATO mengklaim bahwa tindakannya sesuai dengan Konvensi Genewa 1949, meskipun ada yang berargumen bahwa NATO telah menghancurkan pusat stasiun radio dan televisi dan sejumlah fasilitas publik lainnya. Syarat prospek untuk sukses memang sepenuhnya tergantung "*political will*" dari negara yang akan mengintervensi. Seperti dalam kasus Rwanda dan Srebrenia, dimana DK PBB dianggap "gagal" untuk menjalankan tugasnya untuk memelihara perdamaian dan keamanan internasional,⁴⁶² karena tidak adanya *political will*.

Dan syarat keenam adalah otoritas yang benar atau *right authority*. DK PBB memang merupakan otoritas utama dalam usahanya untuk menjamin perdamaian dan keamanan internasional, khususnya terkait intervensi untuk tujuan kemanusiaan. Tetapi pertanyaan selanjutnya adalah apakah DK PBB sebaiknya merupakan otoritas satu-satunya? Dengan melihat beberapa kegagalan DK PBB dalam kasus-kasus di masa lalu, baik karena tidak mau menyetujui proposal untuk melakukan intervensi atas dasar kemanusiaan, maupun karena terlambat untuk bertindak, tentu agak sulit untuk tidak membayangkan alternatif yang dapat dilakukan untuk menjalankan R2P ini.

Sebenarnya ada beberapa ahli yang berpendapat bahwa mungkin solusi yang dapat digunakan bila DK PBB gagal, baik karena tidak mau intervensi karena kepentingan politik (*unwilling*), maupun karena tidak mampu karena adanya penggunaan veto (*unable*), adalah alternatif sebagai berikut :⁴⁶³

1. Membawa isu ini kepada Majelis Umum PBB dalam Sesi Khusus atau Darurat berdasarkan prosedur *Uniting for Peace*, untuk meminta dukungan

⁴⁶¹ Jennifer Welsh, *Authorizing Humanitarian Intervention, The United Nations and Global Security*, Palgrave Macmillan, 2004, hlm.182

⁴⁶² Ibid

⁴⁶³ International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, International Development Center, Canada, December 2001

untuk melakukan intervensi. Alternatif ini dikembangkan pada tahun 1950 untuk menyikapi situasi dimana DK PBB, karena tidak ada suara bulat, gagal untuk melaksanakan tanggungjawabnya untuk memelihara perdamaian dan keamanan internasional. Memang, waktu yang dibutuhkan untuk mencapai kesepakatan dalam *Emergency Special Session* tersebut tidaklah singkat. apalagi *Uniting for Peace Resolution* harus memenuhi mayoritas 2/3 suara. Selain itu, resolusi dari Majelis Umum hanya bersifat rekomendasi yang tidak memiliki kekuatan yang mengikat secara hukum.⁴⁶⁴ Namun, bila pada akhirnya Majelis Umum mengeluarkan keputusan untuk mendukung sebuah tindakan, yang didukung oleh mayoritas negara, maka hal tersebut dapat memperkuat legitimasi dari sebuah intervensi, yang dapat juga mendorong DK PBB untuk berpikir ulang tentang posisinya.

2. Melakukan intervensi secara kolektif melalui organisasi regional atau sub-regional, dalam batas-batas wilayahnya. Hal ini dinilai efektif karena banyak krisis kemanusiaan yang terjadi akan memiliki dampak langsung terhadap negara-negara tetangga, khususnya terkait perpindahan pengungsi. Negara-negara tetangga tersebut akhirnya akan memiliki kepentingan kolektif yang kuat, termasuk perhatian terhadap kemanusiaan, untuk menghadapi krisis tersebut. Bahkan banyak yang berpendapat bahwa negara-negara tetangga yang bertindak dalam perangkat organisasi regional atau sub regional, sering (tetapi tidak selalu) bertindak lebih efektif daripada PBB. Namun, meskipun memiliki yurisdiksi berdasarkan Bab VIII Piagam PBB, organisasi regional atau sub regional tetap harus meminta otorisasi dari DK PBB terlebih dahulu sebelum mengambil langkah dengan menggunakan kekuatan bersenjata.⁴⁶⁵

Terkait dengan syarat *right authority* diatas, intervensi NATO tersebut memang tidak mendapat otorisasi dari DK PBB. Namun, negara-negara anggota NATO menolak bila serangan udara mereka dikategorikan sebagai aksi perang yang bertentangan dengan hukum internasional. Mereka berargumen bahwa

⁴⁶⁴ Jennifer Welsh, *opcit*, hlm.182

⁴⁶⁵ Piagam PBB 1945, pasal 51 (1) dan 53

intervensi ini dilakukan untuk menyelamatkan warga Albania Kosovo dari pembunuhan pemerintah Serbia. Alasan NATO tidak meminta ijin terlebih dahulu kepada DK PBB adalah karena pasti 2 negara anggota tetap DK PBB, Rusia dan Cina akan menggunakan hak vetonya terhadap tindakan mereka.⁴⁶⁶

Pada akhirnya, terlepas dari adanya ribuan orang yang terbunuh, hancurnya bangunan seperti infrastruktur social, industri dan perumahan, dan banyaknya warga Albania-Kosovo yang melarikan diri akibat pengeboman, serangan NATO pada akhirnya dibenarkan.⁴⁶⁷ Hal ini terbukti dari berbagai reaksi atas serangan tersebut. Federasi Rusia, Belarus dan India memberikan proposal kepada DK PBB untuk mengadopsi resolusi yang menentang tindakan NATO dan menyatakan bahwa aksi NATO melanggar Piagam PBB.⁴⁶⁸ Namun, draft resolusi yang dibuat untuk menghukum dan mengutuk tindakan NATO tersebut dikalahkan dengan suara yang mendukungnya 12 (US, UK, Canada, France, Netherlands, Argentina, Bahrain, Brazil, Gabon, Gambia, Malaysia, Slovenia) dan hanya 3 (China, Namibia, Rusia) yang menentangnya.⁴⁶⁹ Namun perlu diingat, meskipun intervensi NATO dilegitimasi oleh beberapa negara, kasus inipun melahirkan pandangan serta preseden baru terhadap praktek *unilateral humanitarian intervention* yang dilakukan tanpa otorisasi dari DK PBB untuk mencegah dan menghentikan pelanggaran hak asasi manusia. Adanya dukungan dari beberapa negara terhadap praktek ini, meskipun secara implicit, dapat melahirkan beberapa implikasi hukum.

⁴⁶⁶ Christopher Greenwood, *opcit*, hlm.157, dan Fernando Teson, *Kosovo : A Powerful Precedent for the Doctrine of Humanitarian Intervention*, Amsterdam Law Forum, Vol11, No2, 1999; R. Watson, UN Left on Sidelines, BBC News, 3 April 1999, di dalam Jan Wouters, *Security Council Reform, A New Veto for A New Century*, Egmonts Paper 9, Royal Institute for International Relations, 2005, hlm.17; Lihat juga David Forsythe, *Encyclopedia of Human Rights*, Oxford University Press, 2009, hlm.459

⁴⁶⁷ Christopher Greenwood, *Ibid*, hlm.144; ditulis juga oleh John Sloboda and Chris Abbott, *The 'Blair doctrine' and after: five years of humanitarian intervention*, Open Democracy, 2004; Lihat juga Kerry Tetzlaff, *Humanitarian Intervention Post Kosovo : Does A Right To Humanitarian Intervention Exist In Customary International Law? If Not, Is There A Trend Towards The Creation Of A Right To Humanitarian Intervention In Customary International Law?*, The New Zealand Postgraduate Law e-Journal, Issue.4, 2006

⁴⁶⁸ UN Doc. S/1999/328

⁴⁶⁹ Anthea Roberts, *Legality vs Legitimacy : Can Uses of Force be Illegal but Justified?*, 2010, hlm.182; Lihat juga Clara Portela, *Humanitarian Intervention, NATO, and International Law*, Can the Institution of Humanitarian Intervention Justify Unauthorized Action, Berlin Information Center for Transatlantic Security, 2000, hlm.12; Lihat juga dilihat di dalam Press Release SC/6659, 26 Maret 1999, <http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990326.sc6659.html>

4.3 Implikasi Legitimasi *Unilateral Humanitarian Intervention* terhadap Perkembangan Hukum Internasional

4.3.1 *Unilateral Humanitarian Intervention* : “*Illegal but Legitimate*”

Ketika berbicara mengenai *unilateral humanitarian intervention*, dilemma yang dihadapi sangat berkaitan dengan cara komunitas internasional memandang praktek ini. Berdasarkan pada wacana global terkini dan praktek bernegara, maka ada empat strategi legal-politis yang berkaitan dengan kedudukan *unilateral humanitarian intervention* dalam hukum internasional, yaitu : ⁴⁷⁰

Tabel 4.1: Legal-Political Strategy on *Humanitarian Intervention*

No.	Legal - Political Strategies	Definition / Meaning
1.	The status quo strategy : Exclusive reliance on the Security Council	Rules out an option for humanitarian intervention without authorisation from the Security Council.
2.	The ad hoc strategy : Humanitarian intervention as an emergency exit from international law	Keeps open the option of humanitarian intervention in extreme cases if the Security Council is blocked. This strategy does not, however, seek to challenge the norms of international law or the authority of the UN Security Council.
3.	The exception strategy : Establishing a subsidiary right of humanitarian intervention	Establish through treaty amendment / state practice a subsidiary right of humanitarian intervention outside the auspices of the Security Council. It challenges the role of the Security Council as the sole centre for authoritative decision-making on humanitarian intervention.
4.	The general right strategy: Establishing a general right of humanitarian intervention	Aims at establishing a general right of humanitarian intervention. To a higher degree than strategy 3, it would challenge the role of the Security Council as the sole centre for authoritative decision-making on humanitarian intervention.

Sumber : Danish Institute of International Affairs: *Humanitarian Intervention: Legal and Political Aspects*, Copenhagen: DUPI, 1999

⁴⁷⁰ Danish Institute of International Affairs: *Humanitarian Intervention: Legal and Political Aspects*, Copenhagen: DUPI, 1999, hlm.111-113

1. Strategi *Status Quo*

Menurut strategi ini, legalitas sebuah intervensi secara khusus hanya tergantung pada DK PBB. Status ini tidak bisa dijadikan pilihan apabila tidak ada otorisasi dari DK PBB, sehingga apapun alasan dan tujuannya, *unilateral humanitarian intervention* bersifat illegal.

2. Strategi *ad hoc*

Strategi ini sebagai jalan keluar darurat dari hukum internasional yang digunakan hanya dalam kasus-kasus ekstrim bila ada veto di antara anggota DK PBB. Namun, strategi ini bukan ditujukan untuk menantang norma-norma hukum internasional atau otoritas dari DK PBB.

3. Strategi Pengecualian

Strategi ini ditujukan untuk menciptakan hak tambahan bagi *unilateral humanitarian intervention*, melalui perubahan kesepakatan dan praktek bernegara, yang tidak berada di bawah naungan DK PBB. Strategi ini menantang peranan DK PBB sebagai pusat otoritatif pengambil keputusan yang berkaitan dengan *humanitarian intervention*.

4. Strategi hak yang berlaku umum

Strategi ini menciptakan hak umum bagi *unilateral humanitarian intervention*. Strategi ini tingkatannya lebih tinggi dari strategi ke-3, dimana ada tantangan terhadap peranan DK PBB sebagai pusat otoritatif pengambil keputusan yang berkaitan dengan *humanitarian intervention*. Strategi ini menganggap bahwa praktek ini bukan saja merupakan pengecualian, namun bahkan merupakan sebuah hak.

Kasus intervensi NATO di Kosovo tahun 1999 memang telah menantang konsepsi “benar dan salah” dalam hukum internasional.⁴⁷¹ Bila kita menghormati prinsip larangan penggunaan kekuatan bersenjata atau *non use of force*, maka akan menciptakan hukum yang baik yang dapat menghasilkan sesuatu yang buruk, sementara dengan membuat suatu pengecualian terhadap praktek *unilateral humanitarian intervention* akan menciptakan hukum yang kurang baik namun dapat menghasilkan sesuatu yang lebih baik.

⁴⁷¹ Anthea Roberts, *opcit*, hlm.182

Banyak ahli yang berusaha untuk memberikan pendapat dan analisisnya, termasuk Profesor Noam Chomsky, yang berpendapat bahwa praktek tersebut dalam keadaan apapun illegal, sehingga lebih mengedepankan strategi status quo. Menurutnya, pengecualian di dalam Piagam PBB tidak perlu ditambahkan dengan praktek ini, dan Pasal 51 Piagam PBB tidak perlu ditulis atau diinterpretasi ulang. Ia menyatakan bahwa :

*I agree with the High Level UN Panel of Dec. 2004 that concluded that "Article 51 needs neither extension nor restriction of its long-understood scope,... it should be neither rewritten nor reinterpreted."*⁴⁷²

Bruno Simma memberikan berargumen bahwa terkadang ada "kasus-kasus berat" dimana pertimbangan politik serta moral tidak meninggalkan pilihan lain sehingga memaksa negara untuk bertindak diluar aturan atau ketentuan hukum yang ada. Meskipun NATO melanggar ketentuan hukum internasional yang ada untuk menghentikan *ethnic cleansing* di Kosovo, namun ia berpendapat bahwa intervensi NATO tersebut harus diperlakukan sebagai kasus "*ad hoc*" atau kasus tunggal dan bukan sebagai sebuah pengecualian.⁴⁷³ Pengecualian tersebut berbahaya karena berpotensi menciptakan preseden untuk boleh melewati badan DK PBB yang dapat menciptakan aturan baru yang melegalkan penggunaan kekuatan bersenjata secara unilateral. Simma menyimpulkan bahwa "*resort to illegality as an explicit ultima ratio for reasons as convincing as those put forward in the Kosovo case is one thing. To turn such an exception into a general policy is quite another.*"⁴⁷⁴ Simma menambahkan bahwa ada factor-faktor yang menyebabkan keputusan NATO untuk mengintervensi Kosovo itu adalah bersifat *ad hoc* dan berbeda dari kasus lain sehingga harus dilihat sebagai kasus tunggal dimana sebaiknya tidak disimpulkan sebagai sesuatu yang berlaku umum.⁴⁷⁵

Thomas Franck berargumen bahwa *unilateral humanitarian intervention* itu adalah dan sebaiknya tetap bersifat illegal karena dilakukan tanpa otorisasi dari DK PBB, namun juga dapat dibenarkan dengan membawa konsep domestic

⁴⁷² Pernyataan dari Noam Chomsky Professor di Department of Linguistics & Philosophy at Massachusetts Institute of Technology, dalam sesi wawancara melalui email pada tanggal 30 Mei 2012

⁴⁷³ Julie Mertus, *Reconsidering the Legality of Humanitarian Intervention: Lessons from Kosovo*, William and Mary Law Review, Vol.41, Issue 5, 2000, hlm.1750

⁴⁷⁴ Bruno Simma, NATO, *The UN and the Use of Force, Legal Aspects*, EJIL, 1999, hlm.1

⁴⁷⁵ Ibid, hlm.22

tentang mitigasi ke ranah hukum internasional.⁴⁷⁶ Pendekatan mitigasi ini tidak mengubah sifat sebuah tindakan yang illegal, namun dapat berdampak pada akibatnya, misalnya dengan mengurangi hukuman atau sanksi, karena factor-faktor tertentu.

Stromseth menganggap *unilateral humanitarian intervention* sebagai pendekatan “*excusable breach*” dimana tindakan tersebut tetap secara teknis illegal berdasarkan Piagam PBB tetapi secara moral dan politik dapat dibenarkan dalam keadaan tertentu sebagai sebuah pengecualian.⁴⁷⁷

Danish Institue of International Affair mengacu pendekatan atau strategi tersebut sebagai “*safety value*” atau “*emergency exit*” dari Piagam PBB dalam kasus-kasus dimana intervensi tersebut dibenarkan (dilegitimasi).⁴⁷⁸ Chesterman dan Byer juga berargumentasi bahwa kasus di Kosovo harus dianalisis dibawah teori “*exceptional illegality*”.⁴⁷⁹

Sebagai contoh dalam situasi dimana X menembak Y. Apabila X beralasan bahwa tindakannya dilakukan karena terpaksa, misal karena untuk membela diri, maka tindakan X dapat disebut sebagai pembelaan yang dapat dibenarkan. Apabila X mengakui bahwa apa yang telah ia lakukan itu salah namun dia tidak dapat dipertanggungjawabkan, misal karena X dipaksa untuk melakukan itu oleh orang lain, maka tindakan tersebut adalah pengecualian atau “*excuse*”. Sementara itu, bila tergugat dinyatakan bersalah dapat juga meminta mitigasi terhadap putusan yang dijatuhkan. Mitigasi tidak mempengaruhi atau merubah sifat ilegalnya suatu tindakan melainkan berusaha untuk memoderasi kensekuensi yang ada dari tindakan illegal tersebut. Sehingga, tergugat dapat saja dihukum karena telah melakukan tindakan illegal, namun bila kesalahan tergugat lebih kecil karena alasan tertentu jika dibandingkan dengan orang lain yang melakukan tidakan yang sama, maka tergugat dapat memperoleh pengurangan hukuman.

⁴⁷⁶ T Franck, *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, 2002 di dalam Anthea Roberts, *opcit*, hlm.183

⁴⁷⁷ Micheal Resiman, *Present Problems of the Use of Force in International Law*, Institut of International Law, Session of Santiago, 2007, hlm.200

⁴⁷⁸ Joel H. Rosenthal dan Christian Barry, *Ethics & International Affairs A Reader*, Third Edition, Published in Cooperation with Carnegie Council for Ethics in International Affairs, Georgetown University Press, 2009, hlm.140

⁴⁷⁹ M Byers and S Chesterman, *Changing the rules about rules? Unilateral humanitarian intervention and the future of international law* in J Holzgrefe and R Keohane (eds) *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemma*, 2003,hlm.198–201

Brownlie menggambarkan analogi antara *unilateral humanitarian intervention* dengan euthanasia. Euthanasia merupakan tindakan yang ilegal di beberapa negara. Namun dalam kasus-kasus tertentu dibutuhkan analisis yang lebih mendalam. Seperti seorang ayah yang menahan nafas (perlahan-lahan membunuh) anaknya yang tidak normal atau cacat setelah bertahun-tahun merawatnya. Situasi tersebut dapat dianggap sebagai pembelaan yang bersifat mitigasi dimana ayahnya tidak memiliki kekebalan terhadap penuntutan dan hukuman, dan praktek euthanasia tetap dilarang secara mutlak, tetapi dalam prakteknya negara dapat saja memutuskan untuk tidak menuntut ayahnya.⁴⁸⁰

Dalam upaya untuk mengurangi nilai preseden yang ada pada kasus Kosovo, pemerintahan Amerika Serikat juga tidak menyatakan justifikasi hukumnya terhadap intervensi NATO berdasarkan hak atas *unilateral humanitarian intervention*. Melainkan Amerika menyatakan bahwa intervensi tersebut merupakan situasi yang unik atau *sui generis* yang tidak terlalu penting untuk melebih-lebihkan akibat hukum dari kasus tersebut.⁴⁸¹ Senada dengan itu, Pemerintah Jerman juga memberikan perhatian dan menegaskan bahwa intervensi NATO di Kosovo sebaiknya tidak dijadikan sebagai sebuah preseden untuk intervensi serupa di kemudian hari.

Untuk membuktikan apakah suatu negara sebaiknya intervensi atau tidak memang tidak mudah untuk dijawab. Pertama, larangan penggunaan kekuatan bersenjata ini sangat berbeda bila dilihat teori dan prakteknya. Meskipun ada larangan, sejumlah negara pernah menggunakan kekuatan untuk tujuan kemanusiaan dalam sejumlah kasus seperti yang telah dijelaskan diatas, dan sering kali hanya dengan sedikit atau tanpa kecaman sama sekali.⁴⁸² Chesterman berargumen bahwa alasan negara-negara tidak secara rutin melakukan *humanitarian intervention* ini bukan karena intervensi tersebut ilegal. Mereka tidak melakukannya secara rutin ketika memang perlu dilakukan karena penggunaan kekuatan bersenjata itu mahal, dan konflik yang terjadi sering tidak melibatkan kepentingan esensial dari Negara lain, dan banyak negara menghindari

⁴⁸⁰ Anthony Lang, *Just Intervention*, Georgetown University Press, 2003, hlm.52

⁴⁸¹ U.S. Secretary of State Madeleine Albright, Press Conference with Russian Foreign Minister Igor Ivanov, Singapore, 26 July 1999; <<http://secretary.state.gov/www/statements/1999/990726b.html>>

⁴⁸² Jan Kratochvíl, *opcit*, hlm.13

terjadinya korban jiwa atas pasukan mereka.⁴⁸³ Sehingga negara-negara tidak selalu mengintervensi ketika mereka seharusnya intervensi, namun sekali lagi ini tidak berarti bahwa larangan menggunakan kekuatan bersenjata tidak mencegah negara melakukan intervensi ketika mereka memang mau melakukannya. Artinya bahwa intervensi tersebut boleh dilakukan ketika konflik tersebut menyentuh kepentingan Negara tersebut atau dalam kasus dimana memang ada kemarahan public sebagai akibat dari liputan media yang meluas terkait kejahatan internasional yang terjadi.

Lebih dari itu, tidak semua negara atau sekelompok negara merasa mampu untuk melanggar larangan tersebut. NATO mungkin saja merasa cukup kuat untuk melanggar aturan karena keputusannya diambil oleh 16 negara (jumlah yang lebih besar daripada anggota DK PBB), termasuk sejumlah Negara dengan kekuatan ekonomi kuat serta tiga anggota tetap DK PBB.⁴⁸⁴ Padahal banyak negara kecil memiliki kekhawatiran untuk mendukung praktek ini karena dapat memberikan kekuasaan kepada negara-negara besar untuk mengintervensi ke dalam urusan domestiknya.⁴⁸⁵ Bahkan mereka takut bahwa organisasi regional seperti NATO akan menghadapi halangan atau ancaman yang sedikit dalam kasus-kasus seperti ini.⁴⁸⁶ Pertanyaan selanjutnya adalah apakah negara yang “kurang kuat”, baik secara individu maupun berkelompok akan merasa mampu untuk melanggar larangan ini? Tentu akan sulit untuk membayangkan ada negara atau sejumlah negara yang bertindak melawan keinginan dari para anggota DK PBB. Sehingga, dapat disimpulkan bahwa larangan *unilateral humanitarian intervention* dapat membatasi negara mana yang dapat melakukan tindakan tersebut.⁴⁸⁷

Kedua, dengan tetap menetapkan *unilateral humanitarian intervention* sebagai praktek yang illegal akan memberikan dampak atau pengaruh terhadap beban atau standar pembuktian dalam kasus-kasus seperti ini, dibandingkan bila

⁴⁸³ Jennifer Welsh, *The Security Council and Humanitarian Intervention*, hlm.545

⁴⁸⁴ R Wedgwood, *NATO's Campaign in Yugoslavia*, AJIL, 1999, hlm.833 di dalam Anthea Roberts, *opcit.*, hlm.200

⁴⁸⁵ Adam Roberts, *NATO's Humanitarian War over Kosovo*, 1999 di dalam Anthea Roberts, *opcit.*, hlm.195

⁴⁸⁶ Ibid

⁴⁸⁷ Christine M. Chinkin, *Kosovo: A Good or Bad' War?*, American Journal of International Law, October 1999, vol. 93, di dalam Anthea Roberts, *opcit.*, hlm.200

diakui sebagai pengecualian dalam hukum.⁴⁸⁸ Jadi perbedaan antara menjadikan *unilateral humanitarian intervention* ini tetap illegal atau sebagai pengecualian yang sah berhubungan dengan standard pembuktian yang harus dilakukan oleh negara yang intervensi. Dengan melihatnya sebagai kasus *ad hoc*, sehingga sifatnya tetap illegal, maka standar pembuktian akan ditetapkan sangat tinggi, yang akan memaksa negara-negara yang akan mengintervensi untuk benar-benar menunjukkan bahwa tindakan mereka yang dilakukan diluar hukum yang ada, memang dapat dibenarkan. Sebaliknya, bila praktek ini dianggap sebagai suatu pengecualian, maka standarnya akan lebih rendah karena negara hanya akan perlu menunjukkan bahwa tindakan mereka dilakukan sebagai sebuah pengecualian. Sehingga bila terjadi kasus-kasus seperti ini, negara-negara akan lebih merasa mau dan mampu bertindak manakala mereka memang seharusnya bertindak, dan tidak bertindak manakala mereka seharusnya tidak dapat bertindak.

Melihat pendapat-pendapat diatas, dapat disimpulkan bahwa praktek *unilateral humanitarian intervention* ini dianggap sebagai sesuatu yang illegal tetapi dapat dibenarkan. Pendekatan “illegal tetapi dapat dibenarkan” ini seperti didasarkan atas 2 asumsi.⁴⁸⁹ Pertama, bahwa dengan menjadikan *unilateral humanitarian intervention* tetap illegal, tidak serta merta dapat mencegah negara-negara untuk melakukan intervensi dalam kasus-kasus yang ekstrim karena pada akhirnya banyak negara akan menyetujui intervensi tersebut sebagai pembenaran atas dasar moral. Kedua, bahwa dengan tetap memelihara larangan umum penggunaan kekuatan bersenjata dapat lebih mengurangi penyalahgunaannya.

Pada akhirnya banyak pihak yang berpegang pada posisi *ambivalen* yaitu bahwa penggunaan kekuatan bersenjata NATO adalah illegal namun dapat dibenarkan secara moral.⁴⁹⁰ Pendekatan illegal tetapi dapat dibenarkan tersebut tampaknya dimotifasi oleh keinginan untuk mengambil sisi baik dari masing-masing pandangan, yaitu untuk tetap menghormati prinsip larangan intervensi yang telah berlaku umum tetapi dalam waktu yang sama memperbolehkan

⁴⁸⁸ Hague Academy of International Law, *Academie De Droit International De La Haye, Recueil Ces Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, hlm.63

⁴⁸⁹ Ibid, hlm.1999

⁴⁹⁰ Anne Orford, *Reading Humanitarian Intervention, Human Rights and the Use of Force in International Law*, Cambridge University Press, 2003, hlm.6; Lihat juga Ciaran Burke, *The Rise and Fall of the Humanitarian Intervention Discourse in International Law*, 2010

intervensi dilakukan dalam kasus-kasus tertentu tanpa ada pertentangan. Dengan mengkarakteristikan *unilateral humanitarian intervention* NATO di Kosovo sebagai tindakan ilegal namun dapat dibenarkan secara moral menimbulkan suatu pergeseran dalam hukum internasional dari konsep legal menjadi legitimasi.

4.3.2 Implikasi Pergeseran Konsep Legal Menjadi Legitimasi dalam Hukum Internsasional

Seperti yang telah dijelaskan diatas bahwa pada akhirnya praktek *unilateral humanitarian intervention* merupakan tindakan yang ilegal namun dapat dibenarkan secara moral. Kata-kata “dapat dibenarkan” tersebut menimbulkan suatu pergeseran konsep dalam hukum internasional dari legal menjadi legitimasi.

Independent International Commission di Kosovo menyimpulkan bahwa penggunaan kekuatan bersenjata NATO adalah ilegal tetapi dapat dilegitimasi sehingga berapa di wilayah abu-abu.⁴⁹¹ Hanya beberapa negara berpendapat bahwa NATO telah melanggar Pasal 2 ayat (4) Piagam PBB, sementara negara-negara lain mengekspresikan keraguannya terhadap pembenaran intervensi tersebut namun tetap siap mendukungnya. Gerakan non blok menolak legalitas praktek tersebut dalam rapat pada September 1999. Namun sebagian besar negara tidak mendeklarasikan tindakan NATO sebagai tindakan yang legal maupun ilegal. Pergeseran inipun menimbulkan pertanyaan yaitu apa itu legitimasi, dan apa hubungannya dengan legalitas? Terminologi legitimasi adalah sebagai berikut :

*The term ‘legitimacy’ is both overused and under-defined in international law. Legitimacy is sometimes used as a descriptive or attitudinal concept concerned with an almost sociological investigation into commonly held subjective beliefs. At other times, legitimacy is used as a normative or evaluative concept that provides a set of criteria against which to assess actions and laws. In addition to being a word with many meanings, legitimacy is also a word with many applications. Various criteria of legitimacy are applied to a wide range of phenomena, including actions, processes, individual laws, and the international legal system as a whole.*⁴⁹²

⁴⁹¹ The Kosovo Report, Executive Summary, Main Findings, di akses di situs : <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/F62789D9FCC56FB3C1256C1700303E3B-thekosovoreport.htm>

⁴⁹² Anthea Roberts, *opcit*, hlm.205

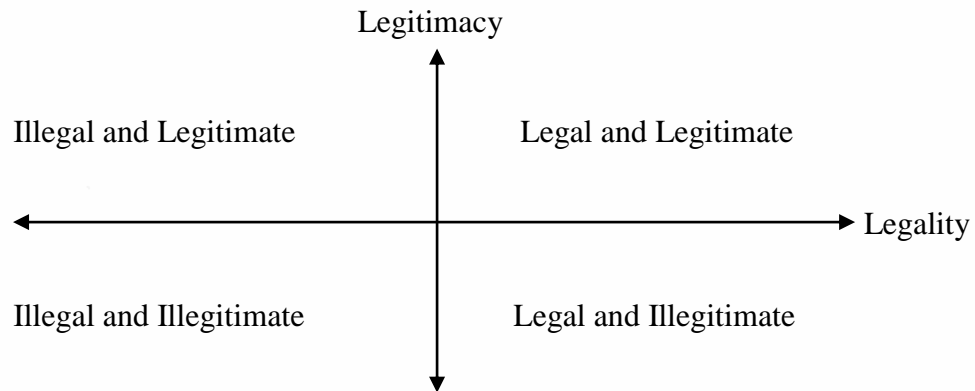
Tidak ada pengertian yang baku terhadap istilah legitimasi dalam hukum internasional karena istilah ini digunakan dalam bidang yang berbeda-beda, seperti tindakan, proses, hukum dan system hukum internasional secara keseluruhan. Legitimasi merupakan status social yang dapat diberikan kepada sebuah pelaku atau aktor (misalnya negara atau organisasi internasional) atau sebuah tindakan (action) yang dianggap sebagai hal yang baik, tepat dan diterima oleh actor atau pelaku lain. Penilaian terhadap “legitimasi” tidak didasarkan pada keinginan atau kepentingan pribadi, tetapi pada aturan atau norma public yang telah diterima secara luas oleh komunitas internasional. Legitimasi dapat dinilai dan dievaluasi oleh 4 kelompok pelaku yaitu berdasarkan opini publik di wilayah domestik negara yang diintervensi, negara yang melakukan intervensi, Negara-negara tetangga, dan komunitas internasional.⁴⁹³

Banyak ahli yang menggunakan istilah atau terminologi “legal” dan “legitimate” sebagai sinonim. Pendapat tersebut tidak sepenuhnya salah karena memang penilaian terhadap legitimasi dalam hubungannya dengan hukum internasional terkadang saling tumpang tindih. Namun, aturan yang memberikan standar penilaian legitimasi dalam hubungan antara negara dapat dan sebaiknya dipisahkan dengan hukum internasional. Karena secara empiris, setiap tindakan yang “legal” dan “legitimate” tidak selalu memiliki bobot atau nilai yang sama.⁴⁹⁴ Ketika para ahli berusaha menilai dan mendekatkan konsep legal dan legitimasi, mereka sebenarnya berusaha untuk membedakan antara *strict legal positivism* dengan gagasan-gagasan moral.⁴⁹⁵

⁴⁹³ Katharina P. Coleman, *International Organization and Peace Enforcement, The Politics of International Legitimacy*, Cambridge University Press, 2007, hlm.25

⁴⁹⁴ Ibid, hlm.28

⁴⁹⁵ A Buchanan, *Reforming the international law of humanitarian intervention*, di dalam J Holzgrefe and R Keohane (eds), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, 2003, hlm.131.



Pada gambar diatas dapat dilihat bahwa ada empat variable yang berhubungan dengan legal dan legitimasi, dimana suatu tindakan dapat berupa tindakan yang “*legal and legitimate*”, “*illegal and illegitimate*”, “*legal and illegitimate*”, dan “*illegal and legitimate*”. Tentu akan mudah untuk menilai suatu tindakan yang *legal and legitimate*, atau *illegal and illegitimate*. Sebagai contoh adalah bahwa invasi Iraq ke Kuwait bersifat illegal dan illegitimate, sementara hak bela diri secara kolektif dibawah Operation Desert Storm adalah legal dan legitimate. Namun, permasalahannya muncul ketika terjadi benturan atau konflik antara legality dan legitimacy, yaitu ketika sebuah tindakan dianggap sebagai *legal and illegitimate* atau *illegal and legitimate*. Sebagai contoh, dapat berargumentasikan bahwa *unilateral humanitarian intervention* adalah *illegal and legitimate*, sementara menggunakan hak veto untuk menghentikan *humanitarian intervention* secara kolektif adalah *legal and illegitimate*.⁴⁹⁶ Dalam arti bahwa seharusnya DK PBB tidak menggunakan hak veto apabila memang terbukti terjadi pelanggaran terhadap kemanusiaan atau kejahatan internasional di suatu negara.

Seperti yang telah dijelaskan bahwa pengertian legitimasi masih sangat kabur dan juga dalam hubungannya dengan konsep legal, namun mengapa para pakar atau ahli hukum internasional mengacu pada legitimasi bila berbicara mengenai *unilateral humanitarian intervention*. Berikut penjelasannya.

⁴⁹⁶ Eric Heinze, *Humanitarian Intervention, the Responsibility to Protect, and Confused Legitimacy*, Human Rights and Human Welfare, Volume 11, 2011, hlm.16; *The Kosovo Report Conflict, International Response Lesson Learned*, The Independent International Commission on Kosovo, Oxford University Press, 2000, hlm.4

Yang pertama, legitimasi dapat dijadikan sebagai pelarian dari hukum.⁴⁹⁷ Negara-negara kuat dapat saja merasa bahwa kepentingannya tidak sejalan dengan legalitas sehingga mereka dapat lebih leluasa untuk mengartikan apa yang “*legitimate*” dan apa yang tidak “*legitimate*”. Negara-negara maju tersebut menginginkan agar *unilateral humanitarian intervention* tetap berstatus illegal agar mereka dapat membenarkan penggunaan kekuatan bersenjata menjadi sesuatu yang dapat dilegitimasi. Sebagai contoh, Byers dan Chesterman berargumen bahwa Amerika Serikat tidak ingin mengubah praktek ini menjadi hukum internasional yang berlaku umum sebagai pengecualian yang sah, namun berusaha bergerak kearah agar kasus-kasus *ad hoc* seperti ini hanya dapat dilakukan oleh mereka sendiri.⁴⁹⁸

Kedua, legitimasi dapat digunakan sebagai gagasan pelengkap dari konsep legalitas dan usaha untuk memelihara integritas hukum serta dalam waktu yang bersamaan dapat merespon terhadap kebutuhan akan keadilan dalam kasus-kasus tertentu.⁴⁹⁹ Dengan menyatakan bahwa *unilateral humanitarian intervention* itu “*illegal but legitimate*”, maka mereka memberikan pandangan dimana suatu tindakan itu berada di antara legal atau illegal atau bersifat abu-abu, sehingga legitimasi dapat memberikan peluang atas hukum yang tidak atau belum diatur secara jelas.⁵⁰⁰ Hal ini dikarenakan setiap aturan hukum dan setiap tindakan mengandung unsur legitimasi yang berbeda, tergantung kasus per kasus. *Unilateral humanitarian intervention* melibatkan sejumlah prinsip yang penting namun saling bertentangan seperti hak asasi manusia, kedaulatan negara, keadilan dalam kasus-kasus individu, dan penghormatan terhadap hukum. Pendekatan ini berusaha agar larangan penggunaan kekuatan bersenjata ini tetap illegal namun tetap melihat kompleksitas dan isu-isu di dalam tiap kasus.

⁴⁹⁷ Anthea Roberts, *Legality vs legitimacy : Can uses of force be illegal but justified*, 2010, hlm.208; Pablo Arrocha, *The Never Ending Dilema : Is The Unilateral Use of Force By States Legal in the Context of Humanitarian Intervention*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vo. XI, 2011, hlm.34

⁴⁹⁸ Michael Byers, *The Shifting Foundations of International Law, A Decade od Forceful Measures Against Iraq*, EJIL, Vol.3, No.1, 2002, hlm.39

⁴⁹⁹ Pablo Arrocha, *opcit*, hlm.34

⁵⁰⁰ Pernyataan dari Bapak Sucipto, Dosen Hukum Internasional Universitas Brawijaya, dalam sesi wawancara pada tanggal 26 Maret 2012

Ketiga, legitimasi dipandang sebagai kritik terhadap hukum yang ada dan berusaha untuk mengembangkannya.⁵⁰¹ Legitimasi memberikan sudut pandang yang lain untuk menilai suatu system hukum dan melihat apakah hukum yang ada sebaiknya tetap dipertahankan seperti yang telah ada atau perlu dimodifikasi.

Sebagai contoh, *Independent Internasional Commission* di Kosovo menyimpulkan bahwa intervensi NATO *illegal but legitimate*, namun menyadari bahwa ada jurang diantara kedua konsep tersebut yang dapat melemahkan penghormatan terhadap hukum, sehingga perlu diminimalisir jurang tersebut dengan menciptakan hukum yang dapat lebih merefleksikan tuntutan moral.⁵⁰² Senada dengan itu, *Danish Institute for International Affairs* mengakui bahwa legitimasi tidak dapat menjawab legalitas suatu tindakan namun dapat memberikan ide tentang keinginan dan kemungkinan terhadap perkembangan hukum internasional dimasa yang akan datang.⁵⁰³

Bila dilihat dari ketiga alasan tersebut, pada akhirnya setiap pelanggaran terhadap hukum mengandung unsur legitimasi yang berbeda dan mungkin baru, sehingga setiap kali negara melanggar hukum dan negara-negara lain mendukungnya karena dapat dilegitimasi, menjadikan negara lain dikemudian hari lebih mudah untuk melanggar hukum yang ada sampai ada cara atau metode interpretasi baru atas suatu perjanjian terhadap perjanjian yang lama yang dilakukan secara jelas dan tegas.⁵⁰⁴

Sebagai perbandingan, bahwa Piagam PBB memberikan pengecualian atas larang penggunaan kekuatan bersenjata dalam dua hal, yaitu *self defence* dan intervensi dengan otorisasi DK PBB. Bila dilihat invasi Iraq di Kuwait dan intervensi NATO di Kosovo, tampaknya kedua kasus memiliki kesamaan yaitu sama-sama melanggar Pasal 2 ayat (4) Piagam PBB dan kedua kasus tersebut tidak masuk ke dalam 2 kategori pengecualian diatas. Kedua kasus tersebut sama-sama menggunakan kekuatan bersenjata, bukan dalam rangka *self defence* dan

⁵⁰¹ Pablo Arrocha, *opcit*, hlm.34

⁵⁰² Mark Juergensmeyer, Richard Falk, Vesselin Popovski, *Legality and Legitimacy in Global Affairs*, Oxford University Press, 2012, hlm.269

⁵⁰³ Danish Institute of International Affairs: *Humanitarian Intervention: Legal and Political Aspects*, Copenhagen: DUPI, 1999, hlm.24

⁵⁰⁴ David Kennedy, *The Sources of International Law*, AM UJ of International Law and Policy, 1987, hlm.9; Lihat juga John Alan Cohan, *The Bush Doctrine and the Emerging Norm of Anticipatory Self-Defense in Customary International Law*, Pace International Law Review, Vol.15, Issue.2, 2003, hlm.299

tanpa otorisasi DK PBB. Namun, banyak negara melakukan *check and balance* dan memandang kedua kasus tersebut berbeda secara kualitatif,⁵⁰⁵ karena NATO di Kosovo menghadapi kecaman atau protes yang lebih sedikit daripada invasi Iraq. Meskipun penggunaan kekuatan bersenjata dianggap illegal, banyak faktor relevan yang dapat digunakan untuk menilai standar pembuktiannya, termasuk motivasi melakukan intervensi, seperti apakah untuk melakukan agresi atau untuk tujuan kemanusiaan, dan tingkat kerusakan yang diakibatkan, misalnya pelanggaran terhadap kedaulatannya bersifat sementara atau permanen. Faktor-faktor inilah yang memainkan peran penting untuk menentukan sejauh mana sebuah tindakan yang bertentangan dengan hukum internasional menjadi *legitimate*, sehingga dapat menciptakan hukum kebiasaan internasional yang baru.⁵⁰⁶ Hal tersebut karena hukum kebiasaan internasional tidak hanya ditentukan oleh legalitas dari sebuah praktek, tetapi juga oleh penerimaan dari negara-negara, berdasarkan berbagai faktor diatas.

Pertanyaan selanjutnya adalah apakah diperlukan suatu set kriteria untuk menentukan legitimasi atas suatu tindakan? Atau lebih baik tidak diciptakan suatu kriteria agar tidak memberikan ruang atas penyalahgunaan?

Dengan tetap bersandar bahwa penggunaan kekuatan bersenjata itu *illegal but legitimate* telah membuat suatu preseden dimana negara dapat melewati atau tidak perlu meminta otorisasi DK PBB dan tetap mengklaim bahwa tindakan mereka dapat dibenarkan.⁵⁰⁷ Tentu hal ini memberikan dampak yang besar terhadap perkembangan hukum yang ada. Misalnya, ketika Amerika dan Inggris tidak berhasil mendapatkan ijin atas resolusi DK PBB untuk menginvasi Iraq, bisa saja mereka berdalih bahwa tindakan mereka dapat dilegitimasi. Meskipun opini dunia menganggap invasi tersebut illegal, bisa saja mereka berargumen bahwa tindakan mereka *illegal but legitimate* berdasarkan preseden yang diberikan oleh kasus Kosovo.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ Anthea Roberts, *opcit*, hlm.210

⁵⁰⁶ Ibid, hlm.211

⁵⁰⁷ Niels Blokker and Nico Schrijver, *The Security Council and The Use of Force, Theory and Reality, A Need for Change?*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, hlm.56

⁵⁰⁸ David Armstrong, *Force and Legitimacy in World Politics*, Cambridge University Press, 2005, hlm.42

Akhirnya, dengan mengklaim bahwa *unilateral humanitarian intervention* sebagai praktek yang *illegal but legitimate*, memang tidak serta merta menghentikan preseden yang dapat muncul terhadap kasus-kasus selanjutnya, meskipun pernyataan legitimasi atas suatu tindakan tersebut dilakukan tanpa ada kriteri atau definisi yang jelas tentang konsep legitimasi itu sendiri. Dengan begitu, pendekatan *illegal but legitimate* ini menciptakan sebuah mekanisme yang semakin menjauhi konsep legal ke arah legitimasi, dan menjadikan konsep legitimasi sebagai bagian dari sumber independen dari hukum internasional yang bahkan dapat digunakan untuk membenarkan pelanggaran-pelanggaran diluar cakupan *unilateral humanitarian intervention*. Oleh karena itu, ada baiknya dalam menilai suatu tindakan atau kasus seperti ini dilihat pula kompleksitas dan berbagai isu dan factor di dalamnya. Karena bagaimanapun juga, perlu diingat bahwa tugas kita adalah bukan untuk mencari sumber otoritas lain sebagai alternatif dari DK PBB, namun untuk membuat DK PBB bekerja lebih baik daripada sebelumnya.

BAB V PENUTUP

5.1 Kesimpulan

Dari keseluruhan penjelasan dan analisis yang telah dipaparkan pada bab-bab sebelumnya, maka penelitian tesis ini menghasilkan beberapa kesimpulan.

1. Perlindungan terhadap hak asasi manusia merupakan norma *jus cogens*. Hal tersebut dapat dilihat dan dianalisis dari sumber hukum internasional, seperti perjanjian internasional, hukum kebiasaan internasional, prinsip hukum dan juga putusan badan atau peradilan internasional. *Genocide Convention, Torture Convention, Racial Discrimination Convention*, adalah beberapa contoh konvensi yang mengandung norma *jus cogens*, dimana para pihaknya tidak diizinkan melakukan modifikasi terhadap kewajiban yang disepakati, dan norma yang terkandung di dalamnya telah di terima dan diakui secara universal, sebagai norma yang bersifat *peremptory* dan *non derogable*. Pemberlakuannya juga tidak ditentang oleh negara lain. Hal tersebut diperkuat oleh pengakuan negara-negara, pendapat para sarjana, dan juga putusan serta pendapat dari badan atau peradilan internasional seperti ICJ.

Memang tidak semua hak asasi manusia dapat dikategorikan sebagai norma *jus cogens*. Untuk menjadi norma *jus cogens*, hak asasi tersebut harus berhubungan langsung dengan kepentingan masyarakat internasional secara keseluruhan dan juga merupakan norma yang "*shock the conscience of mankind*". Selain itu dengan semakin banyaknya instrumen hukum yang melarang kejahatan tersebut serta jumlah negara yang telah meratifikasinya dan menerapkannya ke dalam hukum nasionalnya, akan semakin mudah untuk mengkategorikan norma tersebut sebagai *jus cogens*. Terdapat beberapa perlindungan HAM yang sifatnya tidak sekontroversial lainnya dan telah disepakati dan diakui sebagai *jus cogens*, diantaranya, *the law of genocide, the principle of non racial discrimination, crimes against humanity, ethnic cleansing, the rules prohibiting trade in slave, piracy, and the principle of self determination*.

2. Prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia sebagai norma *jus cogens* telah membatasi konsep kedaulatan negara. Meskipun kedaulatan negara masih menjadi prinsip fundamental dalam hukum internasional dan hubungan antar negara, namun perlindungan terhadap hak asasi manusia telah mengalami perkembangan sehingga mempengaruhi pemahaman tentang kedaulatan negara tersebut dimana saat ini kedaulatan negara bukan lagi suatu konsep yang absolut. Selain dibatasi oleh konstitusi negara itu sendiri dan kedaulatan negara lain, kedaulatan negara juga dibatasi oleh prinsip-prinsip dan kaidah hukum internasional yang berkaitan dengan nilai-nilai kemanusiaan yang bersifat universal, atau biasanya disebut dengan prinsip perlindungan terhadap hak asasi manusia. Sehingga perkembangan hukum internasional saat ini mengindikasikan bahwa kedaulatan tidak hanya meliputi kekuasaan tetapi juga tanggung jawab (*sovereignty implies responsibility*), dimana negara harus melindungi rakyatnya sendiri dari kejahatan internasional seperti pemusnahan massal (*genocide*), kejahatan perang (*war crimes*), pembersihan etnis (*ethnic cleansing*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*).

Tindakan sewenang-wenang yang dilakukan oleh negara (pemerintah) terhadap penduduknya telah memberikan pelajaran berharga, bahwa kewenangan negara atas penduduknya harus dibatasi. Dalam keadaan tersebut, kedaulatan negara tidak lagi dapat dipahami sebagai sebuah halangan terhadap intervensi luar yang absolute ketika tujuannya adalah untuk melindungi individu dari penyalahgunaan hak asasi manusia. Namun, pembatasan tersebut hendaknya jangan dilihat sebagai tantangan ataupun sebagai pemangkasan terhadap kedaulatan negara, melainkan sebuah tindakan pencegahan agar negara tidak dapat bertindak sewenang-wenang. Sehingga kelanjutan pembatasan terhadap kewenangan tersebut akan menumbuhkan kesadaran negara-negara dan masyarakat internasional untuk meningkatkan kerjasamanya dalam hal perlindungan dan penghormatan atas nama kemanusiaan.

3. Legitimasi praktek *unilateral humanitarian intervention* dalam hukum internasional sejauh ini telah direspon dengan posisi ambivalen yaitu “*illegal but legitimate*”. Pendekatan “*illegal but legitimate*” ini sekilas terlihat masuk akal untuk mendamaikan pertentangan antara legalitas dan moralitas, antara hukum (*law*) dan keadilan (*justice*). Hal ini karena perkembangan hukum internasional mengindikasikan bahwa kedaulatan negara bukan lagi merupakan konsep yang absolute, dimana saat ini kedaulatan negara bukan hanya meliputi kekuasaan tetapi juga tanggungjawab untuk melindungi rakyat atau warganegaranya, khususnya dari pelanggaran HAM berat atau kejahatan internasional. Namun, konsep legitimasi sendiri sepertinya juga masih kurang atau setidaknya belum memiliki posisi dalam hukum internasional yang ada saat ini. Hal ini karena memang belum ada kesepakatan yang universal tentang konsep legitimasi itu sendiri dan apa kriteria yang dapat menentukan keberadaannya. Sehingga legitimasi dapat saja dijadikan sebagai pelarian dari hukum, dimana negara-negara yang merasa bahwa kepentingannya tidak sejalan dengan legalitas dapat lebih leluasa untuk mengartikan apa yang “*legitimate*” dan apa yang tidak “*legitimate*”.

Tetapi perlu diperhatikan juga bahwa konsep legitimasi dapat digunakan sebagai gagasan pelengkap dari konsep legalitas dan usaha untuk memelihara integritas hukum serta dalam waktu yang bersamaan dapat merespon terhadap kebutuhan akan keadilan dalam kasus-kasus tertentu. Hal ini dikarenakan setiap aturan hukum dan setiap tindakan mengandung unsur legitimasi yang berbeda, tergantung tiap kasus. Sehingga dalam menilai suatu tindakan atau kasus harus tetap melihat kompleksitas dan berbagai isu di dalamnya.

Selain itu hukum yang ada dapat dikembangkan dengan menggunakan konsep legitimasi yang dapat memberikan sudut pandang yang lain untuk menilai suatu system hukum dan melihat apakah hukum yang ada sebaiknya tetap dipertahankan seperti yang telah ada atau perlu dimodifikasi. Harus diakui bahwa legitimasi tidak dapat menjawab legalitas suatu tindakan namun dapat memberikan ide tentang keinginan

dan kemungkinan terhadap perkembangan hukum internasional dimasa yang akan datang. Meskipun praktek ini dianggap illegal, banyak faktor relevan yang dapat digunakan untuk menilai standar pembuktiannya, yang memainkan peranan penting untuk menentukan sejauh mana sebuah tindakan yang bertentangan dengan hukum internasional menjadi *legitimate*, sehingga dapat menciptakan hukum yang baru.

Memang, berdasarkan hukum kebiasaan internasional, praktek *unilateral humanitarian intervention* belum diterima sepenuhnya sebagai salah satu pengecualian dari prinsip non intervensi. Dengan kata lain, saat ini praktek tersebut belumlah secara penuh dapat dikategorikan sebagai hukum kebiasaan internasional, karena belum dilakukan secara konsisten. Namun kasus-kasus diatas menegaskan adanya transisi hukum dimana praktek-praktek negara serta sejumlah dukungan yang ada terhadap berbagai kasus, dapat dan telah menimbulkan sebuah preseden, bahwa praktek ini dapat saja menjadi kebiasaan internasional pada masa yang akan datang karena sering digunakan sebagai alasan pembenar ketika terjadi pelanggaran HAM berat di suatu negara tersebut dan Dewan Keamanan tidak mau dan atau tidak mampu bertindak.

Dengan kata lain, bukan tidak mungkin bahwa bila dikemudian hari ada lagi kasus serupa dimana negara melakukan intervensi atas dasar kemanusiaan tanpa otorisasi DK PBB, dan negara lain tidak menentangnya, maka praktek ini dapat berkembang menjadi sebuah kebiasaan baru yang memiliki posisi dalam hukum internasional. Hal ini karena hukum internasional tidak bersifat statis namun dinamis, dimana pembentukannya tergantung dari praktek negara dan keinginan atau pengakuan dari negara-negara tersebut. Sebuah tindakan yang sifatnya “berbeda” dengan norma yang telah ada, dapat menjadi benar atau *legitimate* apabila komunitas internasional mau menerimanya, baik sebagai norma yang baru, ataupun sebagai interpretasi baru dari sebuah norma yang telah ada.

5.2 Saran

Berbagai saran maupun solusi yang berhubungan dengan praktek *unilateral humanitarian intervention* ini dapat diberikan, diantaranya kepada kelembagaan DK PBB, negara-negara anggota PBB itu sendiri, baik dalam kapasitasnya sebagai anggota PBB maupun sebagai negara berdaulat, organisasi regional, dan juga masyarakat internasional secara keseluruhan.

1. Terkait dengan kelembagaan DK PBB, perlu disepakati “*code of conduct*” dari DK PBB terhadap penggunaan hak veto atas kasus-kasus yang benar-benar membutuhkan tindakan untuk menghentikan krisis kemanusiaan. Dalam arti bahwa, bila suatu resolusi yang disepakati oleh mayoritas negara tidak mengganggu kepentingan nasionalnya yang esensial, negara-negara anggota tetap DK PBB hendaknya tidak menggunakan hak vetonya untuk menghambat sebuah resolusi. Karena di satu sisi, bila dilakukan tanpa otorisasi DK PBB, maka sebuah intervensi dapat saja dilakukan dengan tujuan dan niat yang salah serta mengabaikan syarat-syarat yang telah ada. Namun di sisi lain, bila hak veto diterapkan, padahal negara yang hendak melakukan intervensi telah memenuhi semua kriteria yang ada, dan akhirnya intervensi tersebut dinyatakan berhasil dan *legitimate* melalui dukungan dari negara-negara lain, maka akan berdampak pada kredibilitas PBB itu sendiri.
2. PBB sebagai organisasi internasional hendaknya tidak melihat isu ini sebagai masalah substantif saja, namun juga menerapkan efektifitasnya lewat hukum procedural maupun yudikatif, bila ada negara anggota yang melanggar mekanisme atau syarat-syarat R2P. Selain itu, perlu ditingkatkan penerapan tindakan-tindakan diluar penggunaan senjata atau *use of force* seperti pemberlakuan sanksi yang meliputi sanksi ekonomi meliputi larangan atau pemutusan hubungan ekonomi, larangan terbang, pembatasan secara finansial, bahkan pemutusan hubungan diplomatik yang diberlakukan melalui Resolusi DK PBB. Opsi-opsi di atas hendaknya diupayakan sebaik-baiknya sebelum diberlakukan *use of force*. Namun bila memang harus menggunakan opsi *use of force*, agar PBB dapat berhasil mencapai tujuannya dalam mengharmonisasikan kepentingan nasional

dengan kepentingan internasional, maka komunitas internasional harus berusaha menyeimbangkan permintaan yang dibuat dengan sumber daya yang diperlukan. PBB sebagai organisasi internasional tidak memiliki kekuatan militer sendiri, sehingga koalisi multinasional dapat memberikan kekuatan militer yang lebih kredibel dan efisien dalam kasus-kasus yang memang diperlukan.

3. Organisasi regional, hendaknya juga melakukan upaya-upaya pencegahan seperti melalui mekanisme-mekanisme damai pada tingkat regional untuk membantu negara-negara di mana terdapat perkembangan konflik, agar tidak selalu diselesaikan dengan kekuatan bersenjata. Pembagian kapasitas (*capacity-sharing*) dan kapabilitas peringatan dini (*early warning capability*), juga perlu ditingkatkan oleh kerjasama antara organisasi regional dengan PBB.
4. Negara, secara individu maupun bersama-sama hendaknya melaksanakan tanggungjawabnya untuk melindungi rakyatnya sendiri dari kejahatan-kejahatan internasional. Hal tersebut dapat dilakukan dengan menjamin adanya mekanisme yang efektif untuk menangani konflik-konflik domestic, melindungi hak-hak minoritas di dalam negara, menerapkan perjanjian hukum internasional yang terkait mengenai hak asasi manusia, hukum humaniter internasional, hukum mengenai pengungsi, serta Statuta Roma, berupaya untuk memperbaiki kondisi-kondisi yang mendukung penegakan tanggung jawab untuk melindungi, seperti memperbaiki penegakan hukum (*rule of law*) dan perlindungan hak asasi manusia. Bagaimanapun juga, praktek *unilateral humanitarian intervention* tidak akan pernah terjadi bila negara atau pemerintah gagal melindungi rakyatnya sendiri.

DAFTAR REFERENSI

BUKU

- Abiew, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, Hague, Kluwer Law International, 1992
- Akehurst, *Modern Introduction of International Law*, Seventh Edition, Routledge London, 1997
- Amiruddin dan Asikin, Zainal *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010
- Armstrong, David, *Force and Legitimacy in World Politics*, Cambridge University Press, 2005
- Atmasasmita, Romli, *Kapita Selekta Hukum Pidana Internasional*, CV Utomo, Bandung, 2004
- Ardhiwisastra, Yudha Bhakti, *Hukum Internasional Bunga Rampai*, Bandung: PT. Alumni, 2003
- Asshiddiqie, Jilmy, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Jakarta; Konstitusi Press, 2005
- Baderin, Mashood and Senyonjo, Manisuli, *International Human Rights Law, Six Decades After the UDHR and Beyond*, Ashgate Publishing, 2010
- Bankas, Ernest Kwasi, *The State Immunity Contraversy in Internatonal Law, Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, 2005
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Clarendon Press, 1998
- , *Principles of Public International Law*, Six Edition, Oxford University, 2003
- Campbell, Greg, *The Road to Kosovo, A Balkan Diary*, Westview Press, USA, 2000
- Cassese, Antonio and Weiler, Joseph, *Change and Stability in International Law Making*, de Gruyter, 1988
- Coghill, Ken, Stumphord, Charles, and Smith, Tim, *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust*, Ashgate Publishing Limited, 2012

- Danilenko, *Law Making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands, 1993
- De Hoogh, Andre, *Obligations Erga Omnes and International Crimes, A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, Kluwer Law International, 1996
- De Schutter, Oliver, *International Human Rights Law : Case, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, 2010
- Dorr, Oliver and Schmalenbach, Kirsten, *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Springer, 2012
- Garner, Bryan, *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, Book 1, West Group, ST. Paul, Minn, 1999
- Geert and Knoops, Jan, *Theory and Practice of International and Internatinalized Criminal Proceedings*, Kluwer BV, Netherlands, 2005
- Heywood, Andrew, *Key Concepts in Politics*, Palgrave Newyork, 2000
- Hudson, Kimberly, *Justice, Intervention and Force in International Relations, Reassessing Just War Theory in the 21st Century*, Routledge, 2009
- Ibrahim, Johnny, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Edisi Revisi, Malang, Bayumedia Publishing, 2006
- Inazumi, Mitzui, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia, 2005
- Iskandar, Pranoto, *Hukum HAM Internasional, Sebuah Pengantar Kontekstual*, IMR Press, Cianjur, 2010
- Kaczorowska, Alina, *Public International Law*, Routledge, 2012
- Karoubi, Mohammad, *Just or Unjust? : International Law and Unilateral Use of Arm Force by States*, Ashgate Publishing Limited, 2005
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State* (alih bahasa oleh Somardi), 2007
- Kreß, Christian, *When is Military Intervention Morally Justified?*, GRIN Verlag, Germany, 2005
- Kurnia, Mahendra Putra, *Hukum Kewilayahan Indonesia, Harmonisasi Hukum Pengembangan Kawasan Perbatasan NKRI Berbasis Teknologi Geospasial*, UB Press, 2011

- Kusumaatmadja, Mochtar, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung : PT. Alumni, edisi kedua, 2003
- , *Pengantar Hukum Internasional*, Binacipta, Jakarta, 1990
- Kusumaatmadja, Mochtar, dan Agoes, Ety, *Pengantar Hukum Internasional*. Bandung Alumni, 2003
- Landis, Dan and Alberts, Rosita, *Handbook of Ethnic Conflict, International Perspective*, Springers, New York, 2012
- Locke, John, *The Second Treatise of Civil Government and a Letter Concerning Toleration*, disunting oleh J.W. Gough, Blackwell, Oxford, 1964
- Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, Place of Publication: London. Publication Year, 1997
- Martin, Francisco Forrest and Wilson, Richard J., *The Rights International Companion to Criminal Law & Procedure: an International Human Rights and Humanitarian Law Supplement*, Kluwer Law International, 1999
- Marzuki, Peter, *Penelitian Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta, 2005
- Mauna, Boer, *Hukum Internasional, Pengertian Peranan Dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, Bandung : Alumni, edisi kedua, 2005
- Merriam, C.E., *History of Sovereignty Theory Since Rousseau*, Batoche Books, Kitchener, 2001
- Nasution, Bahder Johan, *Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Mandar Maju, Bandung, 2011
- Nowak, Manfred and McArthur, Elizabeth, *The United Nations Convention Against Torture. A Commentary*. New York City: Oxford University Press, 2008
- Parry and Grant, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Oceana Publication, Inc., Newyork, 1986
- Parthiana, I Wayan, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung, Mandar Maju, 2003
- Pauwelyn, Joost, *Conflict of Norm in Public International Law, How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003

- Ramcharan, Bertrand, *Contemporary Human Rights Ideas*, Routledge, Newyork, 2008
- Romano, Micheal, *AP European History*, Wiley Publishing Inc, NJ, Second Edition, 2012
- Ronen, Dov, *The Challenge of Ethnic Conflicts, Democracy and Self Determination in Central Europe*, Frank Cass & Co Ltd, London, 1997
- Rosenthal, Joel H. and Barry, Christian, *Ethics & International Affairs A Reader*, Third Edition, Published in Cooperation with Carnegie Council for Ethics in International Affairs, Georgetown University Press, 2009
- Salmon, Trever, *Issues in International Relation*, Taylor and Francis e-Library, Routledge, Second Edition, 2008
- Schabas, William, *War Crimes and Human Rights : Essays on the Death Penalty, Justice, and Accountability*, Cameron May, London, 2008
- Schefer, Krista Nadakavukaren, *Social Regulation in the WTO, Trade Policy and International Legal Development*, Edward Elgar, UK, 2010
- Schmid, J, Von, *Ahli-ahli Pemikir Besar Tentang Negara dan Hukum*, PT. Pembangunan, Jakarta, 1962
- Shanahan, Timothy, *Philosophy 9/11 : Thinking about the War on Terrorism*, Open Court Publishing Company, 2005
- Shaw, Malcolm, *International Law*, Third Edition, Cambridge University Press, 1991
- Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1973
- Soekanto, Soerjono, *Pengantar Penelitian Hukum*, Penerbit UI Press, Jakarta, 1986
- Soekanto, Soerjono dan Mamudji, Sri, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2011
- Starke, J.G, *Pengantar Hukum Internasional*, Edisi kesepuluh, Jakarta, Sinar Grafika, 1995
- Stevenson, Willian Jr., *Christian Love and Just War*, Macon: Mercer University Press, 1987
- Suteni, F.A. Whisnu, *Identifikasi dan Reformulasi Sumber-Sumber Hukum Internasional*, Bandung : Mandar Maju, 1989

Syahmin, *Hukum Perjanjian Internasional Menurut Konvensi Wina, 1969*, Bandung: Armico, 1985

The Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law, Recueil des Cours de L'Academie de Droit International de La Hague, Vol 172 (1991-III)

Tomuschat, Christian and Thouvenin, Jean Marc, *The Fundamental Rules of International Legal Order, Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands, 2006

Van hoof, G.J.H, *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer, Netherlands, 1983

JURNAL / ARTIKEL

Adjei, Eric, *The Legality of Humanitarian Intervention*, Tesis, University of Georgia, 2005

Anne and Massa, Sophie, *Does Humanitarian Intervention Serve Human Rights? The Case of Kosovo*, Amsterdam Law Forum, 2009

Antonio, Juan and Salcedo, Carrillo, *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, European Journal of International Law, 1997

Arend, Anthony, *International Law and Rogue States: The Failure of the Charter Framework*, 2002

Arrocha, Pablo, *The Never Ending Dilema : Is The Unilateral Use of Force By States Legal in the Context of Humanitarian Intervention*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vo. XI, 2011

Bartlett, Brendan C., *Norms Emergence and Humanitarian Intervention, Major, United States Air Force*, International Relations, University of Cambridge, 2006

Bassiouni, M. Cherif, *International Crimes : Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Law and Contemporary Problems, Vol.59, No.4, 1996

Beat, Schwiezer, *Moral Dilemmas for humanitarianism in the Era of "Humanitarian" Military Intervention*, 2004

Benjamin, Barry, *Unilateral Humanitarian Intervention : Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities*, Fordham International Law Journal, Volume 16 Issue, 1992

- Blokker, Niels and Schrijver, Nico, *The Security Council and The Use of Force, Theory and Reality, A Need for Change?*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005
- Bodin, Jean and Franklin, Julain, *On Sovereignty : Four Chapters From The Six Books of The Commonwealth*, Cambridge University Press, 1992
- Bottini, Gabriel, *Universal Jurisdiction After The Creation of the International Criminal Court, International Law and Politics*, N.Y.U. J. INT'L L. & POL, Vol.36, 2004
- Brockman, Joanne, *Liberia, The Case for Changing UN Processes for Humanitarian Interventions*, Wisconsin International Law Journal , Vol.22, No.3, 2005
- Burke, Ciaran, *The Rise and Fall of the Humanitarian Intervention Discourse in International Law*, Amsterdam Associated Press, 2010
- Buyers, Michael and Chesterman, Simon, *Changing the Rules about Rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the Future of International Law*, Cambridge University Press, 2003
- Byers, Michael, *Conceptualizing the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*, Vol.66, Nordic Journal of International Law, 1997
- , *The Shifting Foundations of International Law, A Decade of Forceful Measures Against Iraq*, EJIL, Vol.3, No.1, 2002
- Carrillo, Juan Antonio and Salcedo, *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, European Journal of International Law, 1997
- Cassese, Antonio, *Ex Iniuria Ius Oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?* European Journal of International Law, 1999
- Chesterman, Simon, *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford University Press, 2001
- Chetail, Vincent, *The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law*, IRRC, Vol.85, 2003
- Cohan, John Alan, *The Bush Doctrine and the Emerging Norm of Anticipatory Self-Defense in Customary International Law*, Pace International Law Review, Vol.15, Issue.2, 2003
- Coleman, Katharina, *International Organization and Peace Enforcement, The Politics of International Legitimacy*, Cambridge University Press, 2007

- Criddle, Evan J. and Fox, Evan, *A Fiduciary Theory of Jus Cogens*, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 34, 2009
- Curley, John, *Is There A Right to Unilateral Humanitarian Intervention, And If Not, Do Catholic Social Principle Demand One?*, *Journal of Catholic Legal Studies*, Vol.47, 2008
- D'Amato, Anthony, *There is No Norm of Intervention or Non-Intervention in International Law*, Northwestern University School of Law, 2012
- Damrosch, Lori F., Scheffer, David, Farer, Tom, *An Inquiry into the Legitimacy of Humanitarian Intervention, in Law and Force in the New International Order*, 1991
- Danilenko, Gennady, *International Jus Cogens : Issues of Law Making*, *European Journal of International Law*, Vol.II, No.1, 1991
- Danish Institute of International Affairs: *Humanitarian Intervention: Legal and Political Aspects*, Copenhagen: DUPI, 1999
- De Chazaurnes, Laurence Boisson and Sands, Philippe, *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, 1999
- De Feyter, Koen, Parmentier, Stephan, Timmerman, Christiane, Ulrich, George, *The Local Relevance of Human Rights*, Cambridge University Press, 2011
- Dekker, Ige F., *Illegality and Legitimacy of Humanitarian Intervention : Synopsis and Comments of Dutch Report*, Oxford University Press, 2001
- Delbruck, Jost, *International Protection of Human Rights and State Sovereignty*, *Indiana Law Journal*, Volume 57, Issue 4, 1982
- Douglas, Jason Anthony, *Sovereignty, Human Rights and Humanitarian War*, National University of Ireland, University College Cork, 2009
- Duke, Simon, *The State and Human Rights : Sovereignty versus Humanitarian Intervention, International Relation*, *International Relations*, Vol.XII, No2, 1994
- Ferreira, MP and Snyman, *The Evolution of State Sovereignty, A Historical Overview*, Fundamina, 2006
- Finger, Berry, *Kosovo, Between Milosevic and NATO*, *New Politics*, vol. 7, no. 3 (new series), No. 27, 1999

- Fixdal, Mona and Smith, *Humanitarian Intervention and Just War*, Mershon International Studies Review, 1998
- Forsythe, David P., *Encyclopedia of Human Rights*, Oxford University Press, Vol.1, 2009
- Greenwood, Christopher, *Humanitarian intervention: the case of Kosovo*, Book section, Finnish Yearbook of International Law, Helsinki, Finland : Kluwer Law, 2002
- Hadjon, Philipus, “*Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik (Normatif)*”, Yuridika, Jurnal Hukum Universitas Airlangga Surabaya, No.6 Tahun IX, November-Desember 1994
- Heinze, Eric, *Humanitarian Intervention, the Responsibility to Protect, and Confused Legitimacy*, Human Rights and Human Welfare, Volume 11, 2011
- , *Waging Humanitarian War : The Ethics, Law and Politics of Humanitarian Intervention*, State University of New York Press, 2009
- Hilpold, Peter, *Humanitarian Intervention, Is There a Need for a Legal Reappraisal*, EJIL, 2001
- Hoffman, *Sovereignty and Ethics of Humanitarian Intervention, in Hoffman : The Politics and Ethics of Humanitarian Intervention*, Notre Dame, 1996
- Holzgrefe and Keohane, *Political authority after intervention: gradations in sovereignty*, CUP, Cambridge, 2003
- Hossain, Kamrul, *The Concept of Jus Cogens and The Obligation Under the UN Charter*, Santa Clara Journal of International Law, Vol.3, 2005
- Humes, Stacy and Schulz, *Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights*, Harvard Human Rights Journal / Vol. 21, 2008
- International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, International Development Center, Canada, 2001
- James Pattison, *Legitimacy and Humanitarian Intervention: Who Should Intervene?* University of Newcastle, 2006
- Janmyr, Veileder Maja, *The Legal Aspects of Humanitarian Intervention Based on the Intervention in Somalia*, 2009

- Juergensmeyer, Mark, Falk, Richard, Popovski, Vesselin, *Legality and Legitimacy in Global Affairs*, Oxford University Press, 2012
- Kennedy, David, *The Sources of International Law*, AM UJ of International Law and Policy, 1987
- Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, European Journal of International Law, 1998
- Knorr, Michelle, *The International Crime of Genocide: Obligations Jus Cogens and Erga Omnes, and their Impact on Universal Jurisdiction*
- Kochler, Hans, *Humanitarian Intervention in the Context of Modern Power Politics, International Progress Organization*, Studies in International Relations XXVI, Vienna, 2001
- Koskenniemi, Martti, *Fragmentation of International Law : Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Fifty-eighth session, A/CN.4/L.682, Geneva, 2006
- Krichner, Stefan, *The Human Rights Dimensions of International Peace and Security : Humanitarian Intervention after 9/11*, 2004
- Kratochvíl, Jan, *Humanitarian Intervention and State Sovereignty*, 2006
- Kreiger, Heike, *The Kosovo Conflict and International Law, An Analytical Documentation 1974-1999*, Cambridge University Press, 2001
- Kritsiotis, *Reappraising Policy Objections to Humanitarian Intervention*, MJIL, 1998
- Kurth, James, *Humanitarian Intervention After Iraq: Legal Ideals vs. Military Realities*, Published by Elsevier Limited on behalf of Foreign Policy Research Institute., 2005
- Lang, Anthony, *Just Intervention*, Georgetown University Press, 2003
- Linderfalk, Ulf, *The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?*, The European Journal of International Law Vol. 18 no.5, EJIL 2008
- Londras, Fiona, *The Religiosity of Jus Cogens, A Moral Case for Compliance*, 2007
- Macklem, Patrick, *Humanitarian Intervention and the Distribution of Sovereignty in International Law*, 2006

- Magallona, Merlin, *The Concept of Jus Cogens in the Vienna Convention on the Law of the Treaties*, Philippine Law Journal, Vol.51, 1976
- Mansson, Robert, *The legality of Humanitarian Intervention in Customary International Law*, University of Lund, 2007
- Martin, F., *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, New York, 2006
- McClellan, *Responsibility to Protect: The Role of International Human Rights Law*, Journal of Conflict and Security Law, 2008
- Mertus, Julie, *Reconsidering the Legality of Humanitarian Intervention: Lessons from Kosovo*, William and Mary Law Review, Vol.41, Issue 5, 2000
- Murphy, Ray, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo: Operational and Legal Issues in Practice*, Cambridge University Press, 2007
- Murphy, Sean D., *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996
- Naimark, Norman, *Fires of Hatred : Ethnic Cleansing in Twentieth Century Europe*, Harvard, USA, 2001
- Nardulli, Bruce, *Disjointed War, Military Operations in Kosovo 1999*, 2002
- Nicholas, Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford University Press, 2000
- Nieto, Rafael, *International Preemptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, 2001
- Orford, Anne *Reading Humanitarian Intervention, Human Rights and the Use of Force in International Law*, Cambridge University Press, 2003
- Peter, Anne, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, European Journal of International Law, Vol. 20 No. 3, 2009
- Piersol, Bill, Horne, Gary, Lechner, Ulrike, Mursia, Agatino, *Kosovo Case Study, First 18 Months, March 1999 to September 2000*, 2009
- Portela, Clara, *Humanitarian Intervention, NATO, and International Law, Can the Institution of Humanitarian Intervention Justify Unauthorized Action*, Berlin Information Center for Transatlantic Security, 2000

- Regional Surveys of the World, *Central and South Eastern Europe 2004*, Forth Edition, Europe Publication, United Kingdom, 2003
- Resiman, Micheal, *Present Problems of the Use of Force in International Law*, Institut of International Law, Session of Santiago, 2007
- Richemond, Daphne, *Normativity in International Law: The Case of Unilateral Humanitarian Intervention*, Yale Human Rights and Development Law Journal, Vol.6, 2003
- Roberts, Adam, *Humanitarian War : Military Intervention and Human Rights, International Affair*, Vol.69, no3, 1993
- Roberts, Anthea, *Legality vs Legitimacy : Can Uses of Force be Illegal but Justified?*, 2010
- , *Traditional and Modern Approaches To Customary International Law : A Reconciliation*, Am. J. Int'l. L., 2001
- Rodly, Nigel and Cali, Basak, *Kosovo Revisited: Humanitarian Intervention on the Fault Lines of International Law*, Human Rights Law Review, Oxford University Press, 2007
- Rose, Jurgen and Traut, Johannes, *Federalism and Decentralization*, Lit Verlag, 2002
- Rozakis, Christos, *The Concept of Jus Cogens in the Laws of Treaties*, North-Holland Pub. Co., 1976
- Schabas, William, *Genocide in International Law : The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press, 2000
- Schwiezer, Beat, *Moral Dilemmas for humanitarianism in the Era of "Humanitarian" Military Intervention*, 2004
- Seybolt, Taylor, *Humanitarian Military Intervention, The Conditions for Success and Failure*, Oxford University Press, 2008
- Shen, Jianming, *The Non Intervention Principle and Humanitarian Intervention under International Law*, International Legal Theory, 2001
- Simma, Bruno, *NATO : the UN and the Use of Force : Legal Aspects*, EJIL, 1999
- Simon, Steve, *The Contemporary Legality of Unilateral Humanitarian Intervention*, CWIJL, 1993

- Simons, Penelope C., *Humanitarian intervention: a review of literature*, The Ploughshares Monitor, 2001
- Sir, Arthur Watts, *The International Law Commission, 1949-1989*, Volume One: The Treaties, Oxford, 1999
- Stein, Mark, *Unauthorized Humanitarian Intervention*, Social Philosophy & Policy Foundation, Printed in the USA, 2004
- Sujatmoko, Andrey, *Jus Cogens dan Kaitannya dengan Beberapa Perjanjian Internasional*, 2006
- Teson, Fernando, *Kosovo : A Powerful Precedent for the Doctrine of Humanitarian Intervention*, Amsterdam Law Forum, Vol.1, No.2, 1999
- Tetzlaff, Kerry, *Humanitarian Intervention Post Kosovo : Does A Right To Humanitarian Intervention Exist In Customary International Law? If Not, Is There A Trend Towards The Creation Of A Right To Humanitarian Intervention In Customary International Law?*, The New Zealand Postgraduate Law e-Journal, Issue.4, 2006
- The Kosovo Report Conflict, International Response Lesson Learned*, The Independent International Commission on Kosovo, Oxford University Press, 2000
- The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Oxford University Press, 2008
- Thontowi, Jawahir dan Iskandar, Pranoto, *Hukum Internasional Kontemporer*, Refika Aditama, 2006
- Veiledler, *The Legal Aspects of Humanitarian Intervention Based on the Intervention in Somalia*, 2009
- Verdross, Alfred, *Jus Dispositivium and Jus Cogens in Intenational Law, International Law in the Twentieth Century*, The American Society of International Law, 1969 *Sovereignty*, RGLS Research Papers, No.6, 2012
- Villani, Ugo, *The Security Council's Authorization of Enforcement Action by Regional Organizations*, Max Planck UNYB, 2002
- Vogel, Tobias, *The Politics of Humanitarian Intervention*, The Journal of Humanitarian Assistance, Feinsten International Center, 1996
- Volsky, Alexander, *Reconciling Human Rights and State Sovereignty, Justice and the Law, in Humanitarian Intervention*, International Public Policy Review, Vol.3 No.1, Juni, 2007

Welsh, Jennifer, *Authorizing Humanitarian Intervention, The United Nations and Global Security*, Palgrave Macmillan, 2004

-----, *Humanitarian Intervention and International Relations*, Oxford, 2004

-----, *Taking Consequences Seriously: Objections to Humanitarian Intervention*, Oxford University Press, 2004

-----, *The Security Council and Humanitarian Intervention, The United Nations Security Council and War, The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Oxford University Press, 2008

Wheeler, Nicholas *Legitimizing Humanitarian Intervention : Principles and Procedures*, Melbourne Journal of International Law, Volume 2, 2001

-----, *The Humanitarian Responsibilities of Sovereignty: Explaining the Development of a New Norm of Military Intervention for Humanitarian Purposes in International Society*

-----, *Unilateral Humanitarian Intervention and International Law*, Nacao Defesa, 2003

Wouters, Jan, *Security Council Reform, A New Veto for A New Century*, Egmont's Paper 9, Royal Institute for International Relations, 2005

Zenovic, Predag, *Human rights enforcement via preemptory norms a Challenge to State*, RGLS Research Papers, No.6, 2012

Ziemele, Ineta, *Baltik Yearbook of International Law*, Martinus Nijhoof Publisher, Volume 3, 2003

PERJANJIAN INTERNASIONAL / KONVENSI

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948

Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty 1965

Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperating among States in Accordance with the Charter of the United Nations 1970

Responsibility of State for Internationally Wrongful Act 2001

Rome Statute of the International Criminal Court 2002

Statute of the International Court of Justice 1945

The Montevideo Convention on the Rights and Duties of States 1933

The North Atlantic Treaty 1949

The United Nations Charter 1945

Universal Declaration of Human Right 1948

Vienna Convention on the Laws of Treaties 1969

Wina Declaration and Programme of Action 1993

WEBSITE

Kofi Annan, The Nobel Peace Prize, 2001, United Nations, Nobel Lecture, Oslo,
http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2001/annan-lecture.html

Kofi Annan, *Two Concepts of Sovereignty*, The Economist, 18 September 1999,
<http://www.un.org/news/oss/sg/stories/kaecon.html>

The Secretary General's Millennium Report, 2000, Chapter IV, dapat dilihat
pada situs : <http://www.un.org/millennium/sg/report/full.htm>

Rambouillet Agreement, Interim Agreement for Peace and Self-Government in
Kosovo, dapat diakses pada situs berikut
http://www.state.gov/www/regions/eur/ksvo_rambouillet_text.html

PUTUSAN ICJ

Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd, Belgium v. Spain, ICJ
Reports, 1970

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua
(Nicaragua v United States), Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ
Reports 1986

Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of
Genocide, Advisory Opinion ICJ Reports, 1951

RESOLUSI

SC. Res. 1160, UN SCOR, UN. Doc. S/RES/1160, 31 Maret 1998
<http://www.nato.int/kosovo/docu/u980331a.htm>

SC. Res. 1199, UN SCOR, UN. Doc. S/RES/1199, 23 September 1998
<http://www.nato.int/kosovo/docu/u980923a.htm>

SC. Res. 1203, UN SCOR, UN. Doc. S/RES/1203, 24 Oktober 1998
<http://www.nato.int/kosovo/docu/u981024a.htm>

