



UNIVERSITAS INDONESIA

**LARANGAN TINDAKAN PENYIKSAAN SEBAGAI NORMA HUKUM TAK
TERBANTAHKAN (*JUS COGENS*) DALAM SISTEM HUKUM INTERNASIONAL**

SKRIPSI

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum

**Destya Lukitasari Pahnael
0806341791**

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

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : Destya Lukitasari Pahnael

NPM : 0806341791

Tanda Tangan

: 

Tanggal : 10 Juli 2012

HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh :
Nama : Destya Lukitasari Pahnael
NPM : 0806341791
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul Skripsi : Larangan Tindakan Penyiksaan Sebagai Norma Hukum Tak Terbantahkan (*Jus Cogens*) Dalam Sistem Hukum Internasional

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

DEWAN PENGUJI

Pembimbing	: Adijaya Yusuf, S.H., LL.M.	(.....)
Pembimbing	: Hadi Rahmat Purnama, S.H., LL.M.	(.....)
Penguji	: Prof. Dr. R D. Sidik Suraputra, S.H.	(.....)
Penguji	: Prof. Dr. Sri Setianingsih Suwardi, S.H., M.H.	(.....)
Penguji	: Prof. A. Zen Umar Purba, S.H., LL.M.	(.....)
Penguji	: Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., LL.M., Ph.D.	(.....)
Penguji	: Adolf Warouw, S.H., LL.M.	(.....)
Penguji	: Emmy Juhassarie Ruru, S.H., LL.M.	(.....)
Penguji	: Melda Kamil Ariadno, S.H., LL.M, Ph.D.	(.....)

Ditetapkan di : Depok

Tanggal : 10 Juli 2012

KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan kepada Yesus Kristus, Tuhan dan juruselamat pribadi penulis. Segala puji dan syukur yang diekspresikan lewat kata dan kalimat ini tetap tidak akan cukup menggambarkan betapa luas dan melimpahnya hikmat, berkat dan penyertaan yang diberikan-Nya pada penulis sejak awal kehidupan penulis hingga saat ini dan terutama dalam proses penulisan skripsi ini, sejak awal hingga selesai. Tujuan penulisan skripsi ini adalah untuk melengkapi salah satu syarat demi menyelesaikan program studi Ilmu Hukum Program Kekhususan VI (Hukum Tentang Hubungan Transnasional) pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Penulis menyadari bahwa dalam skripsi yang berjudul '**Larangan Tindakan Penyiksaan Sebagai Norma Hukum Tak Terbantahkan (*Jus Cogens*) Dalam Sistem Hukum Internasional**' ini, masih terdapat banyak kekurangan maka untuk itu penulis mengharapkan dan menerima kritik serta saran yang membangun demi kesempurnaan karya ilmiah ini.

Dalam penulisan skripsi ini, penulis telah banyak menerima bantuan serta masukan dari berbagai pihak, maka pada kesempatan ini penulis mengucapkan terima kasih sebesar-besarnya kepada :

1. Bapak Adijaya Yusuf, S.H., LL.M., selaku Pembimbing I dan Bapak Hadi Rahmat Purnama, S.H., LL.M., selaku Pembimbing II atas segala diskusi, saran, kritik, bimbingan dan arahan yang telah diberikan kepada penulis dalam setiap sesi bimbingan dan pengajaran yang telah diberikan.
2. Bapak Yu Un Oppusunggu, S.H., LL.M. dan Ibu Lita Arijati, S.H., LL.M. selaku Pembimbing Akademis penulis selama masa penempuhan studi beserta seluruh dosen Fakultas Hukum Universitas Indonesia atas pengabdianya untuk menciptakan lulusan Sarjana Hukum yang berintegritas dan berpendidikan. Kepada seluruh dosen Program Kekhususan VI Hukum tentang Hubungan Transnasional yang telah mendorong penulis menjadi manusia terpelajar selama masa pembelajaran dan memberikan pengalaman yang sangat berkesan selama penulis menempuh studi pada Program Kekhususan VI.
3. Drs. Dominggus P.Th. Pahnael, MM. dan Dra. Muji Diah Setiani, kedua orang tua penulis yang telah menjadi tiang doa dan tiang pengharapan pribadi penulis, yang tidak henti-hentinya memberikan dukungan baik materiil maupun immateril dalam penulis menyelesaikan skripsi ini. Kasih, doa, dan segala bentuk perhatian yang

diberikan sungguh tidak akan penulis lupakan hingga akhir hayat. Kepada Sammy Paulo Pahnuel dan Stevi Tessanika Christy Pahnuel, kedua adik penulis yang senantiasa menjadi sumber sukacita dan pembaharuan semangat penulis dalam setiap tahap kehidupan termasuk juga dalam menyelesaikan skripsi ini serta terkhusus kepada almarhumah Ibu Mujirah S. Parlan, nenek penulis yang hingga akhir hayatnya tidak pernah lupa mendoakan, menasihati dan mendukung penulis dalam caranya yang unik. Oma Tabitha Pahnuel selaku nenek penulis yang penulis kasihi. Bagi mereka penulis mempersembahkan karya ilmiah ini.

4. Dessy Christine Tampi, Devina Kara Parinding, Gita Kartika Sihombing, Raisha Jessica Sihombing, Ruth Vinera Sitompul, dan Nona Diana Mariana Nainggolan, anak-anak terkasih penulis dalam kelompok kecil “MMG” yang selama dua tahun ke belakang menjadi saksi kehidupan penulis dan sekalipun dihadapkan pada sikap penulis yang berubah-ubah dan bahkan seringkali keras kepala dan menyebalkan, tetap setia memberikan doa dan dukungan bagi penulis. Dengan bangga penulis menyatakan bahwa sekalipun penulis adalah pihak yang seharusnya membimbing dalam kelompok kecil ini namun justru merekalah yang lebih banyak memberikan penulis pengajaran dan mengasah karakter penulis. Setiap pertumbuhan dan kisah kehidupan yang kami saksikan bersama penulis harap dapat diteruskan hingga kesudahan zaman nanti, dan bagi mereka yang merupakan kebanggaan penulis karya ilmiah ini diperuntukkan.
5. Bianca Natasya Maridjan, S.T. dan Christy Meridsya Yuliana Titaley, S.Psi., kedua sahabat penulis yang sekalipun dalam masa penulisan karya ilmiah ini jarang bertemu dikarenakan jadwal yang padat tetap dengan setia mendoakan dan mendukung penulis. Biarlah apapun yang menghadang jalan kita di masa depan penulis berharap kita tetap dapat menemukan jalan untuk kembali ke pelukan satu sama lain pada akhirnya.
6. Anastasia Rentama Sijabat, S.H., Cecilia Pasaribu, S.H., Debora Menak Ingrid Napitupulu, Dewi Hannie Marpaung, Esther Madonna Warouw, Hospita Yulima Simanjuntak, Maria Monica Napitupulu, Yosephine Valentina Pardede, saudari-saudari penulis dalam KTB “The Macee” yang dengan baik hati mau menerima penulis dalam segala kekurangannya untuk bertumbuh bersama dalam iman kepada Yesus Kristus. Penulis berharap agar persahabatan ini tidak lekang dimakan zaman dan kita tetap dapat bertumbuh bersama dalam setiap masa kehidupan.

7. Andre Dirga Pradana, Aldo Ingo Sitepu, Iman Ardiansyah, Hagai Sembiring, Patio Alfredo Hutabarat, Chatrine Tanuwijaya, rekan berbagi suka dan duka penulis dalam “MMG&Rekan”. Setiap tawa dan momen bersama kalian merupakan kesukaan dan penghiburan bagi penulis khususnya dalam masa penyusunan karya ilmiah ini.
8. Ria Ulina Saragi, S.Kep., Anita Patresya Damanik, Dian Karina Ketaren, Lasmaitha Christiani, saudara-saudara penulis dalam kelompok kecil “LILIPUT” di SMA N 28 Jakarta bersama juga Esther Veronica Parhusip, S.H., Maria Monica Napitupulu, Gabriella Sirait, S.H., Revina Ana Yosepha, saudari-saudari penulis dalam kelompok kecil “HOLY CHICKS” di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, yang senantiasa menyemangati dan mengingatkan penulis serta memaklumi setiap kesibukan jadwal penulis terutama selama masa penulisan karya ilmiah ini.
9. Sofie Chandra, S.H. dan Jahotman Ambarita, rekan sekerja penulis dalam Tim Inti Persekutuan Oikumene Fakultas Hukum Universitas Indonesia masa kepengurusan 2011-2012 yang berperan banyak dalam pembentukan karakter penulis dan memberikan banyak sekali pengalaman kepada penulis. Kepada PKTB penulis, Bang Bernard Sihombing atas teladan dan pengajarannya. Kiranya kita menjadi saksi hidup atas visi yang diberikan Allah dan berjuang menjadi berkat bagi orang banyak.
10. Louise Ruselis Sitorus, saudari terkasih penulis yang senantiasa mengusik penulis dengan canda tawa atau air mata yang ia taburkan. Penulis tidak dapat menyebutkan satu persatu betapa banyak pengajaran yang didapat penulis dari kisah hidupnya dan untuk setiap cerita yang disampaikan dan momen yang dihabiskan bersama, penulis bersyukur kepada Allah. Kepada Indira Sarah Lumbanraja, adik terkasih yang dikarenakan kepadatan jadwal khususnya dalam masa penulisan karya ilmiah ini merasa ditinggalkan oleh penulis, terima kasih atas semangat dan doa yang diberikan. Bagi mereka, penulis ingatkan bahwa kita semua hanyalah seonggok cermin usang dari gambaran besar yang mulia Allah dan karenanya lihatlah kepada Dia untuk penghiburan dan nasihat yang kalian butuhkan. Kepada keluarga besar PO FHUI, setiap pengurus, pelayan dan jemaat dari setiap angkatan, penulis mengucapkan terima kasih yang sedalam-dalamnya atas kesempatan berbagi hidup yang diberikan.

11. Keluarga besar PK VI 2008 yang telah berjuang selama dua tahun penuh melewati penderitaan bersama, berbagi suka duka dan bahagia bersama, yang tak akan penulis lupakan. Terkhusus kepada Putra Aditya, teman senasib sepenanggungan penulis yang telah memberikan dorongan, ejekan, serta pendapat kepada penulis dalam masa studi dan penulisan skripsi ini dan mengingatkan penulis bahwa doa, pengharapan dan niat yang tulus harus tetap diperjuangkan selain dari nilai-nilai dan *curriculum vitae* yang mencengangkan.
12. I Gusti Putra Trisnaya, rekan terpercaya penulis yang tidak henti-hentinya mengingatkan penulis untuk tidak bermalas-malasan dan putus asa dalam masa studi dan khususnya penulisan karya ilmiah ini. Untuk setiap cerita kehidupan yang diberikan, momen yang dihabiskan bersama, mimpi dan keraguan yang diutarakan, penulis senantiasa bersyukur dan berbangga hati.
13. Hanna Friska Luciana Marbun dan Maria Yudithia selaku “kembaran-kembaran” penulis yang walaupun jarang bertemu dikarenakan pilihan-pilihan jalan kehidupan yang berbeda namun tetap membawa rasa hangat di hati penulis setiap kali berjumpa. Kepada semua keluarga besar Fakultas Hukum Universitas Indonesia Angkatan 2008 sebagai angkatan yang sangat beragam, yang memberikan pengalaman yang luar biasa bagi penulis, terima kasih atas momen yang diberikan. Penulis bangga dapat menjadi bagian dari FHUI 2008!
14. Deby Natazha, S.Si., Ratna Irianita, S.Kg., dan Windy Rizki Akbar Putri, teman-teman terdekat penulis yang selalu memotivasi penulis untuk menjadi wanita muda yang berkualitas dan kebanggaan bagi keluarga dan masyarakat.
15. Victor Samuel, Christian Widjaya dan Gavin Lucas, pemuda-pemuda terdekat penulis yang dalam caranya masing-masing membuka mata penulis akan banyaknya hal yang harus disyukuri dan dinikmati dari kehidupan ini.

Akhir kata, berharap semoga skripsi ini dapat memberikan manfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan pada umumnya dan ilmu hukum pada khususnya.

Depok, 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 : Destya Lukitasari Pahnael
NPM : 0806341791
Program Studi : Ilmu Hukum
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Skripsi

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

**Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum Tak Terbantahkan
(*Jus Cogens*) dalam Sistem 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 selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok
Pada tanggal : 10 Juli 2012
Yang Menyatakan


(Destya Lukitasari Pahnael)

ABSTRAK

Nama : Destya Lukitasari Pahnael
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul : Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum Tak Terbantahkan (*Jus Cogens*) dalam Sistem Hukum Internasional

Kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum yang tak terbantahkan (*jus cogens*) sudah mendapatkan tempat di tatanan komunitas hukum internasional. Eksistensi larangan tindakan penyiksaan sebagai bagian dari norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* sesungguhnya berasal dari kewajiban negara-negara untuk menjaga keamanan dunia, dan atau menjamin keadaan yang aman dan kedudukan negara-negara merdeka yang sama satu dengan lainnya. Kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan yang berasal dari kewajiban negara-negara untuk memelihara kondisi hidup bersama yang damai ini memiliki kaitan yang sangat erat dengan kewajiban negara-negara untuk menjamin kehidupan warga negaranya untuk dapat hidup dalam kondisi damai, baik kehidupannya sebagai pribadi ataupun bernegara. Hal demikian dalam perspektif hukum disebut dengan kewajiban negara untuk menjamin warga negara mendapatkan hak asasi manusia yang dimilikinya.

Hubungan ini seringkali dipertanyakan oleh berbagai pihak, khususnya tentang darimana hubungan ini berasal. Bagaimanapun, tidak dapat dipungkiri bahwa bahkan sebelum diadopsi dalam aturan-aturan dalam Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional, prinsip-prinsip hak asasi manusia telah menjadi bagian tak terpisahkan dari norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*. Seperti dikatakan oleh Alfred Von Verdross lewat artikelnya yang berjudul *Forbidden Treaties in International Law* bahwa ada jenis-jenis perjanjian internasional yang tidak dapat dilaksanakan dalam kehidupan masyarakat hukum internasional, jenis-jenis perjanjian internasional ini adalah perjanjian internasional yang mengurangi kedaulatan negara tersebut untuk mengatur dirinya sendiri demi melindungi warga negaranya dan memelihara kondisi kehidupan yang aman, kemerdekaan pribadi dan hak kepemilikan dari tiap individu dalam wilayah negara tersebut. Pendapat Verdross ini dikeluarkan pada saat doktrin hak asasi manusia yang berlaku dalam komunitas internasional sama sekali belum dikenal, kepentingan akan kekuatan moral ini kemudian dibuktikan kebenaran dan intensitasnya lewat tekad bersama agar beberapa hak asasi manusia dinyatakan sebagai sesuatu yang tak terbantahkan lewat kehendak negara-negara.

ABSTRACT

Name : Destya Lukitasari Pahnael
Study Program : Law
Title : Prohibition Against Torture as International Peremptory
Norm of *Jus Cogens* in International Law

Prohibition against torture as international peremptory norm of *Jus Cogens* already gain such valid recognition in international law community. Basically the existence of prohibition against torture as international peremptory norm of *jus cogens* comes from every State's responsibility to maintain the world peace and security all along with the living order of all the independent states. This prohibition against torture as international peremptory norm of *jus cogens* which arose from the responsibility of all states in the world to maintain peace and legal world order has a very strong relationship with the core responsibility of the state's to assure their people live in peace one another as an individual and as a community which embodies in State. This kind of responsibility, in legal's perspective, recognized as the responsibility of a State to assure their people could execute their human rights.

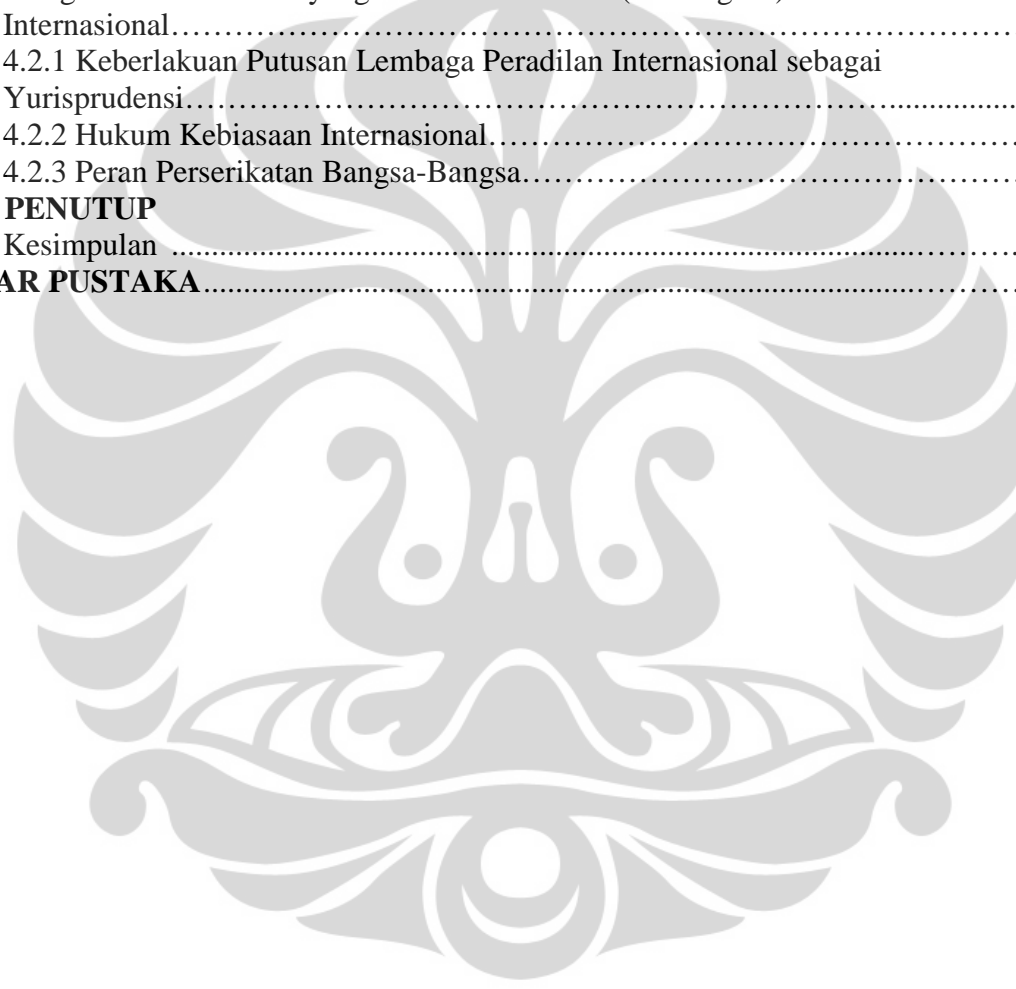
The core relationship between human rights and prohibition against torture as international peremptory norm of *Jus Cogens* sometimes being put into question by a lot of people in community of international law, mostly about the source of this relationship. However it can't be denied that even before the peremptory norms of *jus cogens* being recognized in Vienna Convention on the Law of Treaties, principles of human rights are already being a very important part of the norms itself. As been said by Alfred Von Verdross through his writing in *Forbidden Treaties in International Law* that there's several kind of treaties that can't be applied in daily life of community of international law, this kind of treaties are the one who reduce the sovereign power of States in order to ensure all the people in the world got their rights of peace, security, freedom and possession in the nation. This statement introduced when the principles and doctrine of international law haven't recognized yet, the urgency of it's moral content proofed later by State's consensus of how important the human rights principle being recognized as a part of international peremptory norms.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
LEMBAR PENGESAHAN	ii
KATA PENGANTAR	iii
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH.....	viii
ABSTRAK.....	ix
DAFTAR ISI.....	xi
DAFTAR LAMPIRAN.....	xiii
BAB 1 PENDAHULUAN	
1.1 Latar Belakang Permasalahan.....	1
1.2 Pokok-Pokok Permasalahan.....	6
1.3 Tujuan Penelitian	6
1.4 Kerangka Konseptual	7
1.5 Tinjauan Pustaka.....	9
1.6 Metode Penelitian	12
1.7 Sistematika Penulisan	14
BAB 2 HAKIKAT LARANGAN TINDAKAN PENYIKSAAN SEBAGAI HAK ASASI MANUSIA DALAM SISTEM HUKUM INTERNASIONAL	
2.1 Konsep Dasar dan Kerangka Teoritis Hak Asasi Manusia.....	14
2.1.1 Tinjauan Historis.....	17
2.2. Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum Hak Asasi Manusia Internasional.....	24
2.2.1 Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia 1948.....	25
2.2.2 Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik 1966.....	28
2.2.3 Deklarasi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Perlindungan Umat Manusia terhadap Tindakan Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1975.....	30
2.3. Kedudukan Norma Hak Asasi Manusia sebagai bagian dari Norma Hukum Tak Terbantahkan (<i>Jus Cogens</i>).....	32
2.4. Kedudukan Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum Tak Terbantahkan (<i>Jus Cogens</i>).....	36
BAB 3 KEDUDUKAN LARANGAN TINDAKAN PENYIKSAAN SEBAGAI NORMA HUKUM YANG TAK TERBANTAHKAN (<i>JUS COGENS</i>) DALAM SISTEM HUKUM INTERNASIONAL	
3.1. Konsep Dasar dan Kerangka Teoritis Larangan Tindakan Penyiksaan ditinjau dari Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984.....	43
3.1.1 Latar Belakang.....	43
3.1.2 Ruang Lingkup Larangan Tindakan Penyiksaan dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984.....	46
3.1.3 Komite Menentang Penyiksaan.....	67
3.2. Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum TakTerbantahkan <i>Jus Cogens</i> Ditinjau dari Konvensi Menentang Penyiksaan 1984.....	69

BAB 4 PENERAPAN LARANGAN TINDAKAN PENYIKSAAN SEBAGAI NORMA HUKUM YANG TAK TERBANTAHKAN (*JUS COGENS*) DALAM SISTEM HUKUM INTERNASIONAL

4.1. Pertimbangan Hakim dalam Memutus Kasus-Kasus Pelanggaran Larangan Tindakan Penyiksaan.....	75
4.1.1 Prosecutor v. Anto Furundzija (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia).....	75
4.1.2 Belhas v. Ya'Alon (District of Columbia Circuit Court).....	90
4.1.3 Princz v. The Federal Republic of Germany (U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Court).....	101
4.2 Peran Peradilan Internasional terhadap Penerapan Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum yang Tak Terbantahkan (Jus Cogens) dalam Sistem Hukum Internasional.....	115
4.2.1 Keberlakuan Putusan Lembaga Peradilan Internasional sebagai Yurisprudensi.....	115
4.2.2 Hukum Kebiasaan Internasional.....	118
4.2.3 Peran Perserikatan Bangsa-Bangsa.....	124
BAB 5 PENUTUP	
5.1 Kesimpulan	129
DAFTAR PUSTAKA	132



DAFTAR LAMPIRAN

- Lampiran 1. *Vienna Convention on The Law of Treaties.*
- Lampiran 2. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.*
- Lampiran 3. *General Comment No.2, Implementation of article 2 by States parties of Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.*
- Lampiran 4. *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States.*



BAB I

Pendahuluan

1.1. Latar Belakang Masalah

Sejak pertama kali resmi mendapat pengakuan sebagai sebuah konsep dalam hukum internasional pada tahun 1969 lewat Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional, asas hukum *jus cogens* telah dianggap memiliki eksistensi yang tidak ada duanya sekaligus sangat kontroversial. Di satu sisi, pengaruh asas hukum ini dalam praktek hukum internasional, khususnya dalam praktek peradilan internasional dan nasional, telah dibatasi sedemikian rupa. Disisi lain, *jus cogens* telah memicu debat terbuka mengenai karakter kontroversial yang dibawanya dan bahkan membuka kembali diskusi mengenai *lex mercatoria* dalam hukum bisnis internasional¹.

Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional menyatakan bahwa keberlakuan semua bentuk perjanjian internasional menjadi batal bila bertentangan dengan norma yang tidak terbantahkan atau yang disebut dengan istilah *jus cogens*². Konsep *jus cogens* masih relatif baru dalam hukum kebiasaan internasional. *Jus cogens* yang pada intinya mengharuskan seluruh negara di dunia untuk menerima sebuah paham/norma sebagai bagian dari ketertiban umum internasional dan tidak melanggarnya dalam cara apapun. Komunitas internasional sampai saat ini belum memiliki pengorganisasian yang memadai untuk mengakomodir penerimaan paham semacam ketertiban umum atau *ordre publique* yang umumnya dipahami dan diaplikasikan dalam sistem hukum nasional³.

¹ Vanessa L.D. Wilkinson, *The New Lex Mercatoria – Reality or Academic Fantasy?*, 12(2) J. INT'L ARB. 103 (1995).

²Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 UNTS 331.

³ T.O. Elias, *The Modern Law of Treaties* (Leiden: Oceana Publications Inc.,1974) , hal. 177.

Sejumlah besar tulisan mengenai asas *jus cogens* khususnya di awal lahirnya asas ini dalam Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional, mengkritisi ketidakjelasan⁴; kekosongan⁵; ketidakbergunaan⁶; dan potensinya yang besar untuk disalahgunakan demi kepentingan politik⁷ demikian juga betapa tidak cukup memadainya asas ini untuk disebut sebagai sebuah asas dalam hukum internasional ditinjau secara konseptual, demikian dapat dipertanyakan esensi dari eksistensi asas *jus cogens* itu sendiri. Beberapa penulis, di lain pihak, memaparkan dengan kuat kegunaan dari asas ini dan menawarkan definisi yang mengakomodir kriteria mendetail yang mendukung eksistensi dari *jus cogens* menjadi sebuah asas hukum yang tak terbantahkan.

Dalam masa sekarang, perdebatan mengenai hal ini telah berkembang dari persengketaan mengenai esensi kebergunaan dan keperluan untuk memperkenalkan asas hukum *jus cogens* kedalam dunia hukum perjanjian internasional kepada perdebatan yang lebih cenderung mengarah pada identifikasi mengenai sifat, atau lebih tepatnya, kerangka teoritisnya dan diskusi mengenai kemungkinan penggunaan yang melebihi ruang lingkup dari Konvensi Wina. Dalam perspektif ini, pembahasan yang sangat mendalam mencakup saran penegakan asas ini secara hukum, atau bahkan sebaliknya, yaitu mengenai ketidakbisaan penegakan asas ini secara hukum karena kekebalan kedaulatan yang diberlakukan untuk meniadakan kewajiban untuk bertanggungjawab atas dugaan pelanggaran asas hukum *jus cogens* yang mampu dilakukan oleh negara berdaulat. Alternatif lainnya

⁴ Georg Schwarzenberger, *International Jus Cogens?*, 43 TEX. L. Rev. 455 (1964-1965), hal. 469.

⁵ A. Mark Weisburd, *The Emptiness of the Concept of Jus Cogens, As Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina*, 17 MICH. J. INT'L L. 1 (1995-1996).

⁶ Anthony D'Amato, *It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens*, 6 CONN. J. INT'L L. 2 (1990-1991), hal. 6.

⁷ Egon Schwelb, *Some Aspectsof International Jus Cogensas Formulated by the International Law Comission*, 61 AM. J. INT'L L. 946 (1967).

dari perdebatan yang terjadi adalah mengenai dampak-dampak yang akan timbul pada negara yang melakukan pelanggaran asas *jus cogens* yang mungkin dilakukan dalam ruang lingkup tanggung jawab negara dan yurisdiksi.

Berbagai diskusi akademik tentang *jus cogens* ini , apapun cara pendekatannya baik melalui kritik atau dukungan dan analisis mendalam, berujung pada hal yang sama yaitu kegunaan praktis atas konsep ini, baik sekarang maupun di masa depan, sebagai sebuah asas/norma dalam hukum internasional. Saat pemikiran tentang kegunaan praktikal *jus cogens* ini telah terlegitimasi, dapat dilihat bahwa relevansi asas *jus cogens* tidak hanya terbatas untuk digunakan di peradilan nasional/internasional, atau sebagai argumen dalam negosiasi di tingkat internasional saja. Lebih dari itu, makna sesungguhnya dari penggunaan *jus cogens* sebagai asas hukum lebih menitikberatkan pada arti simbolis yang dibawanya lewat sifat memaksa dan tujuan khususnya untuk hukum internasional dan sistem hukum internasional⁸.

Faktanya adalah, secara esensi, *jus cogens* membawa sebuah kenyataan tentang makna sebenarnya dari sistem hukum internasional yang tidak secara serta merta tidak dapat dilaksanakan secara praktis. Bagaimanapun, hal yang penting dari *jus cogens* tidak hanya terletak pada kegunaannya secara praktis pada pengadilan internasional dan nasional ataupun pada asas itu sendiri, tetapi pada penerimaan secara mutlak oleh komunitas internasional atas keberadaan sebuah paham tak terbantahkan sebagai hal pokok dari kesatuan hukum internasional. Faktanya, kesepakatan mengenai hal ini menyediakan sebuah dasar konseptual untuk implementasi yang progresif, dalam perkembangan hukum internasional, demi melaksanakan tujuan mendasar asas hukum *jus cogens*. Karenanya, *jus cogens* tidak seharusnya dilihat sebagai norma hukum internasional

⁸ Hillary Charlesworth & Christine Chinkin, *The Gender of Jus Cogens*, 15 HUM. RTS. Q. 63 (1993), hal. 66.

yang sifatnya teori saja tetapi haruslah dilihat sebagai sebuah ide awal atau sebuah prinsip yang telah dilaksanakan dan dapat terus dilaksanakan, mengingat pengaruhnya dalam hukum internasional.

Georges Abi-Saab mengemukakan sebuah poin saat ia mengatakan bahwa dari segi normatif, norma hukum *jus cogens* adalah sebuah ‘kotak kosong, dimana sekalipun kategori-kategori di dalamnya dapat digunakan; diluar dari kotak (kerangka) itu, tidak dapat digunakan’⁹. Metafora mengenai kotak kosong serta perdebatan yang menyertainya menimbulkan intrik di antara para sarjana hukum internasional yang tidak berhenti memperdebatkan isu ini sejak eksistensi formal norma hukum *jus cogens* dalam Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional. Namun, bila isi dari “kotak kosong” ini dicoba diklasifikasikan secara mendetail maka tidak dapat dipungkiri bahwa hak asasi manusia terdapat di dalamnya. Ada hubungan yang sangat erat antara norma tak terbantahkan ini dengan hak asasi manusia. Kasus-kasus hukum internasional yang mengangkat norma hukum *jus cogens* ke permukaan, merupakan kasus-kasus hak asasi manusia. Lebih detail lagi, ketika murid-murid yang mempelajari hukum internasional diminta untuk menyebutkan contoh dari norma hukum tak terbantahkan ini, banyak diantara mereka yang serta merta akan menjawab ‘hak asasi manusia’ atau menyebutkan hal-hal yang tercakup dalam hak asasi manusia, seperti larangan genosida atau tindakan penyiksaan. Penemuan sederhana ini dapat memperlihatkan kepada kita betapa eratnya hubungan antara norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dengan hak asasi manusia.¹⁰

Salah satu bagian penting dari hak asasi manusia adalah larangan tindakan penyiksaan. Hal ini sebagaimana dijelaskan dalam pembukaan

⁹ Abi-Saab, ‘The Third World and the Future of the International Legal Order’, 29 *Revue Egyptienne de Droit International* (1973) 27, hal. 53.

¹⁰ Andrea Bianchi, ‘Human Rights and the Magic of Jus Cogens’, *The European Journal of International Law Vol. 19 no. 3* (2008), hal. 491.

Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia (DUHAM) dan pasal 5 deklarasi tersebut yang menyatakan bahwa tidak ada seorangpun manusia yang dapat dijadikan subjek tindakan penyiksaan atau kekejaman, tindakan tidak manusiawi atau tindakan yang merendahkan atau hukuman tanpa hukum. Hal ini pun sudah menjadi konsensus bersama masyarakat hukum internasional dimana pernyataan sikap ini terlihat dari lahirnya Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia (Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman, Or Degrading Treatment Or Punishment) pada tahun 1984. Dengan demikian maka larangan tindakan penyiksaan yang adalah bagian dari hak asasi manusia juga adalah bagian dari norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*.

Namun demikian, dalam perkembangan hukum internasional, fakta ini seringkali terlihat seolah-olah dikesampingkan. Lembaga-lembaga peradilan internasional menghukum pelaku pelanggaran larangan tindakan penyiksaan dengan menggunakan sumber hukum yang berupa konvensi saja tanpa mengikutsertakan norma hukum tak terbantahkan atau *jus cogens* ini. Tanpa menyadari bahwa akan banyak keuntungan yang didapatkan bila norma tak terbantahkan ini diikutsertakan, bukan hanya untuk memperkuat argumen hakim saja tapi lebih lagi yaitu untuk mengatasi aturan hukum lainnya seperti imunitas kedaulatan dan lebih lagi untuk membangun sistem hukum pidana internasional yang terintegrasi.

Hal tersebutlah yang melatarbelakangi penelitian ini, yang mana asas hukum *jus cogens* bukan hanya sebuah teori dalam hukum internasional melainkan sebuah prinsip dasar yang dapat digunakan dalam kasus-kasus hukum internasional, yang dalam penelitian ini adalah kasus-kasus hukum internasional mengenai hak asasi manusia khususnya larangan tindakan penyiksaan. Dengan penelitian ini, penulis bermaksud untuk meninjau perkembangan pengaplikasian asas *jus cogens* dalam sistem hukum internasional, khususnya sistem hukum pidana internasional dalam

menyelesaikan masalah-masalah hukum internasional dalam larangan tindakan penyiksaan.

Penulisan ini diharapkan akan memperjelas dan memberikan gambaran mengenai permasalahan hukum seperti dikemukakan di atas, sehingga akan melengkapi penerapan asas *jus cogens* dalam mewujudkan sistem hukum pidana internasional khususnya dalam bidang larangan tindakan penyiksaan.

1.2. Pokok Permasalahan

1. Bagaimanakah yang dimaksud dengan larangan tindakan penyiksaan ditinjau dari perspektif hukum yang mengatur tentang hak asasi manusia dikaitkan dengan norma hukum tak terbantahkan (*Jus Cogens*)?
2. Bagaimanakah yang dimaksud dengan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum yang tidak terbantahkan (*Jus Cogens*) serta kedudukannya dalam sistem hukum internasional?
3. Bagaimanakah penerapan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum yang tidak terbantahkan (*Jus Cogens*) dalam sistem hukum internasional?

II. Tujuan Penelitian

Tujuan umum yang ingin dicapai melalui penelitian ini adalah guna memberikan secara jelas serta menelaah lebih jauh hal-hal yang berhubungan dengan asas hukum tak terbantahkan (*jus cogens*) dan bagaimana sifat tak terbantahkan yang dibawanya dapat dimanfaatkan dalam menyelesaikan masalah-masalah hukum internasional khususnya mengenai larangan tindakan penyiksaan serta kedudukan dan penerapannya dalam sistem hukum pidana internasional.

Secara khusus, penelitian ini bertujuan untuk:

- a) Menjelaskan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum yang tidak terbantahkan (*Jus Cogens*);
- b) Menjelaskan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum yang tak terbantahkan (*Jus Cogens*) dalam sistem hukum internasional;
- c) Menjelaskan bagaimana penerapan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum yang tidak terbantahkan (*Jus Cogens*) dalam sistem hukum internasional lewat beberapa kasus.

III. Kerangka Konseptual

Suatu kerangka konseptual merupakan “kerangka yang menggambarkan hubungan antara konsep – konsep khusus, yang ingin atau akan diteliti”¹¹. Pada penelitian perlu dijelaskan beberapa konsep-konsep khusus yang penulis gunakan, untuk nantinya dapat memiliki suatu gambaran dan pemahaman yang sama mengenai konsep-konsep tersebut. Adapun konsep-konsep yang dimaksud adalah:

1. *Jus Cogens*

Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional menyatakan bahwa keberlakuan semua bentuk perjanjian internasional menjadi batal bila bertentangan dengan norma yang tidak terbantahkan atau yang disebut dengan istilah *jus cogens*¹². *Jus Cogens* adalah sebuah norma yang melekat pada tiap pribadi manusia, berkaitan dengan rasa kemanusiaan, sehingga tidak patut dipertanyakan kebenarannya dan harus diterima dan ditaati sebagai suatu kesatuan. *Jus cogens* juga didefinisikan sebagai sebuah konsep dalam hukum internasional yang dibangun oleh komunitas internasional guna

¹¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cet.3, (Jakarta: Universitas Indonesia, 2007), hlm. 132.

¹² Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 UNTS 331.

melindungi norma-norma dasar yang substansial¹³. *Jus cogens* mengharuskan seluruh negara di dunia untuk menerima sebuah paham/norma sebagai bagian dari ketertiban umum internasional dan tidak melanggarnya dalam cara apapun.

2. Penyiksaan (*Torture*)

Sebuah tindak kesengajaan menyebabkan rasa sakit yang hebat pada tubuh atau batin, untuk mendapatkan sebuah pengakuan atau informasi, atau untuk mendapatkan kepuasan yang bersifat sadis¹⁴.

“By torture I mean the infliction of physically founded suffering or the threat immediately to inflict it, where such infliction or threat is intended to elicit, or such infliction is incidental to means adopted to elicit, matter of intelligence or forensic proof and the motive is one of military, civil, or ecclesiastical interest.”¹⁵

3. Sistem Hukum Internasional (*International Legal System*)

Sebuah kesatuan hukum dimana setiap subyek hukum internasional mengakui dan mengikatkan diri padanya. Sebuah konstruksi yang mengatur hubungan antar negara tanpa mengurangi hak utama negara dalam mengatur dirinya sendiri. Konsep penting yang harus dikembangkan untuk dapat mencapai sistem hukum internasional ini adalah kesamaan kedudukan atas semua kedaulatan¹⁶.

¹³ C. Tomuschat, “Reconceptualizing the Debate on *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes* –Concluding Observations”, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, supra note 3, hal. 425.

¹⁴ Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary* (United States: West Publishing, 1999), hal. 1528.

¹⁵ James Health, *Torture and English Law* 3 (1982).

¹⁶ Hersch Lauterpacht, *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, 1951 BRIT. Y.B. INT’L L. hal. 220.

4. Hukum Kebiasaan Internasional (*Customary International Law*)

Hukum internasional yang berbeda dari praktek yang dilakukan oleh negara-negara dan diterima untuk mengikat mereka. Hukum kebiasaan internasional ini adalah salah satu prinsip utama yang membangun sistem hukum internasional¹⁷.

5. Komisi Hukum Internasional (*International Law Commission*)

Sebuah badan hukum yang dibentuk pada tahun 1947 oleh Persatuan Bangsa-Bangsa (PBB) untuk mendukung perkembangan progresif dan kodifikasi hukum internasional. Komisi hukum internasional beranggotakan para ahli hukum internasional¹⁸.

6. Komunitas Hukum Internasional (*International Legal Community*)

Suatu badan yang terdiri dari negara-negara secara kolektif dengan hubungan internasional yang sama yang didasarkan pada kesamaan kedudukan kedaulatan negara. Lebih jauh lagi, seluruh organisasi yang berbadan hukum dan mengambil peran dalam hubungan hukum internasional¹⁹.

IV. Tinjauan Pustaka

4.1. *The Modern Law of Treaties*, karangan T.O. Elias, diterbitkan di Leiden oleh Oceana Publication pada tahun 1974. Buku ini merupakan cetakan pertama dengan halaman berjumlah 256 lembar.

Penulis memilih untuk menggunakan buku ini, karena buku ini memiliki kaitan yang erat dengan tema yang ditulis penulis. Buku ini membahas mengenai perkembangan hukum perjanjian internasional,

¹⁷ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (United States: West Publishing, 1999), hal. 835.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

khususnya perkembangan pasca Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional. Dalam buku setiap pasal dalam konvensi tersebut dipaparkan dengan jelas serta diberikan komentar ahli, yang merupakan data yang sangat berguna bagi penulis dalam melaksanakan penelitian ini. Karena itu, buku ini diperlukan untuk memberikan gambaran secara keseluruhan mengenai perkembangan hukum perjanjian internasional di dunia.

4.2. *Principles of Public International Law*, karangan Ian Brownlie, diterbitkan di Oxford oleh Clarendon Press pada tahun 1966. Buku ini merupakan cetakan pertama dengan halaman berjumlah 636 lembar.

Penulis memilih untuk menggunakan buku ini karena norma hukum *jus cogens* pada dasarnya termasuk dalam prinsip hukum internasional publik. Dalam buku ini, diuraikan mengenai prinsip-prinsip dasar hukum internasional publik, mulai dari sumber hukum internasional; hubungan hukum internasional dan hukum nasional; lahir dan berkembangnya kedaulatan sebuah negara dan tentunya konsep *jus cogens* itu sendiri. Selain pemaparan mengenai prinsip-prinsip hukum internasional publik, buku ini juga memuat pembahasan hukum mengenai tanggung jawab sebuah negara dilihat dari segi hukum publik maupun privat, serta beberapa contoh ulasan mengenai putusan hakim dalam peradilan internasional. Dengan demikian, buku ini diperlukan penulis sebagai salah satu referensi utama dalam penelitian ini.

4.3. *The International Legal Order*, karangan Ingrid Detter, diterbitkan di Vermont oleh Dartmouth pada tahun 1994. Buku ini merupakan cetakan pertama dengan halaman berjumlah 561 lembar.

Penulis memilih untuk menggunakan buku ini karena buku ini menjelaskan mengenai hubungan norma hukum *jus cogens* dengan

sistem hukum internasional. Pada dasarnya, peran norma hukum *jus cogens* dalam sistem hukum internasional adalah dalam proses pembuatan hukum dan kepentingan negara. Mengenai norma hukum *jus cogens* dan sifat tak terbantahnya tidak dapat dipisahkan dari seberapa kuatnya pengaruh norma ini untuk dapat diterapkan dalam masalah-masalah hukum internasional, termasuk masalah-masalah yang terkait dengan larangan tindakan penyiksaan. Hal ini merupakan bagian utama dalam penelitian ini sehingga penulis menyertakan buku ini sebagai referensi utama.

4.4. Crimes Against Humanity: A Normative Account, karangan Larry May, diterbitkan di New York oleh Cambridge University Press pada tahun 2005. Buku ini merupakan cetakan pertama dengan halaman berjumlah 305 lembar.

Penulis menggunakan buku ini karena membahas mengenai isu-isu global yang dimana sifat tak terbantahkan dari norma hukum yang tidak terbantahkan (*Jus Cogens*) dimanfaatkan untuk mencapai visi sistem hukum internasional dapat diaplikasikan. Pada hakikatnya, saat kita memikirkan *jus cogens* secara alami kita akan memikirkan bagaimana norma ini dapat dimanfaatkan untuk menjaga ketertiban dunia. Kelebihan buku ini adalah telah dikajinya isu-isu global seperti kejahatan perang; penyiksaan; pemerkosaan dan sebagainya sebagai sebuah tindak kriminal internasional sehingga memudahkan penulis untuk dapat mengidentifikasi bagaimana norma hukum *jus cogens* dapat diaplikasikan dalam isu-isu tersebut, dan tentunya tindakan penyiksaan yang akan dibahas secara komprehensif dalam penelitian ini. Ada beberapa variasi kasus yang juga akan membantu penulis menyelesaikan penelitian ini. Dengan pertimbangan itulah maka penulis menyertakan buku ini sebagai referensi utama.

4.5. The 'War On Terror' and The Framework of International Law, karangan Helen Duffy, diterbitkan di Edinburgh oleh cambridge University Press pada tahun 2005. Buku ini merupakan cetakan pertama dengan jumlah halaman 488 lembar.

Penulis menggunakan buku ini karena buku ini memaparkan dengan luas tentang kasus-kasus yang berkaitan dengan hukum humaniter internasional yang merupakan salah satu poin penting dalam penelitian yang dilakukan penulis. Dijabarkan pula mengenai wacana arah perkembangan hukum internasional. Maka itulah buku ini penulis yakini akan berguna dalam memperkuat teori-teori dan tinjauan praktis dari penelitian ini.

V. Metode Penelitian

5.1. Bentuk Penelitian

Penelitian ini berbentuk Yuridis-Normatif²⁰, sehingga metode penelitian yang digunakan adalah penelitian kepustakaan. Penggunaan metode ini untuk menjawab permasalahan-permasalahan dalam penelitian ini tidak terlepas dari kebutuhan akan data yang dapat dipenuhi dengan pencarian bahan berupa buku atau tulisan-tulisan lainnya.

5.2. Tipe Penelitian

Dari sudut ilmu yang dipergunakan, maka penelitian ini merupakan penelitian mono disipliner. Penelitian mono disipliner adalah penelitian dengan pemilihan metode penelitian berdasarkan satu disiplin ilmu²¹. Pemilihan metode dalam penelitian ini didasarkan pada disiplin ilmu hukum. Meskipun berkaitan dengan hukum perjanjian internasional dan

²⁰ Sri Mamudji et.al., *Metode Penelitian dan Penulisan Huukm* (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal. 9-10.

²¹ *Ibid*, hal. 5.

hukum pidana internasional, namun metode yang digunakan terbatas pada metode penelitian hukum normatif.

Dari sudut sifatnya, penelitian ini merupakan penelitian eksplanatoris. Penelitian eksplanatoris bertujuan menggambarkan atau menjelaskan lebih dalam suatu gejala. Penelitian ini digunakan untuk mempertegas atau membuktikan hipotesa yang ada²².

Dari sudut tujuannya, penelitian ini merupakan penelitian *evaluatif*, yaitu suatu penelitian yang bertujuan meninjau perkembangan sebuah gejala yang ada.

5.3. Jenis Data

Jenis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder yang didapatkan dengan metode penelitian kepustakaan²³.

5.4. Bahan Hukum

5.4.1. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat²⁴, terdiri dari:

5.4.1.1. Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional

5.4.1.2. Piagam Persatuan Bangsa-Bangsa

5.4.1.3. Deklarasi Universal mengenai Hak Asasi Manusia

5.4.1.4. Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984

5.4.2. Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer. Dalam penelitian ini

²² *Ibid*, hal. 4.

²³ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Press, 1942), hal. 51.

²⁴ *Ibid*, hal. 52.

penulis menggunakan hasil-hasil penelitian dan hasil karya dari kalangan hukum, dalam bentuk jurnal, buku-buku teks, dan buku-buku penunjang.

5.5. Alat Pengumpulan Data

Alat pengumpul data yang digunakan dalam penelitian ini adalah studi kepustakaan²⁵. Studi kepustakaan adalah segala usaha yang dilakukan peneliti untuk menghimpun informasi yang relevan dengan topik atau masalah yang akan atau sedang diteliti.

5.6. Metode Analisis Data

Metode analisis data yang digunakan adalah metode kualitatif, karena data yang digunakan adalah data sekunder. Pada penelitian hukum normatif yang menelaah data sekunder, biasanya penyajian data dilakukan sekaligus dengan analisisnya²⁶. Dalam penelitian ini pun diterapkan analisis data yang demikian.

5.7. Bentuk Hasil Penelitian

Sesuai dengan tipe *problem solution*, maka bentuk hasil laporan penelitian ini akan berupa laporan yang meninjau pelaksanaan norma yang berlaku dan mengemukakan saran-saran membangun.

VI. Sistematika Penulisan

BAB I berisikan pendahuluan yang terdiri dari latar belakang pemilihan judul, pokok-pokok permasalahan, tujuan penelitian, kerangka konseptual, tinjauan pustaka, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

BAB II merupakan pembahasan mengenai hakikat larangan tindakan penyiksaan sebagai hak asasi manusia dalam sistem hukum internasional.

²⁵ Sri Mamudji, et.al., *Op.cit.*, hal. 6.

²⁶ Soerjono Soekanto, *Op.cit.*, hal. 69.

Pembahasan ini berisikan konsep dasar dan kerangka teoritis hak asasi manusia dan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum hak asasi manusia internasional. Adapun dalam pembahasan mengenai konsep dasar dan kerangka teoritis hak asasi manusia akan dilakukan tinjauan historis mengenai hal tersebut. Sedangkan dalam pembahasan mengenai larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum hak asasi manusia internasional, pembahasan akan dilakukan dengan menggunakan instrumen-instrumen hukum internasional yaitu: Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia 1948; Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik 1966; Deklarasi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Perlindungan Umat Manusia terhadap Tindakan Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1975. Dalam pembahasan mengenai larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum hak asasi manusia juga akan dibahas mengenai kedudukan norma hak asasi manusia sebagai bagian dari norma hukum tak terbantahkan (*jus cogens*) dan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan (*jus cogens*).

BAB III berisikan pemaparan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum yang tak terbantahkan (*jus cogens*) dalam sistem hukum internasional. Pembahasan ini meliputi konsep dasar dan kerangka teoritis larangan tindakan penyiksaan yang ditinjau dari Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984 serta larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan ditinjau dari Konvensi Menentang Penyiksaan 1984. Dalam pembahasan mengenai konsep dasar dan kerangka teoritis larangan tindakan penyiksaan yang ditinjau dari Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984, Konvensi tersebut akan ditinjau dari latar belakang, ruang lingkup larangan tindakan penyiksaan dan Komite Menentang Penyiksaan.

BAB IV merupakan analisa penerapan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum yang tak terbantahkan (*jus cogens*) dalam sistem hukum internasional yang ditinjau dari pertimbangan hakim dalam memutus kasus-kasus pelanggaran larangan tindakan penyiksaan. Adapun kasus-kasus yang dianalisa adalah sebagai berikut: *Prosecutor v. Anto Furundzija* yang diperkarakan di International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; *Belhas v. Ya'Alon* yang diperkarakan di District of Columbia Circuit Court dan *Princz v. The Federal Republic of Germany* yang diperkarakan di U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Court. Analisa penerapan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum yang tak terbantahkan (*jus cogens*) dalam sistem hukum internasional ini kemudian dilanjutkan dengan pemaparan mengenai peran peradilan internasional terhadap penerapan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum yang tak terbantahkan (*jus cogens*) dalam sistem hukum internasional, pembentukan hukum kebiasaan internasional dan peran perserikatan bangsa-bangsa.

BAB V merupakan bab penutup yang berisikan kesimpulan. Adapun kesimpulan yang ada dalam bab penutup ini merupakan jawaban dari pokok-pokok permasalahan yang telah dibahas dalam setiap bab.

BAB II

Hakikat Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Hak Asasi Manusia dalam Sistem Hukum Internasional

2.1. Konsep Dasar dan Kerangka Teoritis Hak Asasi Manusia

2.1.1. Tinjauan Historis

Hak asasi manusia (HAM) adalah hak yang dimiliki manusia disebabkan oleh hakikat dirinya sebagai manusia²⁷. Menurut Jan Materson dari Komisi HAM PBB, sebagaimana diikuti oleh Baharudin Lopa, (Tim ICCE UIN Jakarta, 2003), hak asasi manusia adalah hak-hak yang melekat pada setiap manusia yang tanpanya manusia tidak dapat hidup sebagai manusia. HAM merupakan hak alamiah yang melekat pada diri setiap manusia. Konsep HAM membuat perbedaan status seperti ras, jender, dan agama tidak relevan secara politis dan hukum dan menuntut adanya perlakuan yang sama tanpa memandang apakah orang yang bersangkutan memenuhi kewajiban terhadap komunitasnya²⁸. Secara konseptual, ada beberapa teori yang berkenaan dengan HAM, yaitu²⁹ :

1. Teori hak-hak alami (*natural rights*), yang berpandangan bahwa HAM adalah hak yang dimiliki oleh seluruh manusia pada segala waktu dan tempat.
2. Teori positivis (*positivist theory*), yang berpandangan bahwa hak harus dituliskan dalam hukum yang riil, misalnya melalui konstitusi.
3. Teori relativis kultural (*cultural relativist theory*), teori ini merupakan anti-tesis dari teori hak alami, karena berpandangan

²⁷ Rhoda E. Howard, *HAM Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya*, Terjemahan: Nughara Katjasungkana, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2000, hlm. 1.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Majda El-Muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*, Prenada Media, Jakarta, 2005, hlm. 2-3.

bahwa hak yang bersifat universal merupakan pelanggaran terhadap dimensi kultural yang lain, atau dalam kata lain disebut dengan imperialisme kultural.

4. Doktrin Marxis (marxist doctrine and human rights), teori ini juga menolak natural rights karena beranggapan bahwa negara atau sifat kolektif yang menjadi sumber segala hak.

Pada umumnya, dalam kajian literatur barat lahirnya pemikiran HAM dimulai dengan lahirnya *Magna Charta* (1215) adalah suatu dokumen tuntutan rakyat Inggris bahwa raja tidak boleh berbuat sewenang-wenang, seperti menghukum dan merampak hak-hak seseorang oleh kerajaan. *Bill of Right* (1689) suatu undang-undang yang diterima oleh Raja James II, dimana kekuasaan raja harus dibatasi yang kemudian dikenal dengan istilah revolusi tidak berdarah di Inggris, *Declaration of Independence* (1776) merupakan pernyataan kemerdekaan Amerika Serikat ini didalamnya memuat hak-hak dari Tuhan yang tidak dapat dialihkan, seperti hak hidup, hak kemerdekaan dan hak memperoleh kebahagiaan, *Declaration des droit de l'homme et du citoyen* (1789) dalam pernyataan kemerdekaan Perancis telah disebutkan adanya hak-hak warga yang harus dijamin oleh negara³⁰.

Setelah Perang Dunia ke II upaya perdamaian dunia juga diprakarsai oleh Presiden Amerika Rossevelt, perlu ditegakkannya HAM yang meliputi, kebebasan bicara dan mengeluarkan pendapat, kebebasan beragama, kebebasan dari ketakutan dan kebebasan dari kemelaratan. Perjuangan perlindungan terhadap HAM akhirnya disepakati PBB tanggal 10 Desember 1948, dengan ditetapkannya *Universal Declaration of Human Right* yang didalamnya berisi tentang hak hukum, hak politik, hak sipil, serta hak asasi yang menyangkut hak ekonomi, hak sosial dan hak budaya. Hak asasi yang

³⁰ *Ibid.*

menyangkut hak hukum, hak politik dan hak sipil antara lain³¹ : (1) Hak untuk hidup, kebebasan dan keamanan pribadi; (2) Hak bebas dari perbudakan dan perhambaan; (3) Hak untuk pengampunan hukum secara efektif; (4) Hak untuk peradilan independen dan tidak memihak; (5) Hak untuk praduga tidak bersalah sampai terbukti bersalah; dan seterusnya. Untuk hak asasi yang menyangkut hak ekonomi, hak sosial dan hak budaya, antara lain : (1) Hak atas jaminan Sosial; (2) Hak untuk bekerja; (3) Hak atas upah yang sama untuk pekerjaan yang sama; (4) Hak atas pendidikan ; (5) Hak untuk berpartisipasi dalam kehidupan yang berkebudayaan dari masyarakat, dan seterusnya.

Menurut Franz Magnis Suseno (Dirjen Dikdasmen, 2004), pengelompokan HAM menjadi empat kelompok, yaitu hak asasi negatif, hak asasi aktif, hak asasi positif dan hak asasi sosial. Adapun yang dimaksud dengan hak asasi negatif atau liberal adalah hak yang didasarkan pada kebebasan dan hak mengurus diri sendiri, sebab itu dinamakan hak kebebasan liberal, dikatakan negatif sebab prinsip yang dianutnya adalah kehidupan pribadi tidak boleh dicampuri oleh pihak luar. Hak-hak tersebut antara lain adalah : a. Hak atas hidup; b. Hak atas keutuhan jasmani; c. Kebebasan bergerak; d. Kebebasan memilih; e. Perlindungan hak milik; dan lain-lain.

Sedangkan yang dimaksud dengan hak asasi aktif dan demokrasi adalah hak asasi ini didasari pada keyakinan akan kedaulatan rakyat yang menuntut agar rakyat memerintah dirinya sendiri, sehingga pemerintah harus dapat di kontrol oleh rakyat. Hak ini disebut aktif sebab merupakan hak atau sesuatu aktivitas manusia untuk ikut menentukan arah perkembangan masyarakat/negara. Hak tersebut antar lain : a. Hak untuk memilih wakil dalam pemerintahan/badan pembuat undang-undang; b. Hak untuk mengangkat dan mengontrol pemerintah; c. Hak untuk menyatakan pendapat; d. Hak atas kebebasan pers; e. Hak untuk membentuk perkumpulan politik.

³¹*Ibid.*

Selanjutnya dijelaskan mengenai hak asasi positif yaitu hak ini didasari bahwa Negara diadakan bukan untuk kepentingan negara sendiri tetapi harus merupakan lembaga yang diciptakan untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat atau publik. Hak tersebut antara lain adalah hak atas perlindungan hukum dan hak atas kewarganegaraan. Kemudian juga dijelaskan mengenai hak asasi sosial yaitu bahwa hak ini mencerminkan kesadaran bahwa setiap anggota masyarakat berhak atas bagian yang adil dari harta benda material dan kultural bangsanya atas bagian yang wajar dari hasil nilai ekonomis. Hak tersebut antara lain³² : a. Hak atas jaminan sosial; b. Hak atas pekerjaan; c. Hak membentuk serikat pekerja; d. Hak atas pendidikan; e. Hak ikut serta dalam kehidupan kultural di masyarakat.

Konsep hukum mengenai HAM yang berkembang mempunyai hakikat untuk melindungi kepentingan perseorangan setiap individu. Pada saat ini telah ada beberapa instrumen yuridis untuk melindungi HAM dalam konteks hukum internasional. Namun sebelum munculnya instrumen yuridis tersebut, telah terjadi perdebatan mengenai status individu dalam hukum internasional. Dalam hukum internasional, paradigma negara-sentris telah mengakar sejak lama. Sehingga ketika muncul ide untuk membuat perlindungan internasional terhadap HAM, maka pro-kontra terjadi. Beberapa pendapat mengatakan bahwa hukum internasional hanya mengatur hubungan antar negara, sehingga individu tidak dapat dianggap sebagai subyek hukum internasional³³. Namun menurut Prof. George Scelle, hakikatnya individu-lah yang merupakan subyek hukum internasional sesungguhnya³⁴. Pendukung terhadap pendapat ini mengatakan bahwa tujuan akhir dari pengaturan-pengaturan konvensional adalah individu dan oleh karena itu individu mendapatkan perlindungan

³²*Ibid.*

³³ Boer Mauna, *Hukum Internasional Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, Penerbit Alumni, Bandung, 2003, hlm. 591.

³⁴ Claude-Albert Colliad, *Institutions des relations internationales*, huiteme edition, Dalloz, 1985, p.355. Sebagaimana dikutip dalam Boer Mauna, *op.cit.*, hlm. 592.

internasional³⁵. Pendapat lain mengatakan bahwa negara sebenarnya adalah entitas yang abstrak, dan pada dasarnya negara terdiri dari individu-individu, sehingga sudah sewajarnya individu dapat dikategorikan sebagai subyek hukum internasional meskipun hanya dalam hal-hal tertentu. Kehadiran Pengadilan Nuremberg, yang ditujukan untuk menghukum para pelaku kejahatan perang selama Perang Dunia II, berhasil menegaskan status individu menjadi subyek hukum internasional, sehingga secara langsung individu mempunyai hak dan kewajiban dalam hukum internasional³⁶. Dalam perspektif demikian maka keberadaan instrumen-instrumen perlindungan HAM menjadi sangat penting, sekali lagi demi melindungi kepentingan individu sebagai subyek hukum internasional.

Untuk melindungi HAM, instrumen yuridis menjadi sebuah hal yang sangat diperlukan agar dapat memberikan kepastian hukum dalam melaksanakan penegakan HAM. Secara historis-empiris, ada beberapa instrumen yuridis yang muncul untuk melindungi HAM, antara lain³⁷:

1. *Magna Charta* (1215), dokumen ini mencatat beberapa hak yang diberikan oleh Raja John dari Inggris kepada beberapa bangsawan bawahannya atas tuntutan mereka. Naskah ini sekaligus membatasi kekuasaan Raja John atas rakyatnya.
2. *Bill of Rights* (1698), undang-undang yang diterima oleh Parlemen Inggris setelah terjadi perlawanan terhadap Raja James II dalam revolusi tidak berdarah yang dikenal dengan *The Glorious Revolution of 1688*.

³⁵ Boer Mauna, *op.cit.*, hlm. 592.

³⁶ Frederic S. Pearson & J. Martin Rochester, *International Relations The Global Condition in the Late Twentieth Century*, McGraw-Hill, United States, 1992, hlm. 332.

³⁷ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1998, hlm. 120.

3. *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* 1789, naskah yang dicetuskan pada permulaan Revolusi Prancis, sebagai perlawanan terhadap rezim yang lama.
4. *Declaration of Independence*, naskah yang disusun oleh rakyat Amerika pada tahun 1789 dan kemudian menjadi bagian dari Konstitusi Amerika pada tahun 1791.

Hak-hak yang dihasilkan dalam dokumen-dokumen tersebut sangat dipengaruhi oleh gagasan Hukum Alam, dan hanya terbatas pada hak-hak yang bersifat politis seperti persamaan hak, hak atas kebebasan, hak untuk memilih, dan lainnya. Namun instrumen yuridis yang lahir pada masa pertengahan tersebut menjadi dasar bagi pembentukan instrumen yuridis perlindungan HAM modern. Salah satu tonggak terwujudnya perlindungan HAM modern adalah empat hak yang dirumuskan Presiden Amerika Serikat, Franklin D. Roosevelt, yaitu³⁸:

1. kebebasan untuk berbicara dan menyatakan pendapat (*freedom of speech*);
2. kebebasan beragama (*freedom of religion*);
3. kebebasan dari ketakutan (*freedom from fear*);
4. kebebasan dari kemelaratan (*freedom from want*).

Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) menjadi organisasi internasional yang memberi kontribusi besar dalam pembentukan perlindungan HAM internasional modern. Dokumen yang dihasilkannya, yaitu *Universal Declaration of Human Rights* (DUHAM) pada tanggal 10 Desember 1948³⁹. Instrumen yang dihasilkan oleh Majelis Umum PBB ini mengambil dasar pemikiran dari konsepsi HAM yang dikembangkan oleh kebudayaan Barat, dan tidak ada negara anggota PBB yang melawan hal ini, meskipun Arab

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

Saudi, Afrika Selatan, dan negara blok Soviet bersikap abstain⁴⁰. DUHAM mengatur mengenai hak-hak yang harus dilindungi, yaitu pasal 3-21 mengenai hak-hak sipil dan politik, pasal 22-27 mengenai hak-hak ekonomi sosial dan kebudayaan. Meski DUHAM mempunyai arti historis penting dan nilai politik yang tinggi, DUHAM tidak mempunyai kekuatan mengikat (*not legally binding*) kepada negara-negara anggota PBB. Namun ketentuan-ketentuan dalam DUHAM telah banyak dimasukkan kedalam legislasi nasional masing-masing negara anggota PBB, sehingga prinsip-prinsip dalam DUHAM dapat dianggap sebagai *customary international law*.

Negara-negara anggota PBB membutuhkan waktu 18 tahun setelah munculnya DUHAM untuk menyepakati cara memberikan kekuatan hukum pada prinsip-prinsip yang terkandung dalam DUHAM⁴¹. Pada mulanya, negara-negara anggota PBB merencanakan untuk membuat instrumen tunggal yang disebut dengan “*International Bill of Rights*”, namun terjadi perubahan sehingga pada tahun 1951 disepakati untuk membuat dua kovenan internasional⁴². Perubahan kesepakatan dari satu instrumen tunggal menjadi dua kovenan internasional disebabkan karena pertentangan yang terjadi antara *superpower blocks* yang tidak dapat menyepakati apa saja yang harus dicantumkan dalam sebuah instrumen tunggal⁴³. Negara-negara barat yang menganut demokrasi-liberal menginginkan penekanan terhadap hak-hak individu yang telah ada sejak lama (hak sipil dan politik), sedangkan negara-negara Marxis menginginkan penekanan terhadap hak-hak kelompok atau hak-hak kolektif, terutama yang bersifat ekonomi dan sosial⁴⁴. Pada tahun 1966 berhasil dibuat *International Convention on Civil and Political Rights*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.* hal.121.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Stephen Ryan, *United Nations and International Politics*, Macmillan Press, London, 2000, hlm. 140.

⁴⁴ *Ibid.*

(ICCPR), dan *International Convention on Economic, Social, and Cultural Rights* (ICESCR).

2.2. Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum Hak Asasi Manusia

Dengan hakikat tindakan penyiksaan yang menyerang keutuhan jasmani seorang individu maka larangan tindakan penyiksaan merupakan hak asasi manusia yang bersifat negatif. Penyiksaan merupakan bentuk penghinaan terhadap kepribadian seseorang dan juga terhadap martabatnya. Penyiksaan juga adalah sebuah kejahatan di bawah hukum internasional. Dilihat dari semua instrumen yang ada, penyiksaan adalah hal yang dilarang dan tidak bisa dibenarkan dalam keadaan apapun. Bentuk pelarangan ini adalah bagian dalam hukum internasional atau dengan kata lain mengikat semua negara anggota komunitas internasional walaupun negara tersebut belum menandatangani perjanjian internasional yang menyatakan pelarangan segala bentuk penyiksaan tersebut⁴⁵. Bentuk-bentuk penyiksaan yang sudah menyebar luas ini dinyatakan sebagai bentuk kejahatan terhadap kemanusiaan.

Pada 1948, dalam DUHAM, Majelis Umum PBB sebagai wakil komunitas internasional mengutuk penyiksaan dan perlakuan kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat lainnya. Pada tahun 1975, sebagai respon terhadap kegiatan protes yang kuat dari berbagai organisasi non-pemerintah, Majelis Umum PBB menetapkan Deklarasi Perlindungan terhadap Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman lain yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat⁴⁶. Selama tahun 1980 dan 1990, telah ada kemajuan baik dalam hal hukum dasar atau instrumen dalam penegakan pelarangan penyiksaan. Guna membantu korban penyiksaan dan keluarga

⁴⁵ Stephen Ryan, *United Nations and International Politics*, Macmillan Press, London, 2000, hlm. 140.

⁴⁶ *Ibid.*

mereka, pada tahun 1981 Majelis Umum membentuk Dana Sukarela PBB bagi Korban Penyiksaan. Pada 1984, Majelis Umum menetapkan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat dan akhirnya diterapkan pada 1987. Penerapannya oleh beberapa Negara Pihak diawasi oleh sebuah badan independen yang ahli dalam hal ini, yaitu Komite Menentang Penyiksaan. Pelapor Khusus tentang penyiksaan yang pertama, sebuah mandat bagi badan ahli independen untuk melaporkan bentuk-bentuk penyiksaan yang terjadi di segala penjuru dunia, dibentuk oleh Komisi Hak Asasi Manusia pada tahun 1985. Pada masa yang sama, Majelis Umum menetapkan beberapa resolusi yang berfokus pada peran perlindungan mereka yang dipenjara atau ditahan terhadap segala bentuk penyiksaan dan akhirnya membentuk prinsip dasar perlakuan terhadap tahanan. Pada Desember 1997, Majelis umum menyatakan tanggal 26 Juni sebagai Hari Internasional PBB untuk Mendukung Korban Penyiksaan.

Kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai bagian dari hukum internasional yang mengatur mengenai hak asasi manusia ditegaskan dengan diaturnya larangan tindakan penyiksaan dalam instrumen-instrumen hukum internasional.

2.2.1. Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia 1948 *(Universal Declaration of Human Rights)*

Larangan tindakan penyiksaan atau tindakan kejam, tidak manusiawi dan merendahkan harkat martabat manusia secara nyata-nyata terdapat dalam Pasal 5 Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia yang disepakati pada tahun 1948. Pasal 5 Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia yang berbunyi tidak ada seorang pun manusia yang dapat dijadikan obyek dari tindakan penyiksaan dan tindakan kejam, tidak manusiawi dan merendahkan harkat martabat manusia serta penghukuman merupakan manifestasi dari bagian pembukaan deklarasi ini yang berbunyi,

“...whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind, and the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people,...whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law,...whereas the peoples of United Nations have in Charter reaffirmed their faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person and in the equal rights of men and women and have determined to promote social progress and better standards of life in larger freedom,...”⁴⁷

Dengan dimasukkannya larangan tindakan penyiksaan dalam deklarasi universal tentang hak asasi manusia ini bukan hanya mengukuhkan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma inti dari hak asasi manusia yang diakui oleh negara-negara sebagai norma yang mengikat tetapi lebih lagi, larangan tindakan penyiksaan telah nyata-nyata mendapat kedudukan sebagai norma tak terbantahkan dikarenakan betapa pentingnya substansi norma ini bagi komunitas masyarakat internasional. Diakuinya larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan oleh masyarakat sedikit banyak dipengaruhi oleh trauma komunitas internasional atas tindak pelanggaran hak asasi manusia yang dilakukan oleh penguasa (negara) di masa lalu⁴⁸. Kedudukan individu sebagai bagian dari masyarakat tentu tidak sebanding dengan kedudukan pemerintah sebagai pemegang kedaulatan dalam masyarakat. Hal inilah yang menyebabkan penguasa seolah-olah dapat melakukan apa saja pada masyarakat dalam rangka menjalankan tugasnya untuk mengatur masyarakat. Perspektif semacam inilah yang menjadi cikal bakal bertumbuhnya praktek-praktek penyiksaan di negara-negara anggota komunitas masyarakat internasional. Penguasa merasa untuk

⁴⁷ Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia, 1948.

⁴⁸ Donald A. Wells, *War Crimes and Laws of War* (Lanham: University Press of America, 1991) hal. 53-54.

menegakkan hukum ada banyak unsur yang harus dipenuhi, salah satunya adalah mendapatkan informasi atau pengakuan yang dibutuhkan dari orang-orang tertentu, dalam proses inilah tindakan kekerasan mengambil tempat. Seringkali ketika seseorang dimintai keterangan dan atau pengakuan, tindakan-tindakan kejam dilakukan untuk memaksa seseorang mengeluarkan informasi dan atau pengakuan sekalipun itu berlawanan dengan kehendaknya⁴⁹. Hal yang lebih menyedihkan adalah sang korban tindakan penyiksaan tidak dapat melakukan apapun karena pelaku tindak penyiksaan ini adalah penguasa negara itu sendiri.

Berangkat dari pemahaman itulah, seluruh negara-negara dalam komunitas masyarakat internasional bertekad untuk menegakkan kembali kedudukan norma hak asasi manusia khususnya dalam hal melindungi tiap-tiap individu dari potensi pelanggaran hak asasi manusia oleh penguasa negaranya masing-masing. Makna dari Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia bukan hanya sekedar pernyataan bersama bahwa hak asasi manusia telah mendapatkan tempatnya kembali sebagai jiwa dari visi kehidupan aman, damai dan harmonis yang ingin dicapai oleh komunitas masyarakat internasional tapi juga bahwa negara-negara secara bersama-sama mempunyai tanggung jawab untuk mengawasi pemerintahan negara-negara lain di dunia agar tidak melanggar aturan hak asasi manusia. Dengan konstruksi demikian maka kekhawatiran tiap-tiap anggota masyarakat bahwa tidak ada yang dapat melindungi mereka dari tindakan menyimpang penguasa negara mereka, tidak ada lagi dan hak asasi manusia yang ada dalam diri mereka dilindungi oleh hukum⁵⁰.

Larangan tindakan penyiksaan atau tindakan kejam, tidak manusiawi dan merendahkan harkat dan martabat manusia dalam Pasal 5 Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia memang tidak disertai dengan

⁴⁹ *Ibid.* hal. 60.

⁵⁰ *Ibid.* hal. 53.

penjelasan rinci tentang apa yang dimaksud dengan tindakan penyiksaan itu, unsur-unsurnya, batasan ruang lingkup antara tindakan penyiksaan dengan tindakan kejam, tidak manusia dan merendahkan harkat dan martabat manusia, dan sebagainya namun hal yang perlu dipahami adalah bahwa masuknya larangan tindakan penyiksaan ke dalam Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia itu lebih merupakan bukti kesadaran negara-negara anggota komunitas masyarakat internasional bahwa larangan tindakan penyiksaan merupakan salah satu norma tak terbantahkan dalam hukum internasional⁵¹.

2.2.2. Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik 1966 (*International Covenant on Civil and Political Rights*)

Larangan tindakan penyiksaan dan tindakan kejam, tidak manusiawi atau merendahkan harkat dan martabat manusia ataupun penghukuman dijelaskan dalam Pasal 7 Kovenan ini. Hal unik dari pengaturan larangan tindakan penyiksaan dalam kovenan ini dibandingkan dengan aturan lain yang mengatur hal yang sama adalah, dalam Konvenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik, ditambahkan penjelasan bahwa tidak ada seorang pun yang dapat dibawa ke dalam percobaan/tes yang bersifat medik ataupun tidak diluar kehendaknya⁵². Berdasarkan amanat pembukaan kovenan ini, larangan tindakan penyiksaan diklasifikasikan sebagai hak sipil seorang warga negara. Hal demikian adalah tepat mengingat dalam konteks pembahasan mengenai penyiksaan, kedudukan seseorang berhadapan langsung dengan penguasa sebagai warga sipil (warga negara). Dengan memperhatikan konteks ini, maka tidaklah aneh untuk melihat tambahan penjelasan mengenai percobaan/tes yang bersifat medik atau tidak itu disejajarkan dengan larangan tindakan penyiksaan. Hal ini dikarenakan dalam konvenan ini, filosofi dasar yang

⁵¹ Major Willard B. Cowles, "Recent Practical Aspects of the Laws of War," Tulane Law Review, Vol. XVIII (1943) hal. 123-124.

⁵² *Ibid.* hal. 137.

menjiwai setiap aturan adalah hak kemerdekaan pribadi yang didalamnya pun terdapat pengaturan mengenai hak keamanan pribadi yang bersinggungan erat dengan larangan tindakan penyiksaan.

Dalam pembukaan Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik ini, disebutkan juga kewajiban setiap manusia sebagai anggota komunitas masyarakat internasional kepada sesama manusia dan komunitas dimana ia berada untuk mengusahakan, memelihara dan mengawasi bagaimana setiap pihak menjalankan aturan-aturan dalam kovenan ini. Hal ini merupakan hal yang penting terutama dalam konteks larangan tindakan penyiksaan, dimana dibutuhkan peran serta sebanyak mungkin pihak untuk memastikan tidak ada praktek tersembunyi yang dilakukan oleh penguasa kepada warga masyarakatnya. Dengan memberikan penjelasan seperti dijelaskan, Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik telah mengukuhkan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan dalam hukum internasional, ditinjau dari konteks hak kemerdekaan pribadi⁵³.

Satu-satunya hal yang disayangkan dari pengaturan larangan tindakan penyiksaan dalam kovenan ini adalah bahwa tidak diberikannya definisi ataupun ruang lingkup dari larangan tindakan penyiksaan tersebut. Apabila larangan tindakan penyiksaan dimasukkan dalam ruang lingkup hak kemerdekaan pribadi maka definisi yang diberikan oleh kovenan ini adalah bahwa setiap orang, berhak untuk menentukan sendiri kedudukan/pendapat mereka dalam bidang politik, ekonomi, sosial dan perkembangan budaya⁵⁴. Namun tentu saja definisi umum ini tidak menjawab pertanyaan soal definisi dan ruang lingkup larangan tindakan penyiksaan yang dimaksud. Hal yang dapat ditarik dari definisi ini adalah kedudukan Pemerintah sebagai penguasa negara dan hukum tidak dapat digunakan untuk mengubah/menciptakan opini

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Pasal 1 Konvenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik. 1966.

atau kedudukan warga negaranya dalam bidang politik, ekonomi, sosial dan budaya dengan cara apapun termasuk penyiksaan.

2.2.3. Deklarasi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Perlindungan Umat Manusia terhadap Tindakan Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1975 (*Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*)

Dalam Pembukaan Deklarasi Perlindungan Umat Manusia terhadap Tindakan Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia yang difinalisasi pada rapat pleno Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa ke-2433 pada tanggal 9 Desember 1975, dikatakan bahwa deklarasi ini dibuat dengan mengakui bahwa terpenuhinya hak asasi setiap manusia dan terpeliharanya harkat dan martabat mereka adalah dasar dari kebebasan, keadilan dan kedamaian dunia. Dikatakan lebih lanjut bahwa hak-hak tersebut diambil dari betapa berharganya harga diri, harkat dan martabat seorang manusia sebagai makhluk beradab⁵⁵. Dalam deklarasi ini, diberikan definisi dari tindakan penyiksaan yaitu setiap tindakan yang menyebabkan rasa sakit yang hebat atau penderitaan, baik fisik maupun mental, yang secara sengaja dilakukan dalam proses investigasi yang dilakukan aparat pemerintah kepada seseorang untuk tujuan-tujuan sebagai berikut: mendapatkan informasi dan atau pengakuan darinya ataupun dari pihak ketiga; menghukumnya atas sebuah tindakan yang dilakukannya atau yang diduga dilakukannya; atau mengintimidasinya atau orang lain. Rasa sakit atau penderitaan yang dimaksudkan disini tidak mencakup rasa sakit atau penderitaan yang

⁵⁵ *Ibid.* hal.126.

ditimbulkan, baik sengaja atau tidak sengaja, dari pemberian sanksi yang sesuai dengan Aturan Umum Perlakuan Minimum terhadap Tahanan⁵⁶. Pemberian definisi tindakan penyiksaan dalam deklarasi ini merupakan upaya Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk menjawab pertanyaan negara-negara anggotanya perihal tindakan penyiksaan yang disebutkan dalam Pasal 5 Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia dan Pasal 7 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik⁵⁷.

Dalam deklarasi ini juga diberikan batasan ruang lingkup antara tindakan penyiksaan dan tindakan kejam, tidak manusiawi, merendahkan harkat martabat manusia dan penghukuman. Disebutkan dalam Pasal 1 butir 2 bahwa tindakan penyiksaan merupakan tindakan kejam, tidak manusiawi, merendahkan harkat martabat manusia dan penghukuman yang dilakukan terus menerus sehingga menyebabkan korban berada dalam posisi tidak berdaya untuk membela dirinya atau bahkan mempertahankan hidupnya. Batasan ini tentunya sangat membantu negara-negara anggota untuk menentukan dengan jelas mana yang merupakan pelanggaran tindakan penyiksaan dan mana yang bukan. Selain itu, batasan ruang lingkup ini juga akan membantu negara anggota untuk membuat aturan hukum nasional untuk memastikan tiap-tiap warga negara mengetahui bahwa hak asasi manusia dalam hal ini terpelihara, sebagaimana yang diamanatkan oleh Pasal 4 deklarasi ini.

Munculnya instrumen-instrumen tersebut, ditujukan untuk mencegah terjadinya pelanggaran-pelanggaran HAM, khususnya pelanggaran HAM berat (*gross violation of human rights*). Pada saat ini, pelanggaran HAM berat diadili oleh *International Criminal Court (ICC)*, yang didirikan berdasarkan Rome Statute 1998. Dalam Statuta tersebut, istilah pelanggaran HAM berat memang tidak ditemukan. Namun penyebutannya mempunyai padanan yaitu

⁵⁶ Deklarasi Perlindungan Umat Manusia terhadap Tindakan Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia, 1975.

⁵⁷ Telford Taylor, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy* (New York: Random House, 1970) hal. 22-23.

“*The most serious crimes of concern to the international community as a whole*”⁵⁸. Pengertian ini mencakup genosida (*genocide*); kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*); kejahatan perang (*war crimes*); dan agresi (*agression*).

2.3. Kedudukan Norma Hak Asasi Manusia sebagai bagian dari Norma Hukum Tak Terbantahkan (*Jus Cogens*)

Sistem hukum internasional mengenal sebuah norma yang memiliki karakter begitu superior sehingga membuat norma hukum yang derajatnya lebih rendah darinya menjadi batal demi hukum bila bertentangan dengannya yang disebut dengan istilah *jus cogens*. Keberadaan norma ini dikodifikasi untuk pertama kalinya dalam Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional 1969. Beberapa ahli hukum internasional berargumen bahwa norma hukum tak terbantahkan mendapat statusnya yang tinggi dari kekuasaan moral yang mengikatnya. Sebagai contoh, anggota Komisi Hukum Internasional, Mustafa Kamil Yaseen menyatakan selama proses penyusunan Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional bahwa satu-satunya kriteria yang memungkinkan untuk membedakan norma hukum tak terbantahkan dari norma hukum biasa atau kebiasaan adalah substansi dari aturan yang bersangkutan, maka dalam hal ini termasuk norma-norma yang “mengakar kuat sebagai kesadaran universal”⁵⁹. Dinyatakan kembali di zaman ini, ahli-ahli hak asasi manusia yang kompeten seperti Louis Henkin dan Louis Sohn menyatakan bahwa norma *jus cogens* seperti larangan tindakan perbudakan dan agresi militer mendapatkan karakter tak terbantahkannya dari pertimbangan rasional yang melekat di komunitas internasional dan keutamaan moral dan bukan dari kehendak negara-negara untuk bersepakat

⁵⁸ Romli Atmasasmita, *Kapita Selekta Hukum Pidana Internasional*, CV Utomo, Bandung, 2004, hlm.3.

⁵⁹ Summary Records of the 683rd Meeting, *Ibid.*, hal. 63.

lewat instrumen-instrumen seperti perjanjian internasional, hukum kebiasaan, dan prinsip-prinsip hukum umum; instrumen-instrumen demikian memang dapat mengakui dan menginkorporasi norma-norma tak terbantahkan ini dalam aturan-aturan mereka namun tidak dapat meniadakan norma tak terbantahkan tersebut⁶⁰. Penerimaan yang serupa akan norma hukum *jus cogens* sebagai bagian dari norma hukum alam dapat disimpulkan juga dari keputusan-keputusan Mahkamah Internasional seperti dalam kasus Nicaragua dinyatakan bahwa norma-norma tertentu dalam hukum humaniter internasional adalah elemen dasar dari hak kemanusiaan yang dapat membangkitkan prinsip-prinsip tak terbantahkan.

Dalam beberapa pembahasan mengenai *jus cogens*, prinsip-prinsip hukum umum yang mendasari sistem hukum disimpulkan sebagai *jus cogens*, demikian juga norma-norma yang berhubungan dengan moral. Sebagai contoh, aturan bahwa beberapa negara tidak diperkenankan untuk menghalangi negara pihak ketiga untuk mendapatkan haknya seringkali dikaitkan dengan hal tersebut⁶¹. Sekalipun demikian, dalam daftar norma hukum *jus cogens* yang ditemukan dalam *Restatement Third of American Foreign Relations Law* yang dikeluarkan pada tahun 1987 dan dalam putusan-putusan lembaga peradilan hukum internasional sejak Perang Dunia II, hal-hal yang dinyatakan sebagai *jus cogens* hampir seluruhnya mencakup norma-norma yang berhubungan dengan etika atau moral. Dengan kedudukan demikian, dapatlah dikatakan, bahwa pandangan-pandangan untuk memasukkan norma-norma etis dan moral ke dalam pengertian norma hukum *jus cogens* lebih berpengaruh di dalam pembahasan mengenai hal ini. Norma-norma hukum yang melekat, baik secara struktur maupun dasar, dari sebuah sistem hukum internasional diarahkan untuk diklasifikasikan dalam kategori prinsip-prinsip

⁶⁰ Louis B. Sohn, *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States*, 32 AM. U. L. REV. 1 (1982)

⁶¹ See, e.g., *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Fr. v. Switz.)*, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 46, at 96 (June 7, 1932)

hukum umum. Hal ini dikarenakan sekalipun prinsip-prinsip demikian memang tidak dapat disimpangi oleh perjanjian internasional atau hukum kebiasaan dan merupakan bagian dari hukum alam tetapi tidak menyamai intensitas “kesuperioran” norma hukum fundamental. Tidaklah mungkin hukum internasional menjadi sebuah hukum tanpa prinsip-prinsip tersebut dan dengan demikian prinsip-prinsip itu tidaklah dapat diubah lewat metode-metode hukum positif biasa. Namun, prinsip-prinsip ini tetaplah kurang dalam hal kualitas superioritas norma moral sebagaimana norma hukum *jus cogens* yang sebenarnya. Kualitas intensitas moral yang dibawa oleh sebuah norma hukum memberikan kerangka hukum bagi diciptakannya sebuah kategori baru yang terpisah bagi *jus cogens*.

Dalam *Restatement Third of American Foreign Relations Law* pada tahun 1987, dimana ahli hak asasi manusia yang diakui menjabat sebagai Pemimpin Pelapor, *jus cogens* dideskripsikan sebagai berikut:

“...Some rules of international law are recognized by the international community of states as peremptory, permitting no derogation. These rules prevail over and invalidate international agreements and other rules of international law in conflict with them. Such a peremptory norm is subject to modification only by a subsequent norm of international law having the same character . . .”⁶²

Hasil laporan *Restatement Third of American Foreign Relations Law* menyatakan bahwa ada dua jenis *jus cogens*, yaitu: (a) larangan penggunaan kekuatan militer dan; (b) norma-norma yang berhubungan dengan hak-hak asasi manusia, yaitu larangan terhadap perbuatan-perbuatan sebagaimana diuraikan:

- (1) Genosida;
- (2) Perbudakan dan atau perdagangan budak;
- (3) Pembunuhan dan atau tindakan melenyapkan seorang individu;

⁶² American Law Institute, *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, (St. Paul: American Law Institute, 1987), § 102 cmt. k.

- (4) Penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia;
- (5) Pemanjangan waktu penahanan;
- (6) Diskriminasi sistemik berdasarkan ras⁶³.

Restatement Third of American Foreign Relations Law kemudian melanjutkan uraian tersebut dengan membuat catatan yang menyatakan bahwa tidak semua norma hukum hak asasi manusia merupakan norma hukum tak terbantahkan (*jus cogens*), tapi dalam hal poin (1) sampai (6) adalah norma hukum tak terbantahkan (*jus cogens*), dan perjanjian internasional yang melanggar hal-hal demikian adalah batal demi hukum. Pemberlakuan batal demi hukum ini bukan hanya berlaku untuk kaidah hukum internasional saja tetapi juga kaidah hukum nasional. Pernyataan *Restatement Third of American Foreign Relations Law* yang diterbitkan pada tahun 1987 mengenai tipe-tipe norma hukum *jus cogens* ini telah diterima oleh banyak badan-badan kenegaraan, khususnya lewat putusan-putusan lembaga peradilan. Putusan-putusan lembaga peradilan yang berhubungan dengan norma-norma etis dan moral (tipe norma yang pada umumnya mencoba melindungi individu dan komunitas masyarakat tindak kekerasan ekstrem atau tindakan yang merendahkan martabat kemanusiaan –norma perlindungan terhadap hak asasi manusia). Fakta ini mendukung kesimpulan bahwa *jus cogens* adalah bagian dari kelompok norma etis atau norma perlindungan terhadap hak asasi manusia. Aspek perlindungan atas hak asasi manusia yang terdapat dalam norma *jus cogens* dapat mengarahkan seseorang ke dalam perspektif bahwa seorang ahli hukum dapat mencari dari literatur-literatur hak asasi manusia untuk mendapat masukan mengenai kategori-kategori *jus cogens*.

⁶³ *Ibid.*

2.4. Kedudukan Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum Tak Terbantahkan (*Jus Cogens*)

Kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai bagian dari hukum internasional yang mengatur mengenai hak asasi manusia, memberikan pembatasan bagi kedaulatan negara atas individu warga negaranya⁶⁴. Negara yang secara sukarela menandatangani dan meratifikasi perjanjian-perjanjian internasional yang mengakui dan menjamin hak asasi setiap manusia dan memberikan dirinya untuk dikontrol oleh lembaga-lembaga yudisial atau semi-yudisial yang menerima dan dapat memproses keluhan-keluhan dari pihak yang merasa haknya dilanggar. Larangan tindakan penyiksaan dalam hukum internasional, seperti juga larangan tindakan perbudakan atau genosida, adalah absolut⁶⁵. Tindakan penyiksaan tidak diizinkan untuk dapat dilakukan dalam keadaan apapun, termasuk perang; instabilitas politik; situasi yang mengancam kesejahteraan publik atau ancaman teroris. Larangan akan tindakan ini begitu kuat dan diterima secara universal oleh komunitas masyarakat internasional sehingga larangan tindakan penyiksaan ini menjadi prinsip dasar bagi hukum kebiasaan internasional. Hal ini berarti aturan mengenai larangan tindakan penyiksaan ini mengikat bahkan bagi negara-negara yang tidak menandatangani atau meratifikasi aturan-aturan hukum internasional tersebut⁶⁶. Sifat larangan tindakan penyiksaan yang absolut dan sarat dengan nilai-nilai hak asasi manusia ini jugalah yang membangkitkan pembahasan mengenai kemungkinan diakuinya larangan tindakan penyiksaan sebagai bagian dari norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dalam hukum internasional.

⁶⁴ Georg Schwarzenberger, *International Jus Cogens?*, 43 TEX. L. Rev. 455 (1964-1965), hal. 469.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Egon Schwelb, *Some Aspectsof International Jus Cogens as Formulated by the International Law Comission*, 61 AM. J. INT'L L. 946 (1967).

Sampai pada saat norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dikodifikasi dalam Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional 1969, para ahli hukum internasional masih sepaham mengenai efek dari *jus cogens* namun kesepahaman ini pecah saat pembahasan mengenai bagaimana mengidentifikasi norma hukum *jus cogens* dimulai. Bahkan ketidakyakinan terkait identifikasi atas norma hukum ini berujung pada perdebatan alot mengenai norma hukum apa yang kualitasnya dapat dikualifikasikan sebagai norma hukum *jus cogens*. Beberapa sarjana hukum mendeskripsikan norma *jus cogens* sebagai suatu jenis ketertiban umum internasional. Sir Gerald Fitzmaurice mengindikasikan penerimaan yang senada atas konsep *jus cogens*⁶⁷. Menurut Fitzmaurice, dalam sebuah liputan Komisi Hukum Internasional mengenai hukum perjanjian internasional, hukum internasional pada dasarnya dapat dibagi menjadi dua kategori, yaitu :

*[T]hose which are mandatory and imperative in all circumstances (jus cogens) and those (jus dispositivum) which merely furnish a rule for application in the absence of any other agreed regime, or, more correctly, those the variation or modification of which under an agreed regime is permissible, provided the position and rights of third States are not affected*⁶⁸.

Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional disusun oleh Komisi Hukum Internasional (ILC). Sejak beberapa tahun sebelum Konvensi tersebut diselenggarakan, substansi-substansi aturan hukum perjanjian internasional menjadi bagian dari agenda Komisi Hukum Internasional, telah ada beberapa hasil laporan penelitian Komisi Hukum Internasional,

⁶⁷ Georg Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law* (London: Stevens & Sons, 1965), 100; see also, *Third Report of the Special Rapporteur on the Law of Treaties*, [1958] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 40, U.N. Doc. A/CN.4/115 and Corr.1 [hereinafter *Third Report*] (giving Fitzmaurice's views).

⁶⁸ *Third Report*, hal.40.

konferensi-konferensi, serta diskusi yang berfokus pada topik *jus cogens*⁶⁹. Selama diskusi yang diprakarsai oleh *Carnegie Endowment for International Peace* pada tahun 1966, teretuslah deskripsi tentang *jus cogens* yaitu sebagai berikut:

Berdasarkan analogi dari konsep ketertiban umum di tataran hukum nasional, ... *jus cogens* bukanlah sebuah aturan yang dapat diformulasikan secara konkrit... Maka sebagai konsekuensi dari hal tersebut, satu-satunya metode untuk menggunakan konsep *jus cogens* dalam praktek adalah lewat keputusan/opini lembaga peradilan. Maka, hal ini diserahkan kepada hakim untuk menafsirkan batasan sifat tak terbantahkan dalam norma hukum *jus cogens* sebagai sebuah kesatuan makna dengan mentransformasi nilai-nilai sosial primordialis secara langsung ke dalam kerangka pengertian hukum⁷⁰.

Demikian, beberapa sarjana mendefinisikan norma hukum *jus cogens* sebagai ketertiban umum internasional dengan menganalogikan ketertiban umum tersebut dengan konsep ketertiban umum dalam hukum nasional. Dalam sistem hukum nasional, seorang hakim dapat menggagalkan sebuah kontrak antara pihak-pihak yang merupakan badan hukum privat dan bahkan, antara badan hukum swasta dengan pemerintah karena kontrak tersebut melanggar ketertiban umum. Dalam kasus-kasus ketertiban umum yang terjadi di Amerika, hakim dapat melihat kepada persepsi pribadinya sendiri mengenai pendapat masyarakat nasionalnya mengenai topik yang sedang dibahas atau mencoba menafsirkan dari ketentuan perundang-undangan tentang nilai-nilai primordial apa yang dijunjung oleh masyarakat. Deskripsi tentang norma *jus cogens* ini mengindikasikan bahwa norma ini tidak berasal dari tiga sumber utama hukum internasional, yaitu: perjanjian internasional,

⁶⁹ Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties, A Critical Appraisal* (New York: Springer-Verlag, 1974), for an overview of *jus cogens* and the drafting of the Vienna Convention

⁷⁰ Carnegie Endowment for International Peace, —*The Concept of Jus Cogens in International Law*, Lagonissi Conference: Papers and Proceedings, Carnegie Endowment for International Peace, (1967), hal.11.

hukum kebiasaan internasional, dan prinsip-prinsip hukum umum⁷¹. Norma *jus cogens* dapat dikatakan lebih tinggi dari aturan hukum lainnya yang berasal dari sumber hukum utama dikarenakan norma *jus cogens* dapat membatalkan aturan hukum positif demi hukum, sedangkan aturan hukum positif tidak dapat membatalkan atau mengubah *jus cogens*. André de Hoogh mengidentifikasi *jus cogens* sebagai jenis khusus dari kebiasaan internasional—dengan kata lain, “hukum kebiasaan internasional super”, hal yang tidak dapat dijelaskan dengan teori kebiasaan saja⁷². Ahli hukum lain berpendapat bahwa *jus cogens* adalah bagian dari “norma positifisme”⁷³. Selain dari teori mazhab positifis, satu-satunya teori hukum yang memenuhi sifat dan karakteristik untuk dapat dikatakan sebagai dasar dari norma hukum *jus cogens* adalah teori hukum alam. Banyak ahli-ahli hukum yang kemudian setuju dengan keberadaan norma hukum *jus cogens* tetapi menolak untuk menerimanya sebagai bagian dari teori hukum alam. Namun apabila dianalisa lebih lanjut, sesungguhnya apa yang dimaksud dengan norma hukum *jus cogens* tidaklah dapat dikatakan sebagai bagian dari mazhab positifisme karena nilai-nilai yang terdapat dalam *jus cogens* terpisah dan lebih tinggi dari aturan serta prinsip-prinsip dan sumber hukum internasional positifis yang selama ini digunakan, termasuk hukum kebiasaan internasional.

Walaupun demikian, terdapat semacam lintas makna antara norma hukum *jus cogens* dengan sumber hukum internasional ketiga yaitu prinsip-prinsip hukum umum. Secara teoritis, prinsip-prinsip hukum umum terdiri dari dua bagian besar yaitu: (a) prinsip-prinsip yang ditemukan secara umum di berbagai sistem hukum di dunia, seperti aturan-aturan mengenai status personal sebuah perusahaan, dan; (b) prinsip-prinsip yang menjiwai sistem hukum-sistem hukum dan berhubungan dengan struktur operasi dari sistem

⁷¹ Statute of the International Court of Justice art. 38, June 26, 1945, 59 Stat. 1031, 3 Bevans 1179 (1945).

⁷² De Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes*.

⁷³ Waldron, —Normative (or Ethical) Positivism, hal.411.

tersebut, seperti prinsip *good faith* atau *pacta sunt servanda*. Aturan-aturan yang secara umum dapat ditemukan di berbagai sistem hukum dunia merupakan bagian dari sumber hukum internasional yang seringkali digunakan melalui kesepakatan negara-negara seperti perjanjian internasional atau hukum kebiasaan internasional. Sedangkan kategori kedua dari prinsip hukum umum tersebut tidaklah bersumber pada kesepakatan negara ataupun bentuk-bentuk hukum positif lainnya, sehingga demikian, bukanlah hukum positif maupun bagian dari mazhab positivis. Sekalipun ada prinsip-prinsip hukum umum kategori yang kedua ini dalam hukum positif, penggunaan prinsip ini tidak dilakukan dengan kesepakatan, perjanjian internasional ataupun penciptaan hukum kebiasaan baru. Prinsip-prinsip yang demikian haruslah dijelaskan menggunakan kaidah-kaidah hukum alam, bukan positivisme, sama seperti *jus cogens* yang harus dijelaskan menggunakan teori hukum “ekstra-positivis”⁷⁴.

Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional menyatakan lewat definisi yang diberikan bahwa sebuah norma tak terbantahkan dalam prinsip umum hukum internasional adalah norma yang diterima dan diakui oleh komunitas internasional seluruhnya sebagai sebuah norma yang tidak dapat disimpangi dan hanya bisa diubah dengan aturan norma hukum internasional yang sebanding dengannya. Pada intinya, saat Pasal 53 Konvensi tersebut menyetujui eksistensi norma hukum *jus cogens* sebagai bagian terpadu dari norma hukum internasional yang tidak dapat disimpangi, pasal ini tidak secara nyata-nyata mendasarkan norma ini pada prinsip hukum alam, kehendak negara, ketertiban umum, atau teori lainnya tentang daya ikat hukum norma tersebut. Selama masa peratifikasian Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional, banyak negara yang mencoba memahami Pasal 53 Konvensi tersebut berfokus pada “penerimaan” dan “pengakuan” sebagai dasar teori keberlakuan norma hukum *jus cogens*

⁷⁴ O’Connell, *The Power and Purpose of International Law*, 9, 9 n.40.

yang merefleksikan teori kesepakatan negara-negara sebagai dasar daya ikat hukum: norma dalam hukum internasional tidak akan dapat mengalahkan kewajiban hukum yang berasal dari norma hukum yang berupa kesepakatan negara-negara kecuali telah diakui sebagai norma hukum yang tak dapat disimpangi oleh seluruh anggota komunitas masyarakat hukum internasional – negara-negara⁷⁵. Penafsiran macam ini atas Pasal 53 konvensi tersebut memang tidak dapat dihindarkan. Ketika kesepakatan internasional akan sangat mendukung teori voluntarisme atau kehendak negara⁷⁶, penafsiran ini juga akan memperlihatkan dengan sangat mudah fungsi norma hukum ini untuk membuktikan eksistensi dari tata hukum internasional serta mempertunjukkan norma dasar dalam etika internasional. Terlebih lagi, dikarenakan Pasal 53 Konvensi tersebut tidak menyebutkan secara spesifik norma-norma hukum internasional mana yang termasuk norma hukum internasional yang tidak dapat disimpangi, negara-negara bebas untuk berspekulasi tentang ruang lingkup dan tujuan dari pasal ini. Selain dari menyebutkan “hukum dalam konvensi ini mengenai penggunaan kekuatan militer oleh negara pihak” dalam penjelasan mengenai Pasal 50 Konvensi tersebut sebagai contoh yang secara langsung dapat dilihat atas aturan dalam hukum internasional yang memiliki karakter *jus cogens*⁷⁷, Komisi Hukum Internasional secara bersama-sama menolak untuk memberikan secara spesifik contoh norma-norma hukum yang tak terbantahkan dengan tujuan yaitu untuk menghindari kesalahpahaman atas posisi norma lain yang tidak disebutkan dalam pasal ini serta pengartian-pengartian yang keluar dari konteks pasal yang sedang dibicarakan yaitu konteks hukum perjanjian internasional.

⁷⁵ Gennady M. Danilenko, *International Jus Cogens: Issues of Law-Making*, 2 EUR. J. INT'L L. 42, 53 (1991).

⁷⁶ Shelton, *Ibid.* 3, hal. 300.

⁷⁷ Reports of the International Law Commission to the General Assembly, supra note 26, hal. 247.

Ditelusuri lebih lanjut, bahwa larangan tindakan penyiksaan yang pada saat ini diatur dalam aturan-aturan hukum internasional sebagai sesuatu yang mutlak dan tidak dapat diderogasikan dalam situasi dan kondisi apapun oleh negara-negara dan juga keberlakuannya sebagai norma dasar hukum kebiasaan internasional yang membuat negara-negara selain dari negara-negara yang telah menandatangani dan meratifikasi aturan-aturan hukum internasional tersebut tetap dapat terikat padanya, memenuhi setiap unsur dalam Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional yang mengatur soal norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*. Sifat tak terbantahkan dalam norma hukum *jus cogens* dikatakan tidak berasal dari sumber daya ikatnya sebagai hukum internasional, tapi dari tingginya tingkat kepentingan nilai yang dibawanya. Dalam pengertian tentang larangan tindakan penyiksaan, tidak diutamakan apakah larangan tindakan penyiksaan yang mengatur komunitas masyarakat internasional berwujud perjanjian internasional atau hukum kebiasaan internasional, tetapi betapa pentingnya nilai hak asasi manusia yang dibawa larangan tindakan penyiksaan inilah yang membuatnya menjadi norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*.

BAB III

Kedudukan Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum yang Tak Terbantahkan (*Jus Cogens*) dalam Sistem Hukum Internasional

3.1. Konsep Dasar dan Kerangka Teoritis Larangan Tindakan Penyiksaan ditinjau dari Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984

3.1.1. Latar Belakang

Terobosan paling besar dari komunitas hukum internasional dalam bidang larangan tindakan penyiksaan adalah finalisasi Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia pada tanggal 10 Desember 1984⁷⁸. Konvensi ini bukan hanya produk hukum pertama yang membawa larangan tindakan penyiksaan secara utuh ke hadapan komunitas masyarakat internasional namun juga merupakan produk hukum internasional yang mengukuhkan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai salah satu norma hukum tak terbantahkan dalam hukum internasional. Dalam komunitas masyarakat internasional, Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984 merupakan acuan utama dalam pembahasan mengenai tindakan penyiksaan. Bagian pembukaan dari konvensi ini mengindikasikan bahwa aturan-aturan dalam konvensi ini dijiwai oleh prinsip-prinsip yang ada dalam Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa yang mengakui kedudukan dan hak yang sama dan tidak bisa dikecualikan oleh setiap negara anggota sebagai sebuah keluarga besar umat manusia adalah dasar dari kebebasan, keadilan dan kedamaian dunia. Hal ini menyiratkan bahwa, terlepas dari negara tersebut menyatakan persetujuan atau tidak,

⁷⁸ Lauri Hanniksinen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*. 1988. Hal. 150.

konvensi ini mengikat bagi seluruh negara anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa.

Dalam Konvensi ini, dinyatakan secara jelas definisi dari tindakan penyiksaan yang terdiri dari unsur-unsur sebagai berikut, rasa sakit yang hebat atau penderitaan; baik secara mental ataupun fisik; yang dilakukan dengan sengaja kepada seseorang; dengan tujuan untuk mengambil informasi atau pengakuan dari orang tersebut atau dari pihak ketiga, menghukum sang korban untuk tindakan yang dilakukannya atau yang didakwakan atasnya atau pihak ketiga; mengintimidasi atau memaksa korban atau pihak ketiga, dengan alasan yang didasarkan pada diskriminasi menurut kategori apapun; dimana rasa sakit atau penderitaan yang ditimbulkan dilakukan dibawa pengawasan, izin atau dukungan dari aparat pemerintah atau orang lain yang berlaku demikian atas nama dan kapasitas pejabat publik; dan rasa sakit atau penderitaan itu tidak termasuk dalam rasa sakit atau penderitaan yang timbul dari masa pemberian sanksi atas tindakan pelanggaran hukum yang telah terbukti. Apabila diperhatikan maka akan nampak bahwa definisi yang diberikan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984 ini senada dengan definisi yang diberikan oleh Deklarasi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Perlindungan Umat Manusia terhadap Tindakan Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1975⁷⁹.

Hal dalam konvensi tersebut yang merupakan bukti nyata bahwa konvensi ini merupakan produk hukum yang mengukuhkan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai salah satu norma hukum tak terbantahkan dalam komunitas masyarakat internasional adalah Pasal 2 butir pertama kedua dan ketiga. Dalam Pasal 2 butir pertama dari aturan tersebut mengamanatkan bahwa setiap negara pihak dalam konvensi ini wajib

⁷⁹ Pasal 2 Deklarasi Perlindungan Umat Manusia terhadap Tindakan Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia, 1975.

mengambil langkah-langkah baik melalui bidang legislatif, administratif, yudisial atau bidang lainnya yang efektif untuk mecegah terjadinya praktek penyiksaan dalam wilayah kedaulatan mereka. Aturan hukum internasional pada umumnya hanya mengatur hubungan negara dengan negara, negara dengan subyek hukum lain bukan negara, subyek hukum lain bukan negara dengan sbuyek hukum lainnya, bagaimana aturan dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia ini dapat mewajibkan sebuah negara untuk bertindak sedemikian rupa untuk patuh pada aturan larangan tindakan penyiksaan apabila aturan ini bukanlah sesuatu yang memiliki kedudukan yang lebih tinggi dari hukum internasional biasa⁸⁰. Maka sesuai dengan Pasal 2 butir pertama Konvensi ini, larangan tindakan penyiksaan memenuhi salah satu unsur norma hukum tak terbantahkan yaitu tidak bisa dikesampingkan oleh aturan hukum lain, termasuk aturan hukum nasional⁸¹.

Pasal 2 butir kedua dalam konvensi tersebut yang dapat membuktikan bahwa larangan tindakan penyiksaan merupakan salah satu norma tak terbantahkan dalam hukum internasional mengatakan bahwa tidak ada keadaan macam apapun yang dapat menjadi pengecualian, baik dalam keadaan perang atau terancam perang, instabilitas peta politik nasional ataupun keadaan mendesak lainnya, dimana tindakan penyiksaan dapat dijustifikasi atau dianggap sesuai dengan aturan hukum. Bunyi kalimat tersebut mengindikasikan bahwa larangan tindakan penyiksaan bukan hanya wajib dipatuhi di tataran internasional dan nasional, larangan tindakan penyiksaan juga wajib dipatuhi dalam kondisi apapun. Hal ini menyiratkan urgensi yang sangat tinggi dari larangan tindakan penyiksaan untuk dipatuhi oleh setiap anggota komunitas masyarakat internasional, hal yang merupakan

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional, 1969.

salah satu ciri dari norma tak terbantahkan *jus cogens* yaitu memiliki substansi yang sangat berharga hingga tidak dapat dikesampingkan.

Pasal 2 butir ketiga Konvensi dapat membuktikan bahwa larangan tindakan penyiksaan merupakan salah satu norma tak terbantahkan dalam hukum internasional mengatakan bahwa perintah dari Pemerintah Pusat atau pejabat publik manapun tidak dapat menjadi dasar justifikasi dari tindakan penyiksaan. Hal yang menarik dari bunyi pasal ini adalah adanya semacam kewajiban yang mengikat bagi seluruh anggota komunitas masyarakat internasional untuk patuh secara mutlak kepada larangan tindakan penyiksaan sekalipun ada perintah langsung dari penguasa negara/pemerintah. Kepatuhan mutlak kepada aturan yang wajib dipenuhi setiap individu merupakan salah satu ciri utama norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*, yang oleh para ahli mazhab hukum alam disebut sebagai “kesadaran universal”⁸².

3.1.2. Ruang Lingkup Larangan Tindakan Penyiksaan dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984

Selama beberapa dekade ke belakang, beberapa perjanjian dan deklarasi internasional telah mengutuk dan/atau secara keras melarang tindakan penyiksaan oleh aparaturnegara⁸³, membawa banyak dari kita pada kesimpulan bahwa penyiksaan sekarang merupakan sebuah hal yang dilarang oleh hukum internasional. Meski demikian, Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984 adalah perjanjian internasional pertama

⁸² Alfred von Verdross, *Forbidden Treaties in International Law*, 31 AM. J. INT’L L. 571 (1937).

⁸³ U.N. CHARTER art. 55; Universal Declaration on Human Rights, UN GAOR, Supp. No. 16, at 52, UN Doc. A/6316, at art. 5 (1948) ; International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A, U.N. GAOR, 3rd Comm., 21st Sess., 1496th plen. mtg. at 49, U.N. Doc. A/RES/ 2200A (XXI), at art. 7 (1966) .

yang secara jelas memberikan definisi yang jelas mengenai tindakan penyiksaan ini. Pasal 1 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia secara spesifik menyatakan bahwa demi kepentingan Konvensi ini, tindakan penyiksaan diartikan sebagai berikut :

any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.⁸⁴

Definisi tindakan penyiksaan dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia terdiri dari beberapa unsur, yaitu:

1. Sebuah perbuatan;
2. menyebabkan rasa sakit yang hebat atau penderitaan;
3. fisik maupun batin;
4. yang dilakukan dengan sengaja;
5. untuk tujuan-tujuan sebagaimana disebutkan;
6. ada campur tangan aparaturnegara;
7. bukan merupakan rasa sakit atau penderitaan sebagai akibat dari pelanggaran hukum.

Dalam pembahasan ini, tiap unsur tersebut akan dibahas satu persatu.

1. Perbuatan

Definisi Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia tentang tindakan penyiksaan mencakup unsur tindakan

⁸⁴ Pasal 2 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia.

yang menyebabkan rasa sakit yang hebat atau penderitaan, baik fisik maupun mental. Merupakan hal yang penting untuk mendefinisikan apa yang dimaksud dengan “perbuatan”. Apabila perbuatan yang dimaksud terbatas pada tindakan-tindakan proaktif saja, maka perbuatan-perbuatan yang bersifat omisi menjadi tidak termasuk dalam cakupan pengertian tindakan penyiksaan. Sebagai contoh, tindakan membiarkan seorang tahanan berada dalam ruang tahanan selama beberapa hari tanpa memberinya makanan dan minuman secara rutin tentu menyebabkan rasa sakit yang hebat atau penderitaan, namun apabila definisi tindakan penyiksaan hanya terbatas pada tindakan yang proaktif saja maka perbuatan membiarkan ini tidak termasuk dalam definisi tindakan penyiksaan. Bagaimanapun, interpretasi semacam ini berlawanan dengan tujuan dari Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia. Hal ini menyebabkan, para ahli-ahli hukum internasional menginterpretasikan bahwa “perbuatan” dalam konvensi ini juga mencakup perbuatan yang bersifat pasif (omisi)⁸⁵, berdasarkan pertimbangan tujuan utama dari Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia itu sendiri. Selain dari pertanyaan mengenai jenis perbuatan tersebut apakah aktif atau pasif (omisi) juga termasuk di dalamnya, negara-negara pihak dalam konvensi tersebut, khususnya Latvia, juga mempertanyakan mengenai kuantitas perbuatan yang dimaksud. Apakah satu perbuatan tunggal dapat termasuk dalam definisi “perbuatan” yang dimaksud dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia atau hanya perbuatan berkelanjutan yang termasuk dalamnya. Pertanyaan tersebut kemudian tidak diberikan jawabannya, baik oleh Komisi Anti Kekerasan ataupun ahli-ahli hukum internasional. Hal ini kemudian

⁸⁵ Herman J. Burgers & Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on The Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, hal.118. Martinus Nijhoff Publishers, (1988).

ditanggapi oleh Latvia pada saat mentransformasi Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia ke dalam hukum nasionalnya, mereka menambahkan kata “berkelanjutan dan atau berulang-ulang” pada kata “perbuatan”.

2. Rasa sakit yang hebat atau Penderitaan

Dalam definisi yang diberikan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia, tindakan yang dilakukan kepada korban haruslah menyebabkan “rasa sakit yang hebat atau penderitaan” untuk dapat diklasifikasikan sebagai “penyiksaan”. Tentu saja bukan hal yang mudah untuk menjelaskan dengan tepat apa dan bagaimanakah yang dimaksud dengan “rasa sakit yang hebat atau penderitaan”, Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia itu sendiri tidak mengelaborasi ataupun menyediakan panduan untuk kita menentukan sebagaimana yang dimaksud dengan “rasa sakit yang hebat” itu. Dalam sebuah memorandum, Kementerian Kehakiman Amerika Serikat mencoba menjelaskan “rasa sakit yang hebat” dengan mensyaratkan bahwa untuk dapat dikatakan mengalami rasa sakit yang hebat, sang korban haruslah mengalami kesakitan atau penderitaan yang setara dengan rasa sakit yang dirasakan saat terjadi kegagalan organ, kerusakan permanen pada salah satu anggota tubuh sehingga kehilangan fungsinya, ataupun yang menyebabkan kematian⁸⁶.

3. Fisik atau Mental

Dalam definisi yang diberikan oleh Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau

⁸⁶ Douglas Jehl, *Questions Left By C.I.A. Chief On Torture Use*, N.Y. TIMES, March 18, 2005.

Merendahkan Martabat Manusia, ruang lingkup penyiksaan diperluas dengan ditambahkan unsur “fisik ataupun mental” dalam kategori “rasa sakit yang hebat atau penderitaan” sebagai akibat dari tindakan penyiksaan itu sendiri. Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan rasa sakit atau penderitaan baik mental maupun fisik, tidak juga memberi batasan diantara keduanya. Hal yang perlu diperjelas adalah mengenai penderitaan mental. Deskripsi paling jelas tentang elemen-elemen dari tindakan yang menyebabkan penderitaan mental ini dapat ditemukan di dalam pengertian penyiksaan yang diberikan Amerika Serikat pada saat meratifikasi Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia. Adapun elemen-elemen tersebut dijelaskan sebagai berikut:

Rasa sakit atau penderitaan mental menunjuk pada perbuatan-perbuatan yang mengancam kesehatan mental yang disebabkan oleh (1) perbuatan tidak menyenangkan yang dilakukan diluar kehendak korban atau ancaman-ancaman untuk dilakukannya perbuatan yang menyebabkan rasa sakit fisik ataupun penderitaan; (2) perbuatan mempengaruhi korban dengan berbagai cara yang ditujukan untuk merusak pola pikir atau berubah di luar kehendak sang korban; (3) ancaman akan mengalami kematian dalam waktu dekat; (4) ancaman bahwa orang lain akan mengalami kematian dalam waktu dekat dan atau rasa sakit yang hebat dan penderitaan yang menyebabkan pola pikir sang korban rusak atau berubah diluar kehendaknya⁸⁷.

⁸⁷ *U.S. Reservations, Understandings and Declaration*. U.N. Doc. E/CN.4/1314, hal. 5, 24 (1998).

4. Dilakukan dengan sengaja

Definisi yang diberikan oleh Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia mensyaratkan bahwa rasa sakit yang hebat serta penderitaan yang dimaksud haruslah merupakan akibat dari perbuatan-perbuatan yang dilakukan dengan sengaja kepada seseorang. Dengan kata lain, sekalipun seseorang merasakan rasa sakit yang hebat ataupun penderitaan dari seorang aparat pemerintah, apabila tidak dilakukan dengan sengaja, maka hal tersebut tidak termasuk kepada ruang lingkup penyiksaan. Seringkali, saat menganalisa unsur kesengajaan ini, ahli-ahli hukum menggunakan terminology “niatan umum” dan “niatan spesifik”⁸⁸. Niatan umum merupakan tujuan yang terpenuhi ketika seorang pelaku secara sadar merencanakan untuk melakukan tindakan itu walaupun tanpa bertujuan untuk melanggar hukum. Sedangkan niatan spesifik adalah tujuan yang terpenuhi saat seorang pelaku secara sadar mengetahui bahwa tindakannya itu melanggar hukum. Kalimat dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia tidak menyebutkan dengan jelas apakah yang dimaksud “dilakukan dengan sengaja” ini adalah niatan umum atau niatan spesifik(khusus). Namun pemahaman umum yang berlaku adalah ketika seorang pelaku melakukan perbuatannya secara sadar untuk menyebabkan rasa sakit yang hebat dan atau penderitaan kepada korban, itu sudah memenuhi unsur “dilakukan dengan sengaja” ini⁸⁹.

5. Untuk memenuhi tujuan tertentu

Definisi yang diberikan oleh Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

Merendahkan Martabat Manusia telah memberikan batasan tujuan yang jelas. Dalam konvensi tersebut disebutkan bahwa perbuatan yang menyebabkan rasa sakit yang hebat dan penderitaan dan dilakukan dengan sengaja tersebut haruslah ditujukan untuk mengambil (dari korban) atau orang ketiga sebuah informasi atau pengakuan⁹⁰; memberikan hukuman kepada korban ataupun orang ketiga atas perbuatan yang dilakukannya atau disangkakan kepadanya, atau mengintimidasi atau memaksa korban atau orang ketiga melakukan sesuatu, dengan alasan yang didasarkan pada diskriminasi jenis apapun.

Beberapa negara menggunakan cara yang berbeda-beda untuk mengimplementasikan unsur tujuan tersebut ini. Beberapa negara pihak menspesifikkan tujuan ini menjadi beberapa kategori lain sesuai dengan pandangan mereka akan definisi dari tindakan penyiksaan itu sendiri. Sebagai contoh, di Spanyol, untuk dapat disebut sebagai tindakan penyiksaan suatu tindakan haruslah ditujukan untuk mendapatkan pengakuan atau informasi dari seseorang atau menghukumnya untuk tindak kriminal yang ia lakukan. Maka, bila seorang penjaga penjara melakukan tindakan-tindakan yang menyebabkan rasa sakit yang hebat ataupun penderitaan dengan alasan-alasan diskriminatif seperti alasan-alasan ras ataupun kebencian terhadap etnis tertentu, tidak dapat dimasukkan ke dalam definisi tindakan penyiksaan menurut hukum nasional Spanyol⁹¹.

6. Aparatur negara

Definisi yang diberikan oleh Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia menyebutkan bahwa untuk dapat dikatakan sebagai tindakan penyiksaan sebuah perbuatan yang menyebabkan rasa sakit

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Consideration of Reports Submitted By State Parties under Article 19 of the Convention, Spain, U.N. Doc. CAT/C/55/Add.5, hal ¶ 16.*

yang hebat dan penderitaan tersebut haruslah dilakukan atau dalam pengawasan dengan tujuan atau izin yang diberikan oleh seorang aparatur negara yang menduduki jabatan resmi. Tindakan kekerasan atau merendahkan martabat manusia yang paling ekstrim pun tidak akan masuk ke dalam ruang lingkup tindakan penyiksaan bila tidak melibatkan unsur aparatur negara didalamnya. Hal ini dikarenakan penyiksaan yang dilakukan oleh pihak selain aparatur negara merupakan ruang lingkup hukum pidana nasional dan komisi penyusun Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia menganggap bahwa perjanjian internasional tidak perlu mengatur hal tersebut⁹².

7. Bukan merupakan rasa sakit atau penderitaan sebagai akibat dari pelanggaran hukum

Konvensi Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia mengatakan bahwa rasa sakit atau penderitaan yang didapat dari pelanggaran hukum yang terbukti dilakukan sang korban bukan merupakan bagian dari ruang lingkup penyiksaan. Penulisan akan unsur ini menimbulkan banyak perdebatan dari banyak negara karena dianggap menimbulkan ambiguitas. Pembatasan ini menghilangkan universalitas dari definisi penyiksaan yang dituju oleh konvensi ini, dengan menambahkan unsur aturan hukum nasional didalamnya. Hal ini dikarenakan apa yang melanggar aturan hukum di negara satu tentunya berbeda dengan negara lainnya. Peneliti Ahli Bidang Penyiksaan Perserikatan Bangsa-Bangsa, Nigel S. Rodley, mengakui bahwa ada potensi terjadinya ambiguitas tersebut dan telah memberikan interpretasi sedemikian rupa sehingga perbedaan hukum nasional tidak akan berpengaruh pada tujuan

⁹² *Questions of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment, Summary Prepared by the Secretary-General in Accordance with Commission Resolution 18, U.N. Doc. E/CN.4/1314, hal 6, 29 (1978)*

dari Konvensi Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia. Rodley menyimpulkan bahwa pada kalimat “hukuman yang didapat akibat dari perbuatan yang melanggar hukum” menunjuk pada apa yang dipraktekkan oleh komunitas internasional dan diterima secara luas sebagai sanksi yang dimaklumi, seperti penahanan⁹³.

Hal penting yang harus diperhatikan dari definisi yang diberikan oleh Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia ini adalah bahwa definisi ini secara spesifik menunjuk bahwa penderitaan baik secara fisik maupun mental termasuk ke dalam tindakan penyiksaan, dan untuk dapat memenuhi kriteria tindakan penyiksaan, tindakan tersebut haruslah dilakukan dengan sengaja yaitu untuk memenuhi tujuan penyiksaan itu sendiri. Dengan demikian, tindakan penyiksaan yang termasuk dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia adalah tindakan penyiksaan yang dilakukan oleh seseorang yang diberi kewenangan oleh hukum. Sebagai contoh, apabila subjek hukum privat menimbulkan penderitaan hebat terhadap subyek hukum lainnya, apapun penyebabnya, kepentingannya ataupun ada tidaknya pengaruh dari kekuasaan negara, tindakan tersebut tidak dapat masuk ke dalam pengertian penyiksaan yang dimaksud oleh Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia.

Namun, pengertian penyiksaan yang diberikan oleh Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam,

⁹³ Report of the Special Rapporteur, Sir Nigel S. Rodley, submitted pursuant to Commission On Human Rights Resolution 1995/37 B, *Question of the Human Rights of All Persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment, In Particular: Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, E/CN.4/1997/7, hal.8 (1997)

Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia tidak mencakup semua tindakan menyimpang yang menyebabkan penderitaan baik penderitaan mental maupun fisik, melainkan hanya tindakan yang membawa sifat demikian. Berdasarkan Analisis per bagian Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia yang dilakukan Departemen Dalam Negeri Amerika Serikat yang dimasukkan ke dalam interpretasi Presiden Reagan yang kemudian diberikan kepada Senat untuk kepentingan mereka, definisi penyiksaan yang diberikan oleh Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia dimaksudkan untuk diinterpretasikan sebagai “suatu konteks khusus yang terbatas, dihubungkan dengan pemahaman umum atas penyiksaan sebagai tindakan ekstrim yang dikutuk oleh seluruh komponen masyarakat internasional”⁹⁴. Sebagai contoh dari pernyataan diatas, Departemen Dalam Negeri Amerika Serikat merekomendasikan agar perbuatan kasar yang terdapat dalam kategori kebrutalan polisi yang walaupun tidak dapat diterima, tidak mencukupi intensitas “penyiksaan” yang dimaksud oleh Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia, yang biasanya diidentikkan dengan tindakan yang ekstrim, dilakukan perlahan-lahan dengan tujuan menyiksa dan tindak kekejaman yang tidak biasa yang contohnya adalah pemukulan secara intens tanpa jeda, penggunaan aliran listrik pada bagian-bagian sensitif pada tubuh, pengikatan atau penggantungan dalam posisi yang menyebabkan rasa sakit yang sangat hebat. Pemahaman mengenai tindakan penyiksaan sebagai sebuah rangkaian tindakan menyimpang yang menyebabkan rasa sakit yang sangat

⁹⁴ President’s Message to Congress Transmitting the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment, Summary and Analysis of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment, May 23, 1988, S. TREATY DOC. NO. 100-20, *reprinted in* 13857 U.S. Cong. Serial Set at 3 (1990).

hebat ini kemudian diperjelas dalam Pasal 16 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia yang mengharuskan negara-negara pihak dalam konvensi untuk “sedapat mungkin mencegah tindakan yang mengandung unsur penyiksaan, tidak manusiawi, tindakan merendahkan harkat martabat manusia atau penghukuman sekalipun tindakan tersebut intensitasnya tidak setara sebanding dengan tindakan penyiksaan di wilayah hukum mereka”, yang mengindikasikan memang tidak semua bentuk tindakan yang tak manusiawi adalah tindak penyiksaan.

Secara umum, para negara pihak dalam konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia diwajibkan untuk menggunakan baik pendekatan legislatif, administratif, yudikatif dan pendekatan lainnya yang memungkinkan untuk mencegah terjadinya tindakan penyiksaan di wilayah hukum negara mereka⁹⁵. Singkatnya, Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia menginginkan negara pihak untuk melakukan tindakan, sebagai berikut:

1. Kriminalisasi segala bentuk tindak penyiksaan dalam tata hukum nasional

Salah satu tujuan utama dari Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia adalah menjadikan segala macam bentuk tindak penyiksaan sebagai sebuah perbuatan kriminal/melanggar hukum. Pasal 4 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia mewajibkan negara pihak untuk melakukan segala daya upaya untuk menjamin bahwa setiap tindakan penyiksaan adalah sebuah perbuatan

⁹⁵ Pasal 2 ayat (1) Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia.

melawan hukum. Negara pihak juga diwajibkan untuk memberlakukan hukuman pidana yang sama dengan pelaku tindak penyiksaan kepada pelaku tindak percobaan dan pihak yang turut melakukan tindak penyiksaan (medepleger). Bersamaan dengan itu pula, tampak bahwa walaupun Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia mewajibkan negara-negara pihak untuk mengambil pendekatan paling efektif untuk mencegah terjadinya tindak penyiksaan dalam wilayah hukum negaranya, ini tidak berarti negara pihak diperbolehkan untuk melakukan tindakan penyiksaan di wilayah negara lain atau di wilayah lain yang bukan wilayah hukum negaranya. Walaupun suatu negara tidak diwajibkan untuk secara proaktif (dengan inisiatif sendiri) mengambil tindakan untuk mencegah terjadinya tindakan penyiksaan di luar dari wilayahnya sendiri, hal demikian tetaplah menjadi sebuah kewajiban bagi negara pihak untuk mengkriminalisasikan tindakan-tindakan semacam demikian yang terjadi di luar wilayahnya dan memberikan hukuman yang sebanding dengannya.

Dalam uraian diatas, nampak bahwa pencegahan dan penghukuman tindak penyiksaan ini sudah menjadi kepentingan seluruh anggota komunitas masyarakat internasional. Hal ini diindikasikan dengan adanya tanggung jawab hukum dari tiap negara pihak dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia sedapat mungkin memproses tindak penyiksaan atau yang memenuhi unsur-unsur tidak penyiksaan tersebut secara hukum. Pasal 5 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia memberikan pendekatan wilayah hukum paling minim yang harus diambil masing-masing negara pihak dalam hal mencapai tujuan dalam Pasal 4. Demi mencapai Pasal 5 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau

Merendahkan Martabat Manusia, suatu negara pihak harus menggunakan kewenangan hukum yang diberikan oleh Pasal 4 konvensi tersebut ketika⁹⁶ :

- (1) Tindakan yang menyerang ketentuan dalam Pasal 5 konvensi tersebut itu dilakukan di dalam wilayah manapun dibawah wilayah hukum atau diatas kapal laut atau pesawat udara yang terdaftar di negara tersebut;
- (2) Terdakwa tindak penyerangan ketentuan dalam Pasal 5 Konvensi tersebut adalah warga negara dari negara pihak tersebut;
- (3) Korban dari tindakan tersebut adalah warga negara dari negara pihak tersebut sesuai dengan peraturan perundang-undangan negara tersebut mengenai warga negara; atau
- (4) Terdakwa tindak penyerangan ketentuan dalam Pasal 5 Konvensi tersebut di bawah wilayah hukum negara pihak Konvensi itu dan negara tersebut tidak mengekstradisi orang tersebut sesuai dengan Pasal 8 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia, yang mendefinisikan tindak penyiksaan sebagai tindakan yang tidak bisa diekstradisi.

Larangan tindakan penyiksaan yang diberikan dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia adalah mutlak: “Tidak ada keadaan dimana dapat diberikan pengecualian untuk diizinkan tindakan penyiksaan bagaimanapun keadaannya, walaupun negara tersebut sedang dalam keadaan perang atau dalam keadaan potensi perang, ketidakstabilan peta politik nasional atau pemerintah yang sedang dalam keadaan darurat apapun”⁹⁷.

⁹⁶ Herman J. Burgers & Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on The Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, hal.118. Martinus Nijhoff Publishers, (1988).

⁹⁷ Pasal 2 ayat (2) Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia.

2. Kewajiban negara untuk menyediakan rehabilitasi sipil bagi korban tindakan penyiksaan.

Pasal 14 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia mewajibkan bahwa negara-negara pihak harus menjamin bahwa sistem hukum nasional mereka memberikan kepada korban tindakan penyiksaan (atau ahli warisnya, dalam kasus korban meninggal dunia karena tindakan penyiksaan) kemampuan untuk mendapat rehabilitasi perdata dalam bentuk kompensasi yang adil dan berimbang.

3. Kewajiban negara untuk menentang penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia dalam hukum nasional

Pasal 16 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia mewajibkan negara pihak untuk mengambil tindakan-tindakan yang ditujukan untuk mencegah terjadinya tindakan penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia dalam ruang lingkup yurisdiksinya⁹⁸.

4. Tindakan penegakan dan pengawasan pelaksanaan konvensi menentang penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia

Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia membentuk Komite Menentang Penyiksaan yang terdiri dari sepuluh ahli hukum yang telah diakui kemampuannya dalam bidang hak asasi manusia yang dipilih oleh negara-negara pihak dan berkedudukan dibawah Majelis

⁹⁸ Herman J. Burgers & Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on The Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, hal.118. Martinus Nijhoff Publishers, (1988).

Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa. Negara-negara pihak wajib melaporkan setiap tindakan yang diambil untuk menjalankan pasal-pasal dalam konvensi tersebut dalam waktu satu tahun setelah konvensi ini dimasukkan dalam ketentuan hukum nasionalnya dan juga rencana-rencana negara tersebut menjalankan ketentuan-ketentuan dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia per empat tahun.

Ada diskusi yang masih berlangsung tentang lingkup definisi penyiksaan untuk banyak negara (dan beberapa komentator) terdapat hirarki laten yang memandang penyiksaan sebagai tindak pidana yang paling keji dan tunduk pada pelarangan mutlak. Sementara itu, perlakuan yang tidak manusiawi dan merendahkan martabat, sering dianggap kurang serius daripada penyiksaan. Namun Konvensi itu juga mewajibkan negara untuk mencegah perlakuan yang tidak mencapai ambang penyiksaan, tetapi, meskipun demikian berada dalam lingkup perjanjian⁹⁹. Di dalam badan-badan regional, pada mulanya tampak ada keengganan untuk mengutuk kegiatan negara sebagai penyiksaan. Dengan alasan politik dan diplomatis, istilah 'perlakuan atau penghukuman yang tidak manusiawi dan merendahkan martabat' seringkali lebih disukai¹⁰⁰. Bagaimanapun, karena semua jenis perlakuan termasuk dalam lingkup konvensi (dan kovenan serta instrumen regional), pembedaan ini adalah artifisial. Semenjak diterimanya Konvensi, penekanan diberikan pada pencegahan keterlibatan negara dalam perlakuan yang melanggar. Sesuai dengan berbagai kumpulan panduan yang diterima PBB, tindakan kehati-hatian harus diambil untuk memastikan bahwa penangkapan dilakukan dengan cara yang menyebabkan cedera tidak perlu – sebagaimana tertera dalam Prinsip-Prinsip Dasar tentang Penggunaan Paksaan

⁹⁹ Pasal 16 Konvensi PBB Menentang Penyiksaan

¹⁰⁰ Lihat, sebagai contoh, pendekatan Pengadilan HAM Eropa tentang perlakuan atas kekuatan keamanan Inggris terhadap warga Negara Irlandia-Ireland v United Kingdom, Seri A, No. 25, 1978.

dan Senjata Api oleh Pejabat Penegak Hukum¹⁰¹ perlakuan selama interogasi¹⁰² dan pengajuan pertanyaan lainnya tidak boleh melibatkan penggunaan paksaan. Tindak tidak mematuhi ketentuan ini dapat menyebabkan putusan hukuman yang dibuat kemudian menjadi tidak sah karena pelanggaran hak atas pemeriksaan pengadilan yang adil¹⁰³.

Negara juga harus melakukan investigasi terhadap setiap dugaan penyiksaan yang dituduhkan kepada pejabat negara. Majelis Umum menerima panduan untuk maksud ini -Prinsip-Prinsip Investigasi dan Dokumentasi yang Efektif atas Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat¹⁰⁴. Beban Negara untuk bersikap proaktif adalah jelas yaitu "Negara harus memastikan bahwa pengaduan dan laporan penyiksaan atau perlakuan buruk secara cepat dan efektif disidik. Bahkan tanpa adanya pengaduan yang dinyatakan secara jelas penyidikan harus dilakukan jika terdapat indikasi lain bahwa penyiksaan atau perlakuan buruk telah terjadi. Para investigator harus independen terhadap mereka yang disangka sebagai pelaku dan badan tempat mereka bekerja, haruslah kompeten dan tidak memihak. Mereka harus mempunyai akses atau diberi kewenangan untuk menugaskan penyidikan oleh para ahli medis atau ahli lainnya yang tidak memihak. Metode yang digunakan untuk melakukan investigasi demikian harus memenuhi standar professional yang paling tinggi dan harus diumumkan¹⁰⁵.

Hal ini mengikuti konsep hak asasi manusia yang membebaskan kewajiban positif pada negara dan juga merupakan suatu contoh di mana hak sipil dan politik membebaskan kewajiban yang berpotensi untuk memakan

¹⁰¹ Diterima oleh Kongres PBB kedelapan tentang Pencegahan Tindak Pidana dan Perlakuan Pelaku, Havana, Kuba, 27 Agustus-7 September 1990.

¹⁰² Pasal 10 Konvensi PBB Menentang Penyiksaan

¹⁰³ Pasal 14 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik.

¹⁰⁴ Resolusi Majelis Umum 55/89 tanggal 4 Desember 1989.

¹⁰⁵ *Ibid.*

biaya banyak pada negara. Negara-negara seperti Turki mempunyai sistem investigasi yang tidak begitu ketat, di tangan aparat keamanan dan dugaan penyiksaan, penghukuman atau perlakuan yang tidak manusiawi dan merendahkan martabat telah menjadi subjek putusan yang berlawanan oleh Pengadilan HAM Eropa¹⁰⁶. Barangkali bidang yang seringkali memancing paling banyak kontroversi adalah elemen ekstrateritorial pelanggaran penyiksaan. Pasal 3 Konvensi Menentang Penyiksaan menyatakan:

1. Negara Pihak tidak boleh mengusir, mengembalikan (*refouler*) atau mengekstradisikan seseorang ke negara lain di mana terdapat alasan substansial untuk percaya bahwa ia akan berada dalam bahaya untuk menjadi sasaran penyiksaan;

2. Untuk menentukan apakah terdapat alasan demikian, pejabat yang berwenang harus memperhatikan semua pertimbangan yang relevan, termasuk, sepanjang dapat diterapkan, terdapatnya pola konsisten pelanggaran berat hak asasi manusia, terang-terangan, atau massal di negara yang bersangkutan.

Ketentuan ini memperluas berlakunya Konvensi dan kewajiban negara. Hasilnya adalah bahwa negara yang sedang mempertimbangkan ekstradisi, pengusiran, dan lain-lain harus melakukan investigasi catatan hak asasi manusia negara dan dugaan adanya penyiksaan terjadi di sana. Menurut hukum pengungsi, Konvensi mengenai Status Pengungsi, 1951, dan panduan yang terkait dengannya menyatakan dengan jelas tanggung jawab Negara untuk tidak menolak pengakuan status pengungsi kepada seseorang yang kemungkinan besar akan mengalami penyiksaan jika ia kembali ke Negara asalnya. Penerapan ketentuan penyiksaan dapat tergambar dalam berbagai kasus dan komunikasi. Komunikasi yang diserahkan oleh *Mutombo v.*

¹⁰⁶ Pasal 3 Konvensi Eropa serupa dengan pelanggaran internasional, tetapi menghilangkan kata “kejam”. Namun kekejaman digunakan oleh Pengadilan HAM Eropa sebagai sarana penilaian untuk penyiksaan.

Switzerland kepada Komite Menentang Penyiksaan adalah contohnya¹⁰⁷. Penulis komunikasi tersebut memasuki Italia dengan menggunakan paspor temannya, kemudian secara ilegal memasuki Swiss dan meminta status pengungsi di Swiss. Ia mengklaim bahwa risiko penyiksaan yang nyata akan terjadi jika ia dideportasi ke Zaire setelah aplikasinya ditolak. Alasan dari pernyataan ini mencakup fakta bahwa ia pernah menjadi anggota Angkatan Bersenjata Zaire, namun kemudian menjadi anggota gerakan politik *Union pour la democratie et le progres social* (UDPS) atau Persatuan Demokrasi dan Kemajuan Sosial, karena merasa didiskriminasikan berdasarkan latar belakang etnisnya (Luba). Penulis komunikasi tersebut berpartisipasi dalam beberapa demonstrasi dan menghadiri pertemuan-pertemuan ilegal. Ia ditangkap dan ditahan dalam kamp militer, di mana ia dikurung dalam suatu sel yang besarnya hanya satu meter persegi. Selama empat hari berikutnya ia disiksa oleh interogator yang ia sebutkan namanya. Ia disetrum, dipukul dengan senapan dan testisnya dibuat memar hingga kehilangan kesadaran. Setelah itu, ia dihadapkan ke pengadilan militer dan diputuskan bersalah karena konspirasi melawan Negara dan dihukum lima belas tahun penjara, dipindahkan ke suatu penjara militer, ditahan selama tujuh bulan dan kemudian dibebaskan dengan syarat bahwa ia harus melapor dua kali seminggu di Auditorat Militer¹⁰⁸.

Berdasarkan pengalaman ini, penulis komunikasi itu mengklaim bahwa ada risiko yang nyata bahwa ia akan dikenakan penyiksaan atau keselamatannya akan dibahayakan jika ia dikembalikan ke negaranya. Mengingat catatan hak asasi manusia Zaire, pejabat-pejabat Swiss hendaknya tidak mendeporasinya. Pendapat Komite Menentang Penyiksaan adalah sebagai berikut:

¹⁰⁷ Komunikasi 13/1993, Komite Menentang Penyiksaan, Dok. PBB CAT/C/12/D/13/1993. Fakta diambil dari Paragraf 2-3.

¹⁰⁸ *Ibid.* hal.4.

1. Komite menyadari kekhawatiran Negara Pihak bahwa pelaksanaan Pasal 3 Konvensi mungkin disalahgunakan oleh para pencari suaka. Komite berpendapat bahwa, meskipun ada keraguan tentang fakta yang dikemukakan oleh penulis, Negara Pihak yang bersangkutan harus memastikan bahwa keselamatan individu (sang penulis) tidak dibahayakan.
2. Komite harus memutuskan, sesuai dengan ayat (1) Pasal 3, apakah ada dasar-dasar substansial untuk percaya bahwa Mutombo akan berada di dalam bahaya dikarenakan penyiksaan. Untuk mencapai kesimpulan ini, Komite harus mengingat semua pertimbangan yang relevan, sesuai dengan ayat (2) Pasal 3, termasuk adanya pola konsisten pelanggaran berat hak asasi manusia, terang-terangan atau massal. Tujuan dari putusan ini bagaimanapun adalah untuk menetapkan apakah individu yang bersangkutan akan secara pribadi berada dalam risiko dikenai penyiksaan di negara tempat ia akan kembali. Namun adanya pola konsisten pelanggaran berat hak asasi manusia, terang-terangan, atau massal di suatu Negara saja tidak merupakan dasar yang cukup untuk menetapkan bahwa seseorang akan berada dalam bahaya dikenai penyiksaan sekembalinya ke negara tersebut; alasan-alasan tambahan harus ada yang mengindikasikan bahwa individu yang bersangkutan secara individu akan berada dalam risiko. Demikian pula, tidak adanya pola pelanggaran berat hak asasi manusia yang konsisten bukan berarti bahwa seseorang tidak dapat dianggap sebagai dalam bahaya untuk dikenai penyiksaan di dalam keadaannya yang khusus itu.
3. Komite berpendapat bahwa dalam kasus ini ada alasan substansial untuk percaya bahwa penulis akan berada dalam bahaya untuk dikenai penyiksaan.

Ada kemungkinan yang cukup besar bagi penyalahgunaan unsur-unsur Konvensi ini oleh para pencari suaka. Berhubung demikian itu, negara-negara

harus memastikan bahwa mereka secara cermat melakukan investigasi situasi yang diklaim oleh pengungsi. Bahkan negara-negara yang menjadi pihak pada semua instrumen hak asasi manusia-pun, dapat menjadi ancaman bagi individu-individu dari kelompok minoritas tertentu atau suatu kelompok keyakinan politik tertentu¹⁰⁹. Tidaklah mungkin untuk secara pasti mengkategorisasikan suatu negara sebagai buruk atau baik untuk maksud hukum Pengungsi. Banyak hal bergantung pada fakta dan situasi kasus-kasus individual masing-masing¹¹⁰. Hukum Pengungsi akan tetap mengandung kesulitan, terutama bagi negara-negara yang menarik bagi pengungsi dan juga migran ekonomis, yang mungkin berusaha untuk mengklaim status pengungsi. Mengidentifikasi mereka yang betul-betul berada dalam risiko penyiksaan di negara asal mereka adalah tugas yang sulit bagi pejabat imigrasi dan yudisial.

Masalah yang sama juga muncul dalam hal permintaan ekstradisi. Negara tidak boleh mengekstradisi seseorang ke negara di mana, individu tersebut akan dikenai perlakuan yang melanggar Konvensi Menentang Penyiksaan. Dalam era sekarang di mana terdapat banyak klaim tentang terorisme internasional, hal ini merupakan bidang perhatian para pengacara. Namun, pada umumnya, mereka yang ekstradisinya dimintakan karena terorisme juga dapat diadili di negara mana mereka berada, sehingga menyebabkan ekstradisi tidak perlu. Memilih untuk mengadili seorang "teroris" atau "penjahat perang" daripada memenuhi permintaan ekstradisi menimbulkan komplikasi yang lebih lanjut bagi negara, terutama yang berkenaan dengan diplomasi. Dengan Amerika Serikat mengaktifkan beberapa perjanjian ekstradisi untuk mengklaim "teroris" dan tuduhan pelanggaran hak asasi manusia yang berkenaan dengan situasi yang terjadi di Teluk Guantanamo, negara-negara harus dengan cermat meminta jaminan bahwa orang-orang yang diekstradisikan tidak akan dikenai perlakuan yang

¹⁰⁹ *Ibid.* hal. 5-6.

¹¹⁰ *Ibid.*

dapat melanggar Konvensi Menentang Penyiksaan ketika mereka tiba di Amerika Serikat.

Akhirnya, potensi pelanggaran Konvensi Menentang Penyiksaan yang menarik muncul apabila negara menggunakan hukuman mati dan proses banding yang berkepanjangan. Walaupun hukuman mati *per se* tidak bertentangan dengan semua instrumen hak asasi manusia internasional, jangka waktu yang dihabiskan dalam menunggu kematian dapat merupakan pelanggaran prinsip-prinsip pelarangan penyiksaan, perlakuan tidak manusiawi dan merendahkan martabat karena penderitaan mental yang diderita oleh terdakwa ketika menunggu kematiannya. Isu ini pertama kali muncul di hadapan Pengadilan HAM Eropa, namun telah didukung oleh PBB¹¹¹.

Jelas bahwa isu deportasi, ekstradisi, pengambilan paksa (*refoulement*) dan bentuk-bentuk pengusiran lain akan tetap menjadi sumber yang kaya bagi dan terhadap Konvensi Menentang Penyiksaan yang cukup panjang. Negara memiliki kewajiban yang cukup besar untuk mempertimbangkan secara cermat keadaan setiap individu yang hendak mereka paksa keluar dari wilayahnya berdasarkan alasan apapun. Karena alasan ini, telah menjadi praktik umum negara-negara untuk membuat perjanjian bilateral yang menjamin tidak adanya perlakuan yang melanggar hak atas kebebasan dari penyiksaan sebelum ekstradisi, pengembalian, atau deportasi dilakukan terhadap seseorang. Dengan cara demikian, negara mematuhi baik perjanjian ekstradisi maupun hukum pengungsi dan lainnya sepanjang tepat, dan tugas positifnya untuk mencegah individu dari penyiksaan dan perlakuan atau hukuman yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat.

¹¹¹ *Soering v United Kingdom, Seri A, No. 161 (1989)*, Pengadilan HAM Eropa.

3.1.3. Komite Menentang Penyiksaan

Sesuai dengan pasal 17 atas Konvensi Menentang Penyiksaan, Negara Pihak memilih 10 ahli “dengan moral tinggi dan mempunyai kompetensi dalam masalah hak asasi manusia” sebagai bagian dari Komite Menentang Penyiksaan. Komite ini mengadakan dua pertemuan reguler pada April/Mei dan November tiap tahunnya di Jenewa.

Mandat Komite menyatakan empat kegiatan utama: mempertimbangkan laporan Negara Pihak secara berkala (pasal 19); mengambil tindakan yang dibutuhkan apabila ada indikasi penyiksaan dilakukan di beberapa bagian Negara Pihak (pasal 20); mempertimbangkan komunikasi dari individu yang menyatakan diri sebagai korban atas pelanggaran Konvensi (pasal 22); dan mempertimbangkan keluhan dari dalam Negara Pihak (pasal 21)¹¹². Pengaduan-pengaduan individu dan antar Negara hanya bisa dipertimbangkan apabila Negara Pihak telah menyatakan bahwa mereka mengakui kompetensi Komite untuk menerima dan mempertimbangkan komunikasi yang demikian. Komite juga menyerahkan laporan berkala tentang kegiatannya pada Negara Pihak dan juga pada Majelis Umum PBB. Adapun kewenangan-kewenangan yang dimiliki oleh Komite Menentang Penyiksaan ini adalah sebagai berikut:

1. Pertimbangan terhadap Laporan Negara Pihak (Pasal 19)

Negara Pihak berusaha memberikan laporan pada Komite tentang hal-hal yang sudah mereka lakukan untuk melihat pengaruh dari Konvensi setelah satu tahun penerapannya dan untuk menyerahkan laporan tambahan setiap empat tahun untuk tindakan yang diambil atau laporan yang diminta Komite. Wakil dari Negara Pihak diundang untuk mempresentasikan laporan tersebut,

¹¹² Di dalam pasal 21, Negara Pihak dapat mengumpulkan komunikasi yang menyatakan bahwa Negara Pihak lain tidak memenuhi kewajibannya sesuai dengan Konvensi. Juga untuk mencatat bahwa keluhan seperti itu sebenarnya tidak pernah diajukan.

menjawab pertanyaan dan menyerahkan informasi tambahan yang diminta. Setelah mempertimbangkan laporan yang ada, Komite akan menetapkan “kesimpulan dan rekomendasi” di bawah judul berikut: aspek positif; faktor dan kesulitan yang memperlambat pengaplikasian Konvensi; subyek yang dibicarakan; dan rekomendasi. “Kesimpulan dan rekomendasi” harus diberitahukan pada publik.

Dalam mempertimbangkan laporan Negara Pihak, Komite juga melihat informasi yang diberikan oleh organisasi non-pemerintah, perwakilan profesi legal dan individu. Organisasi non-pemerintah bisa mengadakan pertemuan informal dengan anggota Komite dalam hal pertimbangan Negara Pihak yang ingin mengkomunikasikan kepedulian mereka tentang negara yang bersangkutan.

2. Penyelidikan Rahasia (Pasal 20)

Komite dapat melakukan penyelidikan secara rahasia sesuai dengan pasal 20 dari Konvensi ketika menerima informasi yang berharga tentang tindakan penyiksaan yang terjadi di wilayah suatu Negara Pihak, kecuali bila Negara Pihak tersebut, dengan mengacu pada Pasal 28, telah menyatakan bahwa Negara tersebut tidak mempercayai kompetensi Komite.

Komite mempertimbangkan bahwa tindakan penyiksaan telah dilakukan secara sistematis. Ketika kasus penyiksaan yang dilaporkan tidak terjadi secara kebetulan pada tempat dan waktu yang sama, tapi terlihat sebagai suatu kebiasaan yang sudah menyebar dan disengaja di satu bagian negara tersebut. Penyiksaan bisa menjadi suatu tindakan sistematis tanpa menghasilkan perhatian dari Pemerintah. Ini merupakan konsekuensi karena Pemerintah tidak bisa mengontrol keadaan. Selain itu, juga dikarenakan keberadaannya yang mengindikasikan adanya ketidaksesuaian antara kebijakan yang dibuat Pemerintah pusat dan implementasinya oleh administrasi local. Perundang-undangan yang kurang memadai dan memungkinkan terjadinya penyiksaan bisa menjadikan tindakan ini makin

sistematis¹¹³. Ketika Komite memperoleh informasi sesuai dengan pasal 20, Komite segera mengundang Negara Pihak yang bersangkutan untuk bekerja sama memeriksa hal tersebut. Apabila dibutuhkan, anggota Komite bisa mengunjungi Negara Pihak tersebut apabila diijinkan. Selama kunjungan, anggota Komite biasanya bertemu pejabat pemerintah yang berkuasa, anggota pengadilan dan perwakilan organisasi non-pemerintah. Selain itu mereka juga bisa mengunjungi tempat tahanan. Hasil penyelidikan Komite beserta saran dan komentar yang pantas diberikan pada Negara Pihak dengan permintaan informasi atas tindakan yang sudah dilakukan.

Setelah berkonsultasi dengan Negara Pihak, Komite dapat memutuskan untuk memasukkan ringkasan hasil dalam laporan tahunannya pada Majelis Umum.

3.2. Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum Tak Terbantahkan *Jus Cogens* Ditinjau dari Konvensi Menentang Penyiksaan 1984

Pada tatanan dasar, hak dan perlindungan akan eksekusi dari hak tersebut dilindungi oleh negara bagi setiap kita. Jaminan akan hak keamanan pribadi tersebut memberikan kita sebagai warga negara kesempatan untuk bertumbuh secara pribadi sebagai individu maupun secara kolektif sebagai sebuah komunitas. Hak keamanan pribadi ini dijamin dalam hubungan warga negara dengan negara, antar negara, dan antar pribadi¹¹⁴. Ide utama dari hak asasi manusia adalah bahwa seluruh tindakan yang dilakukan oleh setiap orang didasarkan pada aturan standar harkat dan martabat manusia, termasuk setiap tindakan yang kita lakukan didasarkan pada ide yang sama. Dalam rangka memenuhi tujuan untuk bertumbuh sebagai seorang individu dan atau komunitas, diperlukan perlindungan terhadap hak asasi manusia paling

¹¹³ Catatan Resmi Majelis Umum; Bagian 48; Suplemen No.44 (A/48/44/Add.1), para. 29.

¹¹⁴ Pasal 14 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik.

minimum adalah hak untuk hidup, hak mendapatkan dan memelihara kesehatan, privasi keluarga, kebebasan berekspresi, kebebasan beragama, perlindungan dari tindakan diskriminasi. Dengan demikian kita semua membutuhkan kebebasan dari intervensi tidak adil dalam wilayah ini.

Fakta ini kemudian juga membawa dampak pada kedudukan larangan tindakan penyiksaan dalam hukum nasional dan bahkan hubungan antar pribadi. Dalam tatanan hukum internasional, seluruh anggota komunitas hukum internasional diwajibkan untuk tidak memberi kekuatan atau dasar hukum bagi perbuatan apapun, baik yang sifatnya legislatif, administratif, atau yudisial yang mengizinkan dilakukannya tindakan penyiksaan¹¹⁵. Berkenaan dengan itu juga maka tidak mungkinlah apabila dalam tataran internasional larangan tindakan penyiksaan telah mendapat status sebagai norma hukum yang tidak terbantahkan (*jus cogens*), dan setiap perjanjian internasional serta hukum kebiasaan yang bertentangan dengannya akan serta merta batal demi hukum, tapi pada saat yang sama negara yang merupakan bagian dari komunitas internasional itu sendiri mengizinkan perbuatan penyiksaan tersebut lewat aturan-aturan dalam hukum nasional mereka atau membiarkan pelakunya lolos lolos dari persidangan lewat amnesti. Hal yang lebih penting lagi adalah bahwa para pelaku tindakan penyiksaan yang bertindak demi kepentingan sebuah negara tidak dapat menarik keuntungan dari aturan-aturan hukum nasional yang menyebabkannya lolos dari hukuman¹¹⁶. Dijelaskan lebih lanjut, dalam hubungannya pribadi per pribadi, larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* mewajibkan tiap-tiap negara untuk melakukan investigasi, mengadili dan menghukum atau mengekstradisi pihak yang didakwa sebagai pelaku tindak penyiksaan, yang berada di wilayah negaranya.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Furundzija*. Case no. IT-95-17/1-T10, Trial Chamber, Judgement, 10 December 1998.

Larangan tindakan penyiksaan sebagai sebuah norma hukum tak terbantahkan (*jus cogens*), maka tiap perjanjian internasional yang mengizinkan atau dalam cara apapun mendukung terjadinya tindakan penyiksaan atau menyebabkan pelakunya tidak mendapatkan hukuman atas perbuatan tersebut, akan serta merta batal demi hukum. Bahkan ketika suatu perjanjian internasional tidak melanggar norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* namun pelaksanaan dari perjanjian tersebut akan melanggar prinsip-prinsip norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* maka negara tersebut berkewajiban untuk tidak menjalankan perintah perjanjian internasional tersebut. Perjanjian internasional itu sendiri tidak akan menjadi batal demi hukum. Sebagai contoh, kewajiban yang diperoleh negara dari perjanjian internasional tentang ekstradisi akan berpotensi menjadi sarana dimana seorang warga negara diekstradisi ke suatu wilayah dimana ia akan menjadi korban penyiksaan. Dalam kondisi seperti ini, negara pengirim dapat tidak menjalankan kewajiban ekstradisi tersebut namun tidak membuat perjanjian internasional tersebut menjadi batal demi hukum¹¹⁷.

Dalam konteks larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*, dapat dinyatakan bahwa larangan tindakan penyiksaan terdapat dalam berbagai aturan-aturan dasar tentang hak asasi manusia yaitu Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia (DUHAM), Konvenan Internasional untuk Hak Sipil dan Politik, Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia, dan secara khusus dalam Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia tahun 1984, yang menyediakan definisi jelas mengenai tindakan penyiksaan dan lewat Protokol Tambahan mendirikan Komisi Anti Penyiksaan yang meninjau tempat-tempat dilaksanakannya hukuman, menerima dan meninjau laporan-laporan serta memberi saran kepada negara-negara mengenai tindakan-tindakan untuk mencegah terjadinya tindakan penyiksaan. Beberapa wilayah regional juga

¹¹⁷ E. Kornicker, *Ius Cogens und Umweltvolkerrecht* (1997), hal. 105.

membuat perjanjian-perjanjian internasional yang mengatur soal pencegahan dan larangan tindakan penyiksaan. Dewan Eropa membangun sebuah Komite Anti Penyiksaan dengan dasar Pasal 1 Konvensi Eropa tentang Pencegahan Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia. Konvensi Inter-Amerika untuk Mencegah dan Menghukum Tindakan Penyiksaan mengambil pendekatan yang berfokus pada korban untuk menjamin pemberian ganti kerugian dan memberi kewajiban bagi tiap individu untuk patuh dan memelihara aturan-aturan dalam konvensi tersebut. Pasal 2 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia menyatakan bahwa tidak diizinkan adanya pengesampingan terkait konsep dasar dari ancaman terhadap negara dan kondisi negara yang berada di bawah ancaman. Hak untuk dibebaskan dari tindakan penyiksaan juga mendapat kedudukan sebagai aturan yang tidak dapat dikesampingkan dalam Konvensi Internasional untuk Hak Sipil dan Politik, Konvensi Eropa tentang Hak Asasi Manusia, Piagam Bangsa Arab tentang Hak Asasi Manusia, Konvensi Bangsa Amerika tentang Hak Asasi Manusia dan Konvensi Negara-negara Persemakmuran tentang Hak Asasi Manusia dan Hak Kebebasan Dasar.

Larangan tindakan penyiksaan jelas telah mendapat penerimaan bukan hanya sebagai bagian dari aturan-aturan hak asasi manusia tapi lebih dari itu yakni sebagai hak dasar manusia yang tidak bisa dikesampingkan dalam kondisi apapun. Karakteristik semacam ini mendorong larangan tindakan penyiksaan dengan cepat dikategorikan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*. Istilah larangan tindakan penyiksaan yang dalam dokumen-dokumen hak asasi manusia menjelaskan tentang hak atas keamanan pribadi dan harga diri sebagai manusia, telah mendapat kedudukan yang istimewa dalam perlindungan hak asasi manusia dalam hukum internasional. Bukan hanya bahwa hal ini tidak dapat dikesampingkan dalam keadaan perang dan mendesak dalam beberapa perjanjian antar negara baik

wilayah regional maupun internasional, hak atas keamanan pribadi dan harkat sebagai manusia ini juga dijamin tanpa adanya pembatasan apapun¹¹⁸. Pengakuan tanpa batasan dari komunitas internasional ini mengukuhkan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai bagian dari norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* sebagaimana terkodifikasi dalam Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional¹¹⁹. Kedudukan istimewa yang diperoleh oleh larangan tindakan penyiksaan dalam hukum internasional ini dikarenakan fakta bahwa penyiksaan, sebagaimana perbudakan, merupakan penyerangan langsung terhadap inti dari harkat dan martabat manusia dan kepribadian seseorang.

Karakter absolut dan tidak dapat dikesampingkan dari hak atas keamanan pribadi dan harga diri sebagai manusia ini ternyata tidak mencegah penguasa (Negara) dari berbagai belahan dunia untuk tetap mempraktekkan tindakan tersebut hingga abad ke-20 sering disebut sebagai ‘zaman kekerasan’. Namun tentu saja, penguasa (Negara) yang melakukan tindakan demikian dalam kehidupan bernegaranya telah dengan sadar sangat mengetahui bahwa tindakannya melanggar norma tak terbantahkan dalam hukum internasional sehingga tentunya mereka akan menyangkal pernah melakukan tindakan demikian. Pada permulaan abad 21, ketika keamanan dan kedamaian universal terancam dengan adanya terorisme dan cara-cara menanggulangi terorisme yang diambil oleh Amerika Serikat, negara-negara Eropa dan banyak pemerintah negara lainnya, mulai menggoyahkan pemahaman universal ini. Untuk pertama kalinya, sejak Perang Dunia II, karakter absolut dan tidak dapat dikesampingkan dari larangan tindakan penyiksaan dan tindakan yang merendahkan harkat martabat manusia mulai

¹¹⁸ Pidato Manfred Nowak pada peringatan hari jadi *Netherlands Institute of Human Rights* ke 24, 29 September 2005. (Pasal 5 Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia dan Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949)

¹¹⁹ Simma, Bruno and Alston, Philip, ‘*The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*’, *Australian Yearbook*, 1992, hal. 82.

dipertanyakan oleh politikus, aparat pemerintah dan bahkan para sarjana¹²⁰. Namun diskusi seputar hal ini tetap tidak menafikan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*, melainkan hanya memberi batasan ruang lingkung antara penyiksaan dengan tindakan yang bertentangan dengan kemanusiaan dan merendahkan harkat martabat manusia (CIDT) dalam konteks ketika diperhadapkan dengan urgensi yang lebih tinggi seperti *ticking bomb scenario* oleh teroris dan lainnya. Fakta demikian mengukuhkan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* yang diakui secara universal. Dengan demikian larangan tindakan penyiksaan telah memenuhi unsur “diakui dan diterima sebagai norma oleh setiap negara dalam komunitas internasional”.

Maka berdasarkan nilai substansi yang dibawanya yang mengandung nilai-nilai berkarakter moral dan hak asasi manusia yang sangat tinggi memenuhi setiap unsur dalam definisi *jus cogens* dalam Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional.

¹²⁰ Bagaric, M. and Clarke, J., ‘*Not Enough (Official) Torture in the World? The Circumstances in which Torture is Morally Justifiable*’, University of San Francisco Law Review, Spring 2005, Vol. 39, No. 3, hal. 34.

Bab IV

Penerapan Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum yang Tak Terbantahkan (*Jus Cogens*) dalam Sistem Hukum Internasional

4.1. Pertimbangan Hakim dalam Memutus Kasus-Kasus Pelanggaran Larangan Tindakan Penyiksaan

4.1.1 *Prosecutor v. Anto Furundzija* (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia)

1. Kasus Posisi

Pada tanggal 6 Maret 1992, Republik Bosnia-Herzegovina (selanjutnya disebut dengan “BiH”) menyatakan kemerdekaannya¹²¹. Tak lama setelah itu, yaitu pada 3 Juli 1992, Komunitas Warga Keturunan Kroasia di Herzeg-Bosna (selanjutnya disebut “HZ-BZ”) menyatakan dirinya sebagai badan politik independen yang berada dalam wilayah Republik Bosnia-Herzegovina. Pada Januari 1993 sampai pertengahan Juli 1993, angkatan bersenjata HZ-BZ yang dikenal juga dengan nama Dewan Keamanan Kroasia (“HVO”), terlibat dalam gencatan senjata dengan angkatan bersenjata dari Pemerintah Republik Bosnia-Herzegovina. Dalam suasana perang yang penuh kekerasan, pada Januari 1993, HVO menyerang desa-desa yang didiami oleh warga Bosnia yang sebagian besar adalah Muslim di daerah Lembah Sungai Lasva di pusat Bosnia-Herzegovina. Penyerangan ini menyebabkan kematian dan luka-luka bagi banyak warga sipil. Selain itu, warga sipil yang tidak meninggal atau terluka berat –ratusan umat Muslim Bosnia, diangkut dari tempat kediamannya untuk dipindahkan ke lokasi-lokasi yang dijadikan tempat penahanan yaitu Komplek Sinema Vitez dan Fasilitas Perawatan Hewan Vitez. Disana para tahanan dipaksa untuk melakukan pekerjaan budak. Selagi melakukan pekerjaan budak, warga sipil ini menerima penyiksaan; menjadi subyek dari pelecehan seksual; dan kekerasan lainnya baik fisik maupun mental. Pada saat semua ini terjadi, Anto Furundzija berkedudukan di

¹²¹ Web ICTY, dokumen kasus Anto Furundzija
<<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/ind/en/fur-ii951110e.pdf>> diakses pada 12 April 2012.

Dubravica, Vitez dan menjabat sebagai komandan dari unit khusus HVO yang disebut dengan “Jokers” yang bermarkas ditempat yang dinamakan “Bungalow” di Nadioci, Vitez¹²².

Pada tanggal 15 Mei 1993 di Bungalow, Anto Furundzija dan beberapa tentara lainnya menginterogasi saksi A (seorang wanita). Saat sedang diinterogasi oleh Furundzija, salah satu tentara Jokers menodongkan pisaunya ke bagian tubuh saksi A, tepatnya area diantara pinggul atas dan bawah perutnya, dan mengancam akan melukai bagian intim saksi A apabila ia tidak menjawab pertanyaan-pertanyaan dari Furundzija dengan jujur. Setelah kejadian itu, saksi A dan Korban B –seorang warga Bosnia Kroasia yang sebelumnya mencoba membantu keluarga Saksi A, dipindahkan ke ruangan lain di Bungalow. Sebelum dipindahkan ke ruangan lain ini, Korban B sudah terlebih dahulu dihajar dengan sadis. Saat Furundzija melanjutkan interogasi atas Saksi A dan Korban B, salah seorang tentara Jokers memukul kaki Saksi A dan Korban B dengan pentungan. Setelah itu, seorang tentara Jokers memaksa Saksi A untuk melakukan oral seks dan berhubungan seksual dengannya. Furundzija berada di tempat itu dan menyaksikan setiap insiden yang terjadi namun tidak sedikitpun berusaha mencegah ataupun menghentikan tindakan anggotanya¹²³.

2. Putusan Hakim ICTY dalam Kasus *Prosecutor v. Anto Furundzija*

Berdasarkan perbuatannya sebagaimana dijelaskan sebelumnya, Furundzija dituntut melakukan tindakan sebagai berikut: (1) melakukan pelanggaran aturan yang termasuk dalam kualifikasi “grave breach” (penyiksaan dan tindakan tidak manusiawi) sebagaimana yang dijelaskan dalam Pasal 2(b) dari Statuta Peradilan Khusus Pelaku Tindak Pidana Perang di Wilayah Yugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former*

¹²²*Ibid.*

¹²³*Ibid.* hal.22.

Yugoslavia –selanjutnya disebut “ICTY”); (2) melakukan pelanggaran hukum atau aturan hukum kebiasaan dalam keadaan perang (penyiksaan) sebagaimana yang dijelaskan dalam Pasal 3 Statuta ICTY; (3) melakukan pelanggaran hukum atau aturan hukum kebiasaan dalam keadaan perang (tindakan diluar batas kewajaran terhadap harkat martabat manusia yang didalamnya termasuk pemerkosaan) sebagaimana yang dijelaskan dalam Pasal 3 Statuta ICTY¹²⁴.

Dalam pembahasan kasus ini, definisi penyiksaan yang digunakan oleh majelis hakim adalah definisi penyiksaan berdasarkan Pasal 1 Konvensi Menentang Penyiksaan, dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984. Penggunaan definisi tindakan penyiksaan dari konvensi tersebut dilakukan dengan sebelumnya melihat pada fakta bahwa tindakan penyiksaan tidak secara spesifik berada dalam daftar tindakan-tindakan yang dilarang di Pasal 3 Statuta ICTY. Namun sebagaimana diketahui, Pasal 3 Statuta ICTY merupakan pasal yang berfungsi seperti payung yaitu pasal yang menyediakan kerangka aturan-aturan yang masih dapat ditambahkan lagi contoh-contohnya selama kriterianya sesuai, maka daftar tindakan-tindakan yang ada dalam Pasal 3 Statuta ICTY itu merupakan daftar yang terbuka untuk hukum internasional. Berdasarkan interpretasi diatas maka tindakan penyiksaan termasuk dalam tindakan-tindakan yang terlarang sesuai ketentuan Pasal 3 Statuta ICTY. Terlepas dari itu, dalam Statuta ICTY tidak ditemukan definisi ataupun unsur-unsur dari tindakan penyiksaan karenanya digunakanlah definisi tindakan penyiksaan menurut Pasal 1 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984. Definisi dari tindakan penyiksaan dalam Pasal 1 konvensi tersebut terdiri dari unsur-unsur sebagai berikut, rasa sakit yang hebat atau penderitaan; baik secara mental ataupun

¹²⁴ Web ICTY, dokumen kasus Anto Furundzija
<<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/ind/en/fur-ii951110e.pdf>> diakses pada 12 April 2012.

fisik; yang dilakukan dengan sengaja kepada seseorang; dengan tujuan untuk mengambil informasi atau pengakuan dari orang tersebut atau dari pihak ketiga, menghukum sang korban untuk tindakan yang dilakukannya atau yang didakwakan atasnya atau pihak ketiga; mengintimidasi atau memaksa korban atau pihak ketiga, dengan alasan yang didasarkan pada diskriminasi menurut kategori apapun; dimana rasa sakit atau penderitaan yang ditimbulkan dilakukan dibawa pengawasan, izin atau dukungan dari aparat pemerintah atau orang lain yang berlaku demikian atas nama dan kapasitas pejabat publik; dan rasa sakit atau penderitaan itu tidak termasuk dalam rasa sakit atau penderitaan yang timbul dari masa pemberian sanksi atas tindakan pelanggaran hukum yang telah terbukti¹²⁵.

Seluruh unsur-unsur yang disebutkan diatas terpenuhi oleh tindakan yang dilakukan oleh tentara anggota unit Jokers yang berada di bawah pimpinan Anto Furundzija yang sebagaimana kita ketahui meliputi : (1) mengancam untuk menimbulkan rasa sakit yang luar biasa dengan menodongkan pisau ke bagian tubuh saksi A dan mengatakan akan memotong bagian vital saksi; (2) memaksa saksi A untuk memberikan informasi yang diminta; (3) memukuli korban B hingga babak belur; (4) memukul kaki saksi A dan korban B dengan pentungan; (5) menimbulkan penderitaan mental di diri saksi A dengan mengancam akan membunuh keluarga saksi A bila ia tidak berkata yang sebenarnya; dan (6) seluruh kejadian itu terjadi saat Furundjiza berada di tempat yang sama, artinya ia menyaksikannya dan tindakannya yang tidak mencegah ataupun menghentikan rangkaian kegiatan yang dilakukan oleh tentara anggotanya secara tidak langsung dapat diinterpretasikan sebagai pernyataan dukungan terhadap rangkaian tindakan tersebut¹²⁶. Berdasarkan penjelasan ini maka sesuai dengan ketentuan Pasal 1 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984,

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

tindakan yang dilakukan tentara anggota Jokers yang berada di bawah komando Anto Furundzija adalah tindakan penyiksaan.

Berdasarkan Pasal 3 Statuta ICTY tersebut yang unsur-unsurnya adalah sebagai berikut: “Pengadilan internasional harus memiliki kekuasaan untuk mengadili orang-orang yang melanggar hukum atau kebiasaan perang. Pelanggaran tersebut dapat meliputi, tapi tidak terbatas pada: (a) penggunaan senjata beracun atau senjata lain yang dapat dianggap menyebabkan penderitaan yang tidak perlu bagi korban; (b) penghancuran dahsyat kota-kota besar, kota kecil atau pedesaan, atau perusakan yang dilakukan tidak diakibatkan oleh keterdesakan militer; (c) serangan, atau bombardir, dengan maksud apa pun, terhadap kota-kota pedesaan, pemukiman penduduk atau bangunan, tanpa perlawanan; (d) pengusuran, perusakan atau penghancuran secara sengaja dilakukan terhadap lembaga-lembaga keagamaan, bantuan sosial atau pendidikan, seni dan ilmu pengetahuan, monumen sejarah dan karya-karya seni dan ilmu pengetahuan; (e) perampasan terhadap harta milik pribadi.¹²⁷”

Dengan melihat kepada kedua ketentuan tersebut, Majelis hakim ICTY menyatakan bahwa Anto Furundzija bersalah sebagai pelaku pelanggaran larangan tindakan penyiksaan dan memutus Furundzija dihukum 10 (sepuluh) tahun penjara pada putusan pertama dan 8 (delapan) tahun penjara pada putusan akhir, dan harus segera menjalankannya. Sidang Banding memperkuat tuduhan dan putusan tersebut¹²⁸.

3. Pertimbangan Hakim dalam Putusan Kasus

Dalam memutus perkara Furundzija, setelah mendengarkan saksi-saksi dan melihat bukti-bukti yang disediakan penuntut dan juga pembelaan dari kuasa hukum Furundzija, hakim membuat keputusan untuk kasus ini dengan memperhatikan aspek-aspek hukum sebagai berikut:

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.* hal. 42.

1. Pasal 3 Statuta ICTY (Pelanggaran hukum dan aturan hukum kebiasaan dalam situasi perang);
2. Konsep penyiksaan dalam hukum internasional;
3. Konsep pemerkosaan dan pelecehan seksual berat lainnya dalam hukum internasional;
4. Konsep pembantuan;
5. Cara membedakan antara “pelaku tindak pidana” dengan “pembantu tindak pidana”.

Dalam konteks pembahasan ini, akan lebih difokuskan kepada pertimbangan hakim perihal dua poin pertama dari lima hal tersebut sebelumnya, yaitu ruang lingkup keberlakuan Pasal 3 Statuta ICTY dan konsep tindakan dari penyiksaan, yang kemudian dilanjutkan dengan menguraikan pelanggaran hukum dan hukum kebiasaan yang berlaku pada keadaan perang.

1. Ruang lingkup keberlakuan Pasal 3 Statuta ICTY

Pasal 3 Statuta ICTY merupakan pasal yang berisikan syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk berlakunya kompetensi ICTY terhadap kasus tersebut. Syarat mutlak diberlakukannya hukum humaniter internasional pada sebuah kasus adalah secara nyata-nyata terjadi konflik bersenjata. Majelis Hakim telah membuktikan bahwa memang telah terjadi konflik bersenjata antara HVO dan tentara HZ-BZ pada kurun waktu Januari-Juli 1993. Dalam konteks Pasal 3 Statuta ICTY, sebab terjadinya konflik bersenjata ini tidak esensial. Untuk dapat diberlakukannya Pasal 3 Statuta ICTY pada kasus tersebut, bukan merupakan hal utama apakah pelanggaran hukum yang terjadi berada dalam konteks konflik bersenjata internasional atau nasional, selama terpenuhinya kriteria-kriteria berikut : (1) pelanggaran hukum yang terjadi merupakan pelanggaran aturan hukum humaniter; (2) aturan yang dilanggar tersebut merupakan aturan hukum kebiasaan atau apabila merupakan bagian dari perjanjian internasional setiap unsurnya terpenuhi; (3) pelanggarannya harus merupakan pelanggaran “berat” yakni merupakan pelanggaran dari

aturan yang melindungi nilai-nilai penting dalam hukum internasional, nilai yang pelanggarannya menimbulkan/dapat menimbulkan konsekuensi kematian kepada korbannya; (4) pelanggaran terhadap aturan tersebut haruslah menimbulkan, sesuai aturan hukum kebiasaan atau hukum internasional biasa, tanggung jawab pribadi pelanggar aturan di hadapan hukum¹²⁹.

2. Konsep tindakan penyiksaan dalam hukum internasional

Dalam melakukan pertimbangan untuk kasus Furundzija ini, majelis hakim ICTY mencoba menguraikan konsep dan kedudukan tindakan penyiksaan dalam hukum internasional. Uraian mengenai konsep tindakan penyiksaan dilakukan dengan membahas mengenai definisi dan unsur-unsur tindakan penyiksaan yang dapat diberlakukan dalam kasus ini serta kaitannya dengan Pasal 3 Statuta ICTY dan daya ikatnya. Uraian mengenai kedudukan tindakan penyiksaan dalam hukum internasional dilakukan dengan menguraikan kedudukan tindakan penyiksaan dalam hukum humaniter internasional, hukum mengenai hak asasi manusia internasional, dan beberapa hal esensial dalam kedudukan tindakan penyiksaan dalam hukum internasional seperti larangan tindakan penyiksaan yang juga mencakup upaya pencegahan terhadap potensi pelanggaran larangan tersebut, larangan tindakan penyiksaan yang membangkitkan kewajiban *erga omnes*, dan kedudukan larangan tindakan penyiksaan yang telah mendapat kedudukan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*. Namun dalam konteks pembahasan ini, dari ketiga hal esensial dalam kedudukan tindakan penyiksaan tersebut, hanya akan dibahas mengenai kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*.

Selanjutnya akan dibahas mengenai kedudukan tindakan penyiksaan dalam hukum internasional. Pertama akan dibahas mengenai kedudukan larangan tindakan penyiksaan dalam hukum humaniter internasional. Dalam situasi dimana hukum humaniter internasional berlaku, yakni dalam keadaan

¹²⁹ Kasus ICTY No. IT-94-1-AR72, para. 94

dimana terjadi konflik bersenjata, tindakan penyiksaan secara spesifik dilarang dalam perjanjian internasional oleh perjanjian internasional dalam Konvensi Jenewa 1949¹³⁰ dan dua Protokol Tambahan 1977¹³¹. Dalam konteks pembahasan aturan-aturan tersebut dapat digunakan dalam proses sidang di peradilan internasional, berdasarkan interpretasi yang dilakukan oleh putusan Pengadilan Tinggi Tadi tentang yurisdiksi¹³², aturan-aturan dalam konvensi tersebut dapat digunakan dalam Badan Peradilan Internasional apabila dapat dibuktikan bahwa pada saat aturan tersebut akan diberlakukan dalam suatu perkara, para pihak dalam perkara tersebut merupakan pihak yang meratifikasi konvensi tersebut. Dalam kasus Furundzija ini, Bosnia dan Herzegovina telah meratifikasi Konvensi Jenewa 1949 dan kedua Protokol Tambahan 1977 tersebut pada tanggal 31 Desember 1992. Dengan demikian, sekurang-kurangnya Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II, yang keduanya dengan jelas menyatakan larangan tindakan penyiksaan, dapat diberlakukan sebagai jaminan paling minimum dari hukum yang berasal dari perjanjian internasional bahwa di wilayah Bosnia dan Herzegovina, ada aturan mengikat tentang larangan tindak penyiksaan pada saat terjadinya tindak pidana.

Selain pengaturan dalam perjanjian internasional yang mengikat para pihak dalam kasus, majelis hakim ICTY pun melihat kedudukan larangan tindakan penyiksaan diberlakukan dalam kasus ini lewat hukum kebiasaan internasional dan prinsip-prinsip hukum umum. Dikatakan bahwa keberlakuan larangan tindakan penyiksaan sebagai hukum kebiasaan internasional sudah banyak diakui oleh negara-negara anggota komunitas masyarakat internasional lewat berbagai cara seperti praktek negara-negara dimana tidak

¹³⁰ Pasal 12 dan 50 Konvensi Jenewa I; Pasal 12 dan 51 Konvensi Jenewa II; Pasal 13, 14 dan 130 Konvensi Jenewa III; Pasal 27, 32, dan 147 Konvensi Jenewa IV.

¹³¹ Pasal 75 Protokol Tambahan I Konvensi Jenewa dan Pasal 4 Protokol Tambahan II Konvensi Jenewa.

¹³² Kasus No. IT-94-1-AR72, para. 143.

pernah ada negara yang menyatakan bahwa dalam masa konflik bersenjata maka tindakan penyiksaan seharusnya dilegalkan atau lewat menyetujui aturan-aturan tentang hak asasi manusia dan lain sebagainya, namun keberlakuan larangan tindakan penyiksaan sebagai hukum kebiasaan internasional pada umumnya menunjuk pada pernyataan dari Mahkamah Pidana Internasional saat mengadili perkara Nikaragua dimana dinyatakan bahwa Pasal 3 dari Konvensi Jenewa 1949 yang pada intinya melarang adanya tindakan penyiksaan terhadap seseorang yang tidak mengambil peran aktif dalam sebuah keadaan penuh kekerasan, telah menjadi bagian dari hukum kebiasaan internasional dan dapat diberlakukan baik kepada kasus konflik bersenjata yang bersifat nasional atau internasional¹³³. Hal yang juga ditekankan oleh majelis hakim ICTY adalah dalam hukum humaniter internasional, bergantung pada karakteristik dari kasus yang dihadapi, tindakan penyiksaan dapat diadili sebagai salah satu kategori tindak pidana internasional dalam arti luas sebagai bentuk dari pelanggaran hukum humaniter, pelanggaran aturan-aturan *grave breaches* dari Konvensi Jenewa, tindak pidana terhadap kemanusiaan atau genosida.

Hal kedua yang akan dibahas dalam kedudukan larangan tindakan penyiksaan dalam hukum internasional adalah larangan tindakan penyiksaan sebagai bagian dari pengaturan tentang hak-hak asasi manusia yang diakui oleh masyarakat internasional. Larangan tindakan penyiksaan yang terdapat dalam hukum humaniter internasional sebagaimana dijelaskan sebelumnya adalah pengembangan dari aturan larangan tindakan penyiksaan yang berada dalam aturan hak-hak asasi manusia yang diakui masyarakat internasional. Aturan ini mengatur larangan tindakan penyiksaan dalam keadaan damai maupun perang¹³⁴. Bahkan dalam perjanjian-perjanjian internasional dan

¹³³ Putusan Kasus Aktivitas Militer dan Paramiliter di dalam dan kepada Nikaragua, (Nikaragua v. U.S.A.), (Merits), 1986 Laporan Mahkamah Pidana Internasional, 14- 27 June 1986, hal. 113-114, para. 218.

¹³⁴ Aturan mengenai hal ini terdapat dalam Konvensi Bangsa-Bangsa Eropa tentang Perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia dan Kemerdekaan Mutlak 1950; Kovenan

resolusi-resolusi dari organisasi internasional menciptakan mekanisme untuk menjamin implementasi dari larangan tindakan penyiksaan dan mencegahnya terjadi sebisa mungkin. Hal yang juga harus diperhatikan adalah bahwa larangan tindakan penyiksaan yang ada di dalam perjanjian internasional mengenai hak asasi manusia mendasarkannya pada hak mutlak yang ada pada diri setiap manusia, yang tidak dapat dikesampingkan sama sekali, bahkan tidak dalam keadaan mendesak sekalipun (dengan dasar inilah maka larangan tindakan penyiksaan juga berlaku pada situasi konflik bersenjata). Hal inilah yang mendukung fakta bahwa, sebagaimana akan dijelaskan selanjutnya, larangan tindakan penyiksaan adalah salah satu bentuk norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*. Larangan ini begitu superior sehingga negara-negara bahkan dilarang oleh hukum internasional untuk mengeluarkan, mengembalikan atau menukar seorang ke wilayah negara lain dimana terdapat bukti-bukti yang cukup untuk menyimpulkan bahwa di wilayah negara tersebut, orang itu akan berada dalam potensi untuk dijadikan subyek tindakan penyiksaan. Aturan-aturan dalam perjanjian internasional ini mewajibkan negara untuk membuat hukum nasional yang mengakomodir larangan tindakan penyiksaan dan juga membuat aturan administratif bagi aparat-aparat penegak hukumnya untuk mencegah mereka melakukan tindakan penyiksaan. Dalam aturan hak-hak asasi manusia yang diakui hukum internasional, yang bersinggungan dengan tanggung jawab negara lebih banyak daripada tanggung jawab individu dalam hal pidana, tindakan penyiksaan dilarang sebagai tindakan pelanggaran hukum pidana untuk dihukum dibawah hukum nasional. Bahkan seluruh negara-negara pihak dalam perjanjian internasional yang terkait, diwajibkan untuk mengatur kekuasaan hukum untuk menginvestigasi, melakukan persidangan dan menghukum pelaku

Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik 1966; Konvensi Inter-Amerika tentang Hak Asasi Manusia 1969; Piagam Afrika tentang Kemanusiaan dan Hak Individu 1981; Konvensi Menentang Penyiksaan, dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984; dan Konvensi Inter-Amerika tentang Pencegahan dan Penghukuman Tindakan Penyiksaan 1985.

pelanggaran tindakan penyiksaan¹³⁵. Maka dalam aturan-aturan mengenai hak-hak asasi manusia yang diakui secara internasional pun, larangan tindakan penyiksaan dapat menimbulkan tanggung jawab dalam pidana langsung kepada individu pelaku pelanggaran tindakan penyiksaan ini. Keberadaan dari aturan-aturan mengenai larangan tindakan penyiksaan dalam prinsip hukum umum dan perjanjian internasional menunjukkan bahwa komunitas internasional yang telah menyadari betapa tingginya urgensi untuk mengkriminalisasi tindakan yang sangat merendahkan harkat martabat manusia ini, telah memutuskan untuk menekan setiap kemungkinan yang tersedia untuk dapat terjadinya tindakan penyiksaan baik di tingkat antar negara dan tingkat individu tanpa membiarkan adanya celah hukum apapun.

Melalui uraian ini, majelis hakim ICTY mendapatkan dasar hukum untuk dapat mengadili Anto Furundzija sebagai individu pelanggar tindakan penyiksaan tanpa harus bersinggungan dengan negara. Hal ini sesuai dengan pendapat dari Pengadilan Militer Internasional di Nuremberg yang menyatakan bahwa pelanggaran di bidang pidana dalam hukum internasional dilakukan oleh individu, bukan oleh pribadi yang abstrak –seperti negara, dan hanya dengan menghukum individu pelanggar tersebutlah aturan-aturan hukum internasional dapat ditegakkan. Individu pelanggar aturan-aturan hukum internasional, dalam hal ini adalah larangan tindakan penyiksaan, sepenuhnya bertanggungjawab, apapun posisinya dalam hukum nasional negara tersebut, sekalipun bahkan apabila individu tersebut adalah kepala negara atau kepala pemerintahan sebuah negara. Hal ini sesuai dengan Pasal 7 ayat (2) dari Statuta Pengadilan Militer Internasional di Nuremberg dan Pasal 6 ayat (2) dan Statuta Pengadilan Pidana Internasional untuk Rwanda dan juga merupakan bagian dari hukum kebiasaan internasional.

¹³⁵ Pasal 5 Konvensi Menentang Penyiksaan, dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984.

4. Analisis Pertimbangan Hakim dalam Putusan Kasus

Selanjutnya akan dibahas mengenai beberapa hal esensial dalam kedudukan tindakan penyiksaan dalam hukum internasional seperti larangan tindakan penyiksaan yang juga mencakup upaya pencegahan terhadap potensi pelanggaran larangan tersebut, pelanggaran terhadap larangan tindakan penyiksaan yang membangkitkan kewajiban *erga omnes*, dan kedudukan larangan tindakan penyiksaan yang telah mendapat kedudukan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*. Namun dalam konteks pembahasan ini, dari ketiga hal esensial dalam kedudukan tindakan penyiksaan tersebut, hanya akan dibahas mengenai kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*.

Dewasa ini terdapat antisipasi yang besar dari komunitas masyarakat internasional mengenai tindakan penyiksaan. Antisipasi ini sebagian besar terdiri dari rasa jijik atau takut luar biasa sebagaimana digambarkan dalam kasus *Filartiga v. Pena-Irala* yang diadili di Pengadilan Amerika Serikat dimana dikatakan bahwa pelaku pelanggaran tindakan penyiksaan, sama dengan bajak laut dan pelaku perdagangan budak, telah menjadi *hostis humanis generis*, musuh seluruh umat manusia¹³⁶. Antisipasi semacam ini, bersamaan juga dengan betapa tingginya negara-negara memisahkan diri sepenuhnya dari praktek tindakan penyiksaan, telah membawa tindakan penyiksaan yang terdapat baik dalam perjanjian internasional maupun dalam hukum kebiasaan internasional kepada status yang lebih tinggi dalam sistem hukum norma internasional, status yang serupa dengan prinsip yang menyatakan larangan tindakan genosida; perbudakan; diskriminasi berdasarkan ras; agresi; akuisisi wilayah negara secara paksa dengan menggunakan kekuatan militer; dan hak mutlak manusia terhadap kemerdekaan pribadinya. Status demikian merupakan salah satu bukti dari pengakuan masyarakat internasional, yang dalam hal ini diberikan oleh badan

¹³⁶ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (2d Cir.1980).

peradilan baik nasional maupun internasional, terhadap larangan tindakan penyiksaan sebagai bagian dari norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*.

Disebabkan oleh betapa pentingnya nilai yang dilindungi oleh larangan tindakan penyiksaan, prinsip ini telah mendapatkan status sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*, norma yang berada di posisi lebih tinggi dari perjanjian internasional atau bahkan hukum kebiasaan internasional lainnya dalam hirarki hukum internasional¹³⁷. Bukti paling nyata dari kedudukan yang lebih tinggi ini adalah bahwa prinsip larangan tindakan penyiksaan ini tidak dapat dikesampingkan oleh subyek-subyek hukum internasional lewat perjanjian internasional atau hukum kebiasaan lokal atau khusus dalam wilayah tertentu atau bahkan prinsip hukum umum yang tidak sebanding dengannya. Hal ini memperjelas bahwa kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* menjadikan larangan tindakan penyiksaan sebagai salah satu filosofi dasar dari komunitas hukum internasional¹³⁸.

Dijelaskan lebih jauh lagi, larangan tindakan penyiksaan ini telah menghasilkan sebuah efek yang mengikat kepada setiap negara anggota komunitas masyarakat internasional dan setiap individu manusia yang berada dalam wilayahnya bahwa larangan tindakan penyiksaan merupakan norma mutlak yang harus dipatuhi oleh mereka tanpa kecuali. Fakta bahwa penyiksaan dilarang oleh norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dalam hukum internasional telah memberikan dampak lain selain dari dampak yang ada di tingkat antar negara dan antar pribadi¹³⁹. Di tingkat antar negara, larangan tindakan penyiksaan membuat komunitas masyarakat internasional melegitimasi kembali setiap badan-badan di dalamnya yaitu legislatif,

¹³⁷ Andrea Bianchi, 'Human Rights and the Magic of Jus Cogens', *The European Journal of International Law Vol. 19 no. 3* (2008), hal. 491.

¹³⁸ Donald A. Wells, *War Crimes and Laws of War* (Lanham: University Press of America, 1991) hal. 53-54.

¹³⁹ Penjelasan Resmi Konvensi Menentang Penyiksaan 1984.

administratif dan yudisial untuk menindak tindakan penyiksaan dalam kapasitasnya masing-masing. Dengan demikian maka, dengan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*, perjanjian-perjanjian internasional atau hukum kebiasaan yang mengizinkan praktek tindakan penyiksaan akan menjadi batal dan batal demi hukum tanpa perlu dipertanyakan lagi¹⁴⁰, dan merupakan hal yang bertentangan dengan itu apabila sebuah negara melakukan tindakan yang bersifat permisif terhadap tindakan penyiksaan atau bahkan mendukung pelaku praktek tindakan penyiksaan untuk tidak mempertanggungjawabkan perbuatannya lewat pengaturan hukum mengenai amnesti¹⁴¹.

Dijelaskan lebih lanjut, bahwa di tataran individu, bahwa karena tanggung jawab pidana yang ada padanya, karakter tak terbantahkan norma hukum *jus cogens* yang terdapat dalam larangan tindakan penyiksaan menyebabkan setiap negara wajib untuk melakukan investigasi, mengadili dan menghukum atau bila diperlukan mengekstradisi pelaku pelanggaran tindakan penyiksaan yang berada dalam wilayah negaranya¹⁴². Senada dengan hal itu, dikatakan juga bahwa merupakan sesuatu yang tidak konsisten apabila di satu sisi melarang tindakan penyiksaan bahkan sampai ke tindakan pencegahan namun di sisi lain mempersulit negara untuk dapat mengadili pelaku pelanggaran tindakan penyiksaan yang melakukan tindakannya di wilayah lain di luar negara itu. Dengan demikian didapatlah dasar hukum *universal jurisdiction* bagi negara untuk dapat mengadili pelaku pelanggaran larangan tindakan penyiksaan sekaligus juga mengukuhkan prinsip ini untuk digunakan badan-badan peradilan internasional sehubungan dengan karakter universal yang dibawa norma hukum ini.

¹⁴⁰ Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional, 23 Mei 1969.

¹⁴¹ Penjelasan Resmi No. 20 tentang Pasal 7 Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik, Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa, Doc. HRI\GEN\1\Rev. 1 di 30 (1994).

¹⁴² *Ibid.*

Sehubungan dengan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dan peradilan yang diselenggarakan ICTY terhadap kasus Anto Furundzija ini adalah bahwa berdasarkan karakter universal yang dibawa oleh norma hukum tak terbantahkan maka tidak diizinkan diberikannya amnesti kepada Anto Furundzija oleh Kroasia dan juga bahwa berdasarkan *universal jurisdiction* maka Furundzija sebagai pelaku pelanggaran larangan tindakan penyiksaan dapat diadili oleh badan peradilan internasional ICTY ini sekalipun tindakan yang dilakukannya berada dalam ruang lingkup hukum nasional. Hal yang senada dengan penjelasan sebelumnya bahwa berdasarkan Pasal 3 Statuta ICTY berlaku atas kasus ini dan karenanya ICTY memiliki kompetensi absolut untuk memutus perkara ini. Adapun Pasal 3 Statuta ICTY tersebut adalah sebagai berikut: “Pengadilan internasional harus memiliki kekuasaan untuk mengadili orang-orang yang melanggar hukum atau kebiasaan perang. Pelanggaran tersebut dapat meliputi, tapi tidak terbatas pada: (a) penggunaan senjata beracun atau senjata lain yang dapat dianggap menyebabkan penderitaan yang tidak perlu bagi korban; (b) penghancuran dahsyat kota-kota besar, kota kecil atau pedesaan, atau perusakan yang dilakukan tidak diakibatkan oleh keterdesakan militer; (c) serangan, atau bombardir, dengan maksud apa pun, terhadap kota-kota pedesaan, pemukiman penduduk atau bangunan, tanpa perlawanan; (d) penggusuran, perusakan atau penghancuran secara sengaja dilakukan terhadap lembaga-lembaga keagamaan, bantuan sosial atau pendidikan, seni dan ilmu pengetahuan, monumen sejarah dan karya- karya seni dan ilmu pengetahuan; (e) perampasan terhadap harta milik pribadi.”¹⁴³

Majelis hakim ICTY memutus Furundzija dihukum 10 (sepuluh) tahun penjara pada putusan pertama dan 8 (delapan) tahun penjara pada putusan

¹⁴³ Pasal 3 Statuta ICTY.

akhir, dan harus segera menjalankannya. Sidang Banding memperkuat tuduhan dan putusan tersebut¹⁴⁴.

4.1.2 *Belhas v. Ya'Alon* (District of Columbia Circuit Court)

1. Ringkasan Kasus

Pada tahun 1978, Israel menginvasi wilayah selatan Libanon, mencoba mengokupasi wilayah yang didiami warga Libanon sampai ke daerah Sungai Litani. Melalui Resolusi 425, Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa menghimbau Israel untuk menarik tentaranya dari wilayah Libanon. Pada saat yang bersamaan, Dewan Keamanan mendirikan *United Nations Interim Force in Lebanon* –selanjutnya disebut UNIFIL, untuk mengawasi proses penarikan tentara Israel dari wilayah Libanon¹⁴⁵. Pada bulan Juni tahun 1982, mengabaikan himbauan yang telah disampaikan kepadanya, Israel dengan membawa kekuatan militer yang besar mengadakan invasi ke Libanon, mendatangi wilayah yang didiami oleh kelompok Muslim di barat Beirut untuk memancing Organisasi Kemerdekaan Palestina –selanjutnya disebut PLO, khususnya pimpinan organisasi tersebut yang bernama Hezbollah untuk keluar dari tempat persembunyian mereka. PLO telah mendirikan markas pusat di Beirut pada tahun 1970, ribuan warga Palestina telah dilarikan ke Libanon setelah pendudukan wilayah Palestina oleh Israel pada tahun 1948, yang diikuti dengan perang pada tahun 1967 dan 1973. Pada awal 1990, Libanon mulai membangun kembali negara dan kotanya yang hancur setelah perang sipil selama 15 tahun¹⁴⁶. Di lain pihak, Israel bersama dengan tentara yang disponsorinya *Southern Lebanon Army* –selanjutnya disebut SLA, terus

¹⁴⁴ Web ICTY, dokumen kasus Anto Furundzija
<<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/ind/en/fur-ii951110e.pdf>> diakses pada 12 April 2012.

¹⁴⁵ *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279, 1282 (D.C. Cir. 2008).

¹⁴⁶ *Ibid.*

melanjutkan mengokupasi bagian selatan Lebanon, pada waktu yang sama Syria juga mulai menampakkan tanda-tanda kehadiran mereka di wilayah Lebanon. Konflik-konflik kecil tapi terus berkelanjutan yang dipimpin oleh Hezbollah, yang dimulai pada invasi tahun 1982 sebagai aksi penentangan atas okupasi Israel di wilayah selatan Libanon, ditangani oleh SLA dan tentara nasional Israel –selanjutnya disebut IDF, mencapai puncaknya pada tahun 1996 dengan pembentukan operasi rahasia Israel yang diberi nama “Grapes of Wrath”¹⁴⁷.

Pada tahun 1978, Perserikatan Bangsa-Bangsa mendirikan kamp tentara di wilayah selatan Libanon, yang didiami oleh tentara perdamaian Fiji. Kamp yang didirikan UNIFIL di Libanon tersebut terletak di sebelah selatan batas wilayah kekuasaan di daerah okupasi Israel. Saat IDF menjalankan operasi Grapes of Wrath pada bulan April tahun 1996, pimpinan IDF wilayah utara memerintahkan pemboman, penjatuhan misil dari pesawat udara dan penembakan dengan senjata-senjata besar terhadap desa-desa kecil di wilayah selatan Libanon. Penyerangan tersebut ditujukan untuk menekan Pemerintah Libanon agar menyerahkan Hezbollah, mengakibatkan sekitar 400.000 warga sipil meninggalkan rumah mereka¹⁴⁸. Dimulai sejak 11 April 1966, IDF mulai pemboman secara intensif di Beirut dan lembah Bekaa. Pada tanggal 12 April tahun 1966, melalui stasiun radio SLA yang bernama *Voice of the South*, IDF mengumumkan peringatan kepada warga sipil di Libanon untuk meninggalkan kota-kota dan desa-desa di selatan Libanon. IDF juga menyatakan bahwa warga sipil yang tetap bertahan di wilayah kota-kota dan desa-desa tersebut akan dianggap memiliki hubungan dengan Hezbollah. Pada 18 April 1996, lebih dari 800 warga sipil Libanon, termasuk penggugat dan keluarganya (Belhas), mendatangi kamp UNIFIL di Kana untuk mencari perlindungan dari serangan bom yang dilakukan IDF. Warga-warga sipil yang berlindung di kamp UNIFIL merupakan warga-warga sipil dari daerah-daerah

¹⁴⁷ Belhas v. Ya’alon, 515 F.3d 1279, 1282 (D.C. Cir. 2008).

¹⁴⁸ *Ibid.*

Tyre, Kana dan gunung Al-Battam sebagai akibat dari operasi Grapes of Wrath tersebut. Sebagian besar dari warga sipil tersebut merupakan kaum wanita, anak-anak dan orang-orang tua yang terlalu miskin atau tidak memiliki alat transportasi sehingga tidak dapat mendapatkan transportasi untuk keluar dari wilayah penyerbuan itu. Pada jam 2 dini hari waktu setempat, markas batalyon tentara Fiji UNIFIL diserang oleh IDF dengan api. Tiga belas peluru dari senjata raksasa ditembakkan ke arah markas UNIFIL dan delapan diantaranya meledak di lahan yang dekat dengan tempat berkumpulnya para warga sipil. Dari fakta-fakta tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa penyerangan tersebut dilaksanakan dengan rencana untuk menyakiti orang-orang yang berada dalam kamp tersebut, bukan sekedar untuk menghancurkan benda-benda materi saja¹⁴⁹. Selagi penyerangan tersebut berlangsung, tentara-tentara IDF yang melakukan penyerangan darat mengumpulkan beberapa keluarga yang berasal dari Kana, memaksa mereka memberikan informasi tentang keberadaan Hezbollah dan saat para warga sipil ini tidak memberikan informasi, para tentara memperkosa istri-istri dan anak-anak perempuan mereka di hadapan mereka serta membunuh anak-anak laki-laki mereka dan mengancam para warga sipil ini bahwa hal yang sama akan terjadi pada mereka bila tidak segera memberitahu keberadaan Hezbollah.

Ketika penyerangan ini terjadi, Moshe Ya'alon menjabat sebagai Mayor Jenderal dan Kepala Badan Intelejen IDF¹⁵⁰. Kedudukan tersebut membuat Ya'alon bertanggung jawab akan setiap tindakan yang diambil oleh IDF termasuk setiap hal yang terjadi dalam penyerangan kamp UNIFIL sebagaimana yang dijelaskan sebelumnya. Tidak adanya perintah untuk berhenti atau pencegahan tindakan-tindakan penyiksaan kepada setiap tentara

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279, 1282 (D.C. Cir. 2008).hal.23, para.4.

IDF yang berada di bawah komandonya, menempatkan Ya'alon dalam posisi sebagai pelaku pelanggaran larangan tindakan penyiksaan¹⁵¹.

2. Putusan Hakim District of Columbia Circuit Court atas Kasus *Belhas v. Ya'Alon*

Gugatan mengenai kasus tersebut merupakan gugatan *class action* perdata yang diajukan ke hadapan pengadilan distrik Kolombia, Amerika Serikat. Hal ini dapat terjadi karena Ya'alon sedang berada di Amerika Serikat. Gugatan *class action* ini diajukan pada 4 November 2005 dengan menggunakan *Alien Tort Statute*, sebuah piagam yang dibuat pada tahun 1789 yang memungkinkan pengadilan federal memiliki yurisdiksi atas pelanggaran hukum oleh warga negara asing khususnya pelanggaran hukum kebiasaan internasional dan juga Undang-Undang Perlindungan Korban Tindakan Penyiksaan (*Torture Victim Protection Act*) yang dibuat pada tahun 1992 dan memungkinkan korban tindakan penyiksaan untuk mengajukan gugatan terhadap pelaku tindakan penyiksaan yang melakukan tindakan tersebut dengan didasarkan pada hukum nasional negara lain.

Pada tanggal 21 Februari 2005, Ya'alon lewat kuasa hukumnya Arnold & Porter LLP, mengajukan gugatan untuk melawan gugatan *class action* yang diajukan korban-korban penyerangan kamp UNIFIL. Dalam surat gugatannya, Ya'alon berargumen bahwa kasus tersebut tidak dapat disidangkan karena berkaitan dengan doktrin kebijakan politik dan doktrin tindakan negara Israel, selain itu Ya'alon juga berargumen bahwa seharusnya dia tidak bisa dipanggil ke hadapan pengadilan karena ia dilindungi oleh Undang-Undang Kekebalan Hukum Perwakilan Asing (*Foreign Sovereign Immunities Act* –selanjutnya disebut dengan “FSIA”). Bersama dengan gugatannya tersebut, Ya'alon juga melampirkan sebuah surat dari Duta Besar Israel untuk Departemen Dalam Negeri Amerika Serikat yang menyatakan bahwa apapun tindakan yang dilakukan Ya'alon pada saat penyerangan

¹⁵¹ *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279, 1282 (D.C. Cir. 2008).

tersebut, dilakukan didalam konteks melakukan tugasnya sebagai pejabat publik dan karenanya gugatan terhadap Ya'alon adalah gugatan terhadap Negara Israel juga. Pada 14 Desember 2006, Hakim Friedman mengabulkan gugatan dari Ya'alon dengan mendasarkan putusannya pada surat Duta Besar Israel kepada Departemen Dalam Negeri Amerika Serikat tersebut. Pada 12 Januari 2007, penggugat mengajukan banding terhadap kasus yang sama ke Pengadilan Tinggi Distrik Kolumbia dengan argumen utama bahwa Ya'alon melakukan tindakan penyiksaan dan melanggar norma hukum tak terbantahkan dalam hukum internasional serta fakta bahwa pada saat gugatan diajukan, Ya'alon sudah pensiun dari jabatannya sehingga tidak lagi mendapatkan kekebalan hukum FSIA.

Dalam tatanan banding, penuntut menuntut bahwa pengadilan negeri tidak memiliki kompetensi untuk meniadakan gugatan tergugat perihal imunitas. Seperti pengadilan federal lainnya, pengadilan negeri terbatas dengan yurisdiksi¹⁵². Dengan demikian, pengadilan negeri hanya memiliki yurisdiksi untuk mengadili hal-hal yang terdapat dalam konstitusi peradilannya saja. Pengadilan Tinggi telah berkali-kali menyatakan bahwa kekebalan hukum dikarenakan FSIA memberikan pengecualian terhadap satu-satunya jalan untuk yurisdiksi negara lain untuk berlaku di pengadilan Amerika Serikat¹⁵³. Pengecualian-pengecualian terhadap kekebalan hukum berdasarkan yurisdiksi negara lain ini jelas tertulis dalam hukum nasional Amerika Serikat¹⁵⁴.

3. Pertimbangan Hakim dalam Putusan Kasus

Dalam mengadili kasus ini, majelis hakim Pengadilan Tinggi Distrik Kolombia meninjau beberapa aspek yang diajukan oleh penggugat dan

¹⁵² Kasus *City of Kenosha v. Bruno*, 412 U.S. 507, 511 (1973).

¹⁵³ Kasus *Permanent Mission of India to the United Nations v. City of New York*, 548 U.S. , 127 S. Ct. 2352, 2355 (2007)

¹⁵⁴ 28 U.S.C. § 1605.

kemudian dipermasalahkan kembali oleh tergugat. Dua aspek utama yang dipermasalahkan disini adalah aplikasi kekebalan hukum menurut FSIA yang diajukan oleh tergugat dan norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* yang diajukan oleh penggugat namun dibantah oleh tergugat dan majelis hakim Pengadilan Tinggi Distrik Kolombia.

1. Aplikasi *Foreign Sovereign Immunities Act* kepada Moshe Ya'alon

Dibanding menuntut negara asing –dalam hal ini Israel, hal yang dilarang oleh ketentuan-ketentuan FSIA dibawah ketentuan mengenai ketiadaan pengecualian selain yang disebutkan dalam konstitusi, penggugat menuntut jenderal Israel yang sekalipun telah pensiun memiliki hubungan yang sangat erat dengan kejadian yang terjadi dalam kasus yang telah dijelaskan sebelumnya. Ketentuan FSIA dapat diaplikasikan kepada negara-negara asing, divisi-divisi politik, agen-agen pemerintahan dan instrumen-instrumen lainnya¹⁵⁵. Lebih jauh lagi, seorang individu yang memiliki perangkat pemerintahan dapat termasuk dalam subyek dari kekebalan hukum yang diatur dalam FSIA. Pengadilan Tinggi secara spesifik menyimpulkan bahwa penggugat hanya berfokus pada perbuatan yang dilakukan Jenderal Ya'alon dalam kapasitasnya sebagai aparat pemerintah dan tidak berhubungan dengan pilihan personal atau pertimbangan pribadinya. Sesuai dengan kasus yang diajukan, pada saat penyerangan yang terjadi di Kana, Jenderal Ya'alon adalah Kepala Badan Intelejen tentara IDF dan bertindak dibawah kekuasaan dan aturan hukum nasional Israel. Tergugat selalu menyatakan bahwa Jenderal Ya'alon memiliki tanggung jawab langsung terhadap setiap kejadian yang terjadi dalam penyerangan di Kana. Tidak ada sesuatu pun dalam kasus tersebut yang menyatakan Jenderal Ya'alon mengambil peran dalam setiap kejadian yang terjadi dalam penyerangan di Kana yang di luar kewenangannya sebagai aparat pemerintah.

¹⁵⁵ 28 U.S.C. §§ 1603–04.

Dalam kasus yang menyangkut kekebalan hukum negara lain, haruslah juga dilihat hukum nasional dari negara tersebut untuk menentukan apakah perbuatan yang dilakukan seseorang tersebut termasuk dalam kewenangannya sebagai aparatur pemerintah atau tidak¹⁵⁶. Dengan dilampirkannya surat dari Duta Besar Israel untuk Amerika Serikat yang menyatakan bahwa Jenderal Ya'alon melakukan setiap tindakannya dalam penyerangan yang terjadi di Kana dalam tugas, tanggung jawab dan kewenangannya sebagai aparatur pemerintah dan kewenangan politik yang diberikan negara Israel dan dengan demikian, membiarkan Jenderal Ya'alon dituntut atas perbuatannya itu sama saja dengan menuntut negara Israel itu sendiri, membuat kasus ini menjadi kasus dimana FSIA dapat diberlakukan diatas Undang-Undang Perlindungan Korban Tindakan Penyiksaan (*Torture Victim Protection Act*)¹⁵⁷. Sebab dapat dibuktikannya hal ini menyebabkan setiap perbuatan Jenderal Ya'alon dilindungi oleh negara Israel dengan menggunakan kekebalan hukum.

Pihak tergugat menyatakan bahwa dengan dasar ini dan dengan tidak adanya bukti akan campur tangan langsung (aktif bukan omisi) dari Jenderal Ya'alon dalam peristiwa penyerangan di Kana ini, maka berlakulah ketentuan-ketentuan dalam FSIA dan menyebabkan tidak dapat diadilinya Jenderal Ya'alon di Pengadilan Tinggi Distrik Kolombia. Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Kolombia menerima argumen ini dan memberlakukan ketentuan-ketentuan kekebalan terhadap hukum yang tercantum dalam FSIA kepada Jenderal Ya'alon dan bersama dengan itu juga meniadakan yurisdiksi yang mereka miliki untuk menyidangkan kasus ini.

5. Pengecualian norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*

Penggugat kemudian berargumen bahwa Jenderal Ya'alon melakukan tindakan yang melanggar ketentuan larangan tindakan penyiksaan dan dengan demikian melanggar ketentuan norma tak terbantahkan *jus cogens* dalam

¹⁵⁶ *Jungquist*, 115 F.3d at 1025.

¹⁵⁷ *Ibid.*

hukum internasional sehingga seharusnya tidak ada kewenangan hukum manapun yang dapat menghindarkan Jenderal Ya'alon dari keharusan mempertanggungjawabkan perbuatannya di hadapan hukum, termasuk FSIA¹⁵⁸. Hal ini sesuai dengan definisi dari norma tak terbantahkan *jus cogens* itu sendiri yaitu bahwa norma hukum *jus cogens* yang juga disebut dengan norma hukum tak terbantahkan dalam hukum internasional adalah sebuah norma yang diterima dan diakui oleh seluruh anggota komunitas masyarakat internasional yang terdiri dari negara-negara secara keseluruhan sebagai sebuah norma yang tidak dapat disimpangi dan hanya dapat diubah dengan menggunakan norma hukum internasional yang setara dengannya yaitu memiliki karakter yang sama¹⁵⁹. Penggugat menyatakan bahwa perbuatan apapun yang melanggar norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* haruslah dipertanggungjawabkan tanpa pengecualian apapun dikarenakan tidak ada hukum atau aturan apapun yang dapat meniadakan sifat tak terbantahkan dari norma hukum *jus cogens*¹⁶⁰. Hal ini mencakup kedudukan individu yang melanggar aturan norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* tersebut, entah kedudukan sebagai seorang aparatur pemerintahan ataupun tidak, dan tidak dapat dilekatkannya kekebalan hukum kepada mereka yang melanggar ketentuan norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* terutama yang mengatur soal nilai-nilai kemanusiaan. Hal demikian juga didukung dengan fakta bahwa tidak ada aparatur penegak hukum yang dapat melakukan tindakan penyiksaan dalam kewenangannya sebagai aparatur pemerintahan karena tidak ada negara yang diperkenankan untuk melakukan tindakan penyiksaan dalam situasi dan kondisi apapun¹⁶¹. Penggugat menyatakan bahwa tindakan-

¹⁵⁸ *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279, 1282 (D.C. Cir. 2008).

¹⁵⁹ Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 332 .

¹⁶⁰ Kasus *Enahoro v. Abubakar*, 408 F.3d 877, 893 (7th Cir. 2005).

¹⁶¹ Pasal 2 Konvensi Menentang Penyiksaan, Kejam, Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat Manusia 1984; *Cabiri v. Assasie-Gyimah*, 921 F. Supp. 1189, 1198 (S.D.N.Y. 1996)

tindakan seperti kejahatan perang, pembantaian ekstrajudisial, tindak pidana terhadap kemanusiaan dan tindakan kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia serta penghukuman diluar hukum merupakan pelanggaran terhadap norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*.

4. Analisis Pertimbangan Hakim dalam Putusan Kasus

Dalam pertimbangan untuk keputusan perihal kasus ini, majelis hakim melihat bahwa penggunaan norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dalam kasus ini tidak dapat dibenarkan –bahkan tidak harus dipermasalahkan lagi, karena aplikasi FSIA terhadap Jenderal Ya’alon sudah disetujui¹⁶². Menurut majelis hakim, perlindungan terhadap aparat pemerintahan lebih tinggi urgensinya dibandingkan dengan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*. Hal demikian membuat Pengadilan Tinggi Distrik Kolombia tidak memiliki yurisdiksi untuk menentukan apakah dalam kasus ini terjadi pelanggaran norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* atau tidak karena telah ditutupi dengan pengaplikasian kekebalan hukum menurut FSIA¹⁶³.

Hal demikian tentu saja bertentangan dengan karakter norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* yang seharusnya tidak bisa diderogasi oleh ketentuan norma apapun selain norma yang setara dan memiliki karakter sama dengannya. Apabila menunjuk pada pertimbangan majelis hakim dalam kasus ini dimana dikatakan bahwa perlindungan terhadap aparat pemerintahan lebih tinggi urgensinya dibandingkan dengan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*, maka dapat dikatakan bahwa majelis hakim berpendapat bahwa kekebalan hukum bagi aparat pemerintahan juga merupakan bagian dari norma hukum tak

¹⁶² Belhas v. Ya’alon, 515 F.3d 1279, 1282 (D.C. Cir. 2008).

¹⁶³ *Ibid.* hal.45. para.6.

terbantahkan *jus cogens*¹⁶⁴. Dalam konteks pembahasan kasus ini, diasumsikan bahwa pendapat majelis hakim ini adalah tepat dan larangan tindakan penyiksaan yang telah menyanggah status sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* yang terkodifikasi dalam Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional dan Konvensi Menentang Penyiksaan, Kejam, Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat Manusia diperhadapkan dengan kekebalan hukum bagi aparat pemerintah sebagaimana yang diamanatkan oleh FSIA. Apabila kedua hal yang berhadapan ini ditinjau dari beberapa aspek untuk menentukan manakah yang seharusnya mengatasi yang lain, maka seharusnya larangan tindakan penyiksaanlah yang diutamakan dibanding kekebalan hukum bagi aparat pemerintahan¹⁶⁵. Dari sudut nilai yang dibawanya, keduanya meninggikan perlindungan terhadap hak asasi manusia. Namun dalam larangan tindakan penyiksaan, subyek dan obyek dalam hubungan hukum di tindakan larangan penyiksaan adalah warga masyarakat biasa dengan negara, kondisi dimana terjadi ketimpangan kekuatan antar kedua pihak tersebut sedangkan dalam kekebalan hukum bagi aparat pemerintahan hubungan hukum yang terjadi adalah hubungan yang seimbang karena berada dalam pihak-pihak yang sama, yaitu negara. Dilihat dari hubungan ini, maka nilai yang harus lebih kuat dilindungi adalah kepentingan masyarakat, yang dalam konteks ini direpresentasikan oleh larangan tindakan penyiksaan¹⁶⁶. Selanjutnya dilihat dari sudut penerimaan dan pengakuan negara-negara anggota komunitas masyarakat, kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan lebih banyak mendapat pengakuan dari negara-negara dibanding dengan kekebalan hukum bagi aparat pemerintahan. Hal ini dapat dibuktikan dari jumlah pernyataan bersama anggota komunitas masyarakat internasional mengenai

¹⁶⁴ Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional, 23 Mei 1966.

¹⁶⁵ Donald A. Wells, *War Crimes and Laws of War* (Lanham: University Press of America, 1991) hal. 53-54.

¹⁶⁶ *Ibid.* hal. 63.

larangan tindakan penyiksaan –baik dalam hal pengaturan, pencegahan ataupun penghukuman, yang jauh lebih banyak dibandingkan dengan pernyataan bersama mengenai kekebalan hukum bagi aparat pemerintahan. Senada dengan itu, larangan tindakan penyiksaan telah memiliki kedudukan yang begitu tinggi sehingga dapat mempengaruhi hukum nasional dari tiap negara anggota komunitas masyarakat internasional untuk taat padanya sedangkan kekebalan hukum bagi aparat pemerintahan tidak dapat melakukan hal demikian bahkan dalam Konvensi Wina tentang Hubungan Diplomatik dinyatakan bahwa tiap-tiap negara pihak dapat membuat pembatasan mengenai kekebalan hukum yang disesuaikan dengan kepentingan hukum nasionalnya masing-masing¹⁶⁷.

Dengan penjelasan ini maka dapat dilihat bahwa kedudukan larangan tindakan penyiksaan yang sudah mendapat kedudukan sebagai salah satu norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* lebih tinggi dari kedudukan kekebalan hukum bagi aparat pemerintah. Dengan demikian seharusnya dengan menggunakan argumen larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*, aturan apapun dan dari manapun tidak dapat membuat pengecualian atasnya, termasuk aturan mengenai kekebalan hukum bagi aparat pemerintah¹⁶⁸. Dengan demikian seharusnya Pengadilan Tinggi Distrik Kolombia menyatakan Jenderal Ya'alón bersalah atas pelanggaran larangan tindakan penyiksaan.

¹⁶⁷ Pasal 31 ayat (1) butir a,b, dan c Konvensi Wina tentang Hubungan Diplomatik.

¹⁶⁸ Donald A. Wells, *War Crimes and Laws of War* (Lanham: University Press of America, 1991) hal. 63-54.

4.1.3. *Princz v. The Federal Republic of Germany* (U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Court)

1. Ringkasan Kasus

Saat Amerika Serikat mendeklarasikan perang terhadap Nazi Jerman pada tahun 1942, Hugo Princz, seorang warga negara Amerika yang adalah seorang Yahudi, hidup bersama dengan keluarganya di wilayah yang saat ini menjadi bagian dari negara Slovakia. Polisi Slovakia menangkap seluruh anggota keluarga Princz dengan argument bahwa mereka adalah warga negara asing yang merupakan musuh pada saat perang tersebut dan mengirim mereka kepada tentara perang Nazi. Dibandingkan mengizinkan keluarga Princz untuk kembali ke Amerika Serikat sebagai tahanan sipil yang ditukar dan dikembalikan ke wilayah Amerika Serikat oleh Palang Merah Internasional, dikarenakan kedudukan keluarga Princz yang adalah pengikut Yahudi, tentara perang Nazi –selanjutnya disebut SS, mengirim mereka ke kamp konsentrasi. Orang tua dari Mr.Princz dan adik-adik perempuannya dibunuh di wilayah Treblinka¹⁶⁹.

Pada bulan Mei tahun 1942, tentara Nazi mengangkut Princz dan kedua adik laki-laknya ke kamp konsentrasi di Auschwitz. Disana, mereka mengambil setiap identitas yang ada pada Princz, kemudian mentato tubuhnya dengan angka 36 707 dan mewajibkan Princz menggunakan seragam dengan label “USA” di dadanya. Mr.Princz dan adik-adik laki-laknya dikirim ke Auschwitz dan kemudian ke Birkenau, dimana mereka dipaksa untuk bekerja dalam perkebunan I.G. Farben yang ditujukan untuk kepentingan obat-obatan dan kimia¹⁷⁰. Selama dua tahun dipaksa bekerja di Birkenau dan Auschwitz, Princz menjadi korban dari tindak kekerasan fisik mental dan emosional yang berlangsung terus menerus. Pada saat mereka berkerja di perkebunan tersebut, kedua adik laki-laki Mr.Princz terluka dan kemudian dibiarkan mati kelaparan di “rumah sakit” di kota Birkenau, Mr.Princz dipaksa untuk menyaksikan

¹⁶⁹ *Princz v. Federal Republic of Germany*, 813 F. Supp. 22, 23 (D.D.C. 1992)

¹⁷⁰ *Ibid.*

adik-adiknya mati kelaparan. Setelah kehilangan seluruh keluarganya, Mr.Princz dikirim ke perkampungan di dekat Tembok Warsaw (daerah kumuh yang dikenal dengan nama “Warsaw Ghetto”) selama delapan bulan. Pada bulan Oktober 1944, Mr.Princz kemudian dipindahlokasikan ke kota Dachau, dimana ia dipaksa untuk bekerja di pabrik Messerschmidt. Enam bulan kemudian pada saat dapat dipastikan bahwa Amerika dan sekutunya yang akan memenangkan perang, Nazi mencoba menghapuskan seluruh bukti yang ada dari kamp konsentrasi Holocaust, termasuk keberadaan dari perbudakan para tawanan. Seluruh tawanan diberangkatkan ke Dachau untuk dihabisi¹⁷¹.

Saat tentara Amerika Serikat membebaskan Mr.Princz saat perang berakhir, ia sedang berada dalam mobil angkutan penuh dengan tahanan kamp konsentrasi yang sedang dalam perjalanan menuju tempat pembantaian. Tentara Amerika Serikat kemudian membebaskan tahanan-tahanan perang tersebut, ada yang ditempatkan di kamp mantan tawanan, namun karena Mr.Princz adalah seorang warga negara Amerika ia dikirim ke rumah sakit militer Amerika untuk perawatan. Setelah perang selesai, pemerintah Republik Federasi Jerman membentuk sebuah program rehabilitasi untuk para korban yang selamat dari kamp konsentrasi di Holocaust. Pemerintah Jerman menolak proposal Mr.Princz untuk mendapatkan dana rehabilitasi pada tahun 1955 dengan alasan bahwa Mr.Princz bukan warga negara Jerman pada saat perang berlangsung dan juga bukan seorang tahanan perang yang kabur sehingga kondisi Mr.Princz tidak memenuhi kualifikasi penerima dana rehabilitasi dari Konvensi Jenewa¹⁷². Sesungguhnya Mr.Princz memenuhi kualifikasi dari penerima dana rehabilitasi saat Jerman mengubah kriteria dari penerima dana tersebut pada tahun 1965, namun Mr.Princz tidak mengajukan proposal kembali sampai tahun 1969, saat statuta tersebut sudah mencapai batas akhirnya. Pada awal tahun 1984, Mr.Princz bersama Departemen Dalam Negeri Amerika Serikat dan anggota dewan Kongres negara bagian New

¹⁷¹ Princz v. Federal Republic of Germany, 813 F. Supp. 22, 23 (D.D.C. 1992).

¹⁷² *Ibid.*

Jersey, menggagas rangkaian permohonan kepada Pemerintah Jerman dan pemilik saham perkebunan I.G. Farben yang sekarang berada di Amerika Serikat (BASF, Hoechst, dan Bayer) untuk menyediakan rehabilitasi dalam bentuk pembayaran *ex gratia* untuk dana pensiun bagi para korban, seluruh permohonan ini ditolak oleh Pemerintah Jerman. Pada rahun 1991, saat Perjanjian Damai dengan Jerman sedang dalam tahap pembahasan di Jerman, Pemerintahan Presiden Bush menggunakan jalan diplomatik untuk menyelesaikan kasus Mr.Princz dan usaha tersebut gagal¹⁷³.

Pada tahun 1992, Mr. Princz akhirnya mengajukan gugatan kepada Pemerintah Republik Federasi Jerman lewat Pengadilan Negeri. Gugatan diajukan dengan dasar penahanan tak berdasar, pengancaman, penganiayaan secara fisik dan pengeroyokkan, pembiaran tawanan tanpa makanan dan sanitasi dan atau dalam keadaan luka serta tindakan-tindakan yang dengan sengaja dimaksudkan untuk memberikan tekanan mental kepada tawanan serta pemberian pengobatan radikal untuk menjaga kualitas fisik tawanan sebagai pekerja-pekerja perkebunan I.G. Farben dan Messerschmidt. Gugatan tersebut dibantah oleh Jerman dengan argumen bahwa pengadilan negeri tidak memiliki yurisdiksi untuk mengadili kasus tersebut disebabkan oleh kekebalan hukum karena kedaulatan negara Jerman¹⁷⁴ dan fakta bahwa Mr.Princz terlambat mengajukan permohonan dana rehabilitasi sesuai dengan ketentuan yang berlaku¹⁷⁵. Pengadilan Negeri dianggap tidak memiliki yurisdiksi untuk mengadili kasus ini¹⁷⁶.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Pasal 12(b)(1) UU Perlindungan Sipil Negara-negara Federasi Jerman.

¹⁷⁵ Pasal 12 butir(b)(6) Statuta Pemberian Dana Rehabilitasi Pemerintah Jerman bagi Korban Kamp Konsentrasi Holocaust.

¹⁷⁶ *Princz v. Federal Republic of Germany*, 813 F. Supp. 22, 23 (D.D.C. 1992).

2. Putusan Hakim U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Court terhadap kasus *Princz v. The Federal Republic of Germany*

Jerman menyatakan bahwa pengadilan negeri tidak memiliki kekuasaan hukum untuk menangani perkara Mr.Princz ini karena satu-satunya dasar untuk dapat menghukum negara dalam pengadilan nasional sudah terhalang dengan ketentuan-ketentuan dalam FSIA. Dalam membuat putusan mengenai kasus ini, majelis hakim mempertimbangkan beberapa hal, antara lain adalah: (a) hukum apa yang akan diberlakukan; (b) penggunaan Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) dan ; (c) aturan pengecualian dari FSIA tersebut. Hal yang dimaksud dengan pertimbangan mengenai hukum apa yang akan diberlakukan adalah hukum positif yang dianut oleh Pengadilan Negeri Distrik Kolombia mengenai aturan kekebalan hukum dari negara lain¹⁷⁷.

Dalam melihat kasus ini, majelis hakim mencapai kesepakatan bahwa kegiatan yang terkait dalam kasus ini bukanlah kegiatan yang bersifat komersil. Hal ini senada dengan argumen yang dinyatakan Jerman bahwa “badan hukum privat tidak melakukan kegiatan penahanan orang”. Argumen tersebut dibantah oleh Mr.Princz dengan menyatakan bahwa rezim kekuasaan Nazi, “menyewakan tahanan-tahanan untuk dipekerjakan di industri milik Jerman yang menggunakan tenaga tahanan-tahanan ini demi kepentingan komersial”. Dengan dasar inilah maka pengecualian kekebalan hukum dikarenakan kasus yang muncul adalah kasus dimana gugatan dari negara asing itu berkaitan dengan kegiatan yang bersifat komersil dinyatakan tidak dapat diberlakukan dan berakibat pada tetap berlakunya kekebalan hukum karena kedaulatan negara Jerman¹⁷⁸. Hal kedua untuk dipertimbangkan adalah aturan pengecualian kekebalan hukum atas dasar kedaulatan yang diakibatkan oleh “negara yang bersangkutan telah mengabaikan kekebalan hukumnya secara eksplisit maupun implisit”. Hal demikian dalam logika

¹⁷⁷ *Princz v. Federal Republic of Germany*, 813 F. Supp. 22, 23 (D.D.C. 1992).

¹⁷⁸ *Ibid.*

hukum internasional merupakan sesuatu yang tidak mungkin terjadi karena tidak ada dasar apapun yang logis untuk sebuah negara dengan kehendaknya sendiri mengabaikan kekebalan hukumnya ketika berhubungan dengan negara lain.

Dengan demikian maka majelis hakim memutuskan bahwa badan peradilan ini tidak memiliki yurisdiksi untuk dapat mengadili kasus Mr. Princz. Pada akhirnya, majelis hakim berkesimpulan bahwa pengecualian kekebalan hukum akibat kedaulatan negara tidak dapat diberlakukan dalam kasus ini dikarenakan oleh pengecualian ini akan mengecualikan kedaulatan negara tersebut. Hal demikian menurut majelis hakim adalah kejadian dimana sebuah norma hukum tak terbantahkan akan mengubah norma hukum tak terbantahkan lainnya. Dalam hal ini kedaulatan negara dianggap setara dan bahkan lebih tinggi dari larangan tindakan penyiksaan. Dengan demikian kedua pengecualian akan kekebalan hukum akibat kedaulatan negara yang dipertimbangkan disini tidak dapat dibuktikan. Hal ini menyebabkan gugatan Mr.Princz kepada Republik Federal Jerman, sekalipun telah menyertakan pengecualian kekebalan hukum yang didasarkan pada kedaulatan negara karena pelanggaran norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*, tidak dikabulkan oleh majelis hakim dengan alasan utama bahwa badan peradilan federal tidak memiliki kewenangan hukum untuk mengadili perkara ini¹⁷⁹.

3. Pertimbangan Hakim

Hal utama yang menjadi pusat pertimbangan hakim adalah FSIA. FSIA dicanangkan pada tahun 1976, apabila diberlakukan dalam kasus ini yang terjadi dalam kurun waktu 1942-1945 maka ketentuan FSIA akan diberlakukan secara retroaktif. Dalam aturan tersebut, asas utamanya adalah kekebalan hukum setiap warga negara asing dengan dasar kedaulatan negara tersebut, dengan berbagai pengecualiannya yang ada dalam Pasal 1605 FSIA.

¹⁷⁹ Princz v. Federal Republic of Germany, 813 F. Supp. 22, 23 (D.D.C. 1992).

Apabila tidak digunakan ketentuan-ketentuan FSIA, maka akan diasumsikan bahwa praktik-praktik pengadilan pada kasus-kasus serupa yang terjadi pada kurun waktu 1942-1945lah yang akan digunakan sebagai referensi utama. Dalam kurun waktu tersebut, yakni pada tahun 1952, Amerika Serikat dengan berdasar pada kemurahan hati dan asas komitas, memberikan status kekebalan hukum absolut terhadap setiap tuntutan-tuntutan hukum terhadap warga negara asing yang terjadi di wilayah negaranya¹⁸⁰. Pada pertengahan abad ke-20, teori kekebalan hukum akibat kedaulatan negara yang mutlak tersebut mulai mendapatkan pengakuan dan penerimaan dari anggota-anggota komunitas masyarakat internasional¹⁸¹. Dalam pendekatan ini, kekebalan hukum yang diberikan kepada warga negara asing akibat kedaulatan negara asing tersebut ada dalam wilayah hukum publik dan tidak mencakup hingga tindakan hukum privat dan komersial dari warga negara asing atau negara tersebut yang bertindak sebagai badan hukum perdata. Sampai pada saat itu, Departemen Dalam Negeri dan badan-badan peradilan Amerika Serikat masih menggunakan pendekatan kasus per kasus pada kasus-kasus yang menyinggung ranah publik warga negara asing di wilayah negaranya, apabila ada sebuah kasus dimana belum ada pendapat dari hakim sebelumnya pada kasus yang sama maka hakim dapat menentukan sendiri apakah dapat pemberian kekebalan hukum pada warga negara asing tersebut atau tidak. FSIA sendiri merupakan aturan-aturan yang dikodifikasi sesuai dengan materi-materi yang berkaitan dengan pelanggaran pidana dan sejenisnya yang terjadi di wilayah Amerika Serikat. Dalam tinjauan kasus ini, ada sebuah pertanyaan mendasar yang diajukan diantara majelis hakim yakni bisa atau tidaknya memberlakukan FSIA secara retroaktif. Terdapat argumen yang

¹⁸⁰ *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 486, 103 S.Ct. 1962, 1967, 76 L.Ed.2d 81 (1983).

¹⁸¹ Restatement (Third) of The Foreign Relations Law of the United States, Ch. 5 p. 391 (1987)

mendukung penggunaan FSIA secara retroaktif¹⁸². Hal ini ditegaskan oleh Kongres ketika menjelaskan tujuan pembentukan FSIA yaitu bahwa gugatan dari negara lain untuk menggunakan kekebalan hukumnya hanya dapat dikabulkan apabila diputuskan demikian oleh badan peradilan nasional Amerika Serikat dan sejalan dengan prinsip-prinsip yang ada dalam aturan ini (FSIA)¹⁸³. Pernyataan ini mengindikasikan bahwa aturan-aturan dalam FSIA seharusnya dapat langsung digunakan dalam kasus-kasus yang serupa dengan ini, sekalipun tindakan yang melatarbelakangi gugatan yang diajukan penggugat tidak sama. Dalam mempertimbangkan hal ini, majelis hakim berpendapat bahwa mereka tidak perlu untuk menentukan apakah aturan-aturan dalam FSIA dapat digunakan pada kejadian yang terjadi sebelum tahun 1952 atau tidak. Hal ini didasari oleh argumen bahwa sekalipun aturan-aturan dalam FSIA berlaku untuk kasus ini, tidak ada pengecualian atas kekebalan hukum bagi negara asing yang dapat diberlakukan. Di sisi lain, apabila aturan-aturan FSIA tidak diberlakukan dalam gugatan Mr.Princz, dan bahkan bila Jerman tidak kebal terhadap gugatan-gugatan atas dasar aturan hukum sebelum FSIA, maka badan peradilan federal ini tidak memiliki yurisdiksi untuk mengadili kasus ini¹⁸⁴.

Dalam aturan-aturan FSIA, kekebalan hukum yang dimiliki negara asing karena kedaulatannya tidak dapat diadili di badan peradilan apapun di Amerika Serikat kecuali keadaan yang dijelaskan dalam kasus tersebut termasuk dalam aturan-aturan pengecualian atas kekebalan hukum atau merupakan hal yang diatur pada perjanjian internasional dimana Amerika Serikat merupakan pihak di dalamnya saat FSIA dibentuk. Kasus Mr.Princz ini membawa keadaan dimana aturan-aturan dalam perjanjian internasional

¹⁸² *Union Pacific R. Co. v. Laramie Stock Yards*, 231 U.S. 190, 199, 34 S.Ct. 101, 102, 58 L.Ed. 179 (1913).

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Princz v. Federal Republic of Germany*, 813 F. Supp. 22, 23 (D.D.C. 1992).

dan dua pengecualian atas kekebalan hukum yang terdaftar dalam FSIA, yakni pengecualian atas kekebalan hukum dikarenakan “negara yang bersangkutan telah mengabaikan kekebalan hukumnya secara eksplisit maupun implisit”¹⁸⁵ dan pengecualian kekebalan hukum dikarenakan kasus yang muncul adalah kasus dimana gugatan dari negara asing itu berkaitan dengan kegiatan yang bersifat komersil. Hal membuktikan bahwa setiap pengecualian tersebut tidak berlaku atas kekebalan hukum kedaulatan suatu negara tersebut merupakan kewajiban tiap negara yang berkaitan dalam kasus¹⁸⁶.

Hal ini mendasari adanya interpretasi atas aturan pengecualian tersebut yakni pengabaian kekebalan hukum dengan dasar kedaulatan negara haruslah disebabkan oleh pelanggaran aturan hukum yang setara kekuatannya dengan kekebalan hukum karena kedaulatan negara sehingga dapat memodifikasinya, dan aturan tersebut dalam kerangka hukum internasional adalah norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*. Majelis hakim berpendapat bahwa negara asing yang melanggar aturan dasar dari kehidupan berbangsa yang beradab (dalam hal ini adalah norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*) tidak berhak diperlakukan sebagai anggota komunitas masyarakat internasional yang beradab yakni negara yang berdaulat.

Norma hukum *jus cogens* dalam prinsip hukum internasional adalah sebuah norma yang diterima oleh negara-negara anggota-anggota komunitas masyarakat hukum internasional sebagai suatu kesatuan sebagai norma yang tidak dapat diabaikan¹⁸⁷. Norma hukum tak terbantahkan tersebut menempati status tertinggi dalam hukum internasional sehingga tidak dapat dibantah, dibatalkan atau diubah oleh aturan hukum manapun kecuali yang setara

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Transamerican S.S. Corp. v. Somali Democratic Republic*, 767 F.2d 998, 1002 (D.C.Cir.1985).

¹⁸⁷ Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional, May 23, 1969, U.N.Doc. A/Conf. 39/27, 8 I.L.M. 679.

dengannya dan aturan tersebut dapat membatalkan perjanjian-perjanjian internasional ataupun aturan lainnya yang bertentangan dengannya. Berdasarkan dengan definisi tersebut, sebuah negara melakukan pelanggaran terhadap norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* apabila negara tersebut melakukan, mendukung atau membiarkan tindakan-tindakan sebagai berikut: (a) genosida; (b) perbudakan atau perdagangan budak; (c) pembunuhan atau bertanggungjawab atas hilangnya individu; (d) penyiksaan atau tindakan kejam, tidak manusiawi, merendahkan martabat manusia atau penghukuman; (e) penambahan waktu penahanan tanpa ada putusan yang mengikat; (f) diskriminasi rasial yang sistemik; (g) pola-pola tindakan yang konsisten dengan tindakan pelanggaran HAM berat¹⁸⁸. Hal ini dikuatkan dengan putusan dari Pengadilan Nuremberg yang menghukum anggota-anggota Nazi yang melakukan tindak pidana terhadap kemanusiaan.

Putusan pengadilan sebagaimana tersebut sebelumnya adalah putusan pengadilan internasional pertama yang membuat prinsip hukum internasional yang menyatakan kewajiban anggota-anggota komunitas masyarakat hukum internasional untuk mengadili dan sedapat mungkin mencegah perilaku kekerasan terhadap individu dan atau kaum minoritas dalam sebuah kelompok politik, ras atau agama yang sedang berada dalam situasi perang atau untuk menghilangkan, memperbudak dan memindahkan populasi penduduk, yang sebelumnya implisit menjadi jelas dan tidak lagi ambigu sebagai pelanggaran tindak pidana internasional¹⁸⁹. Pada tahap pertimbangan ini majelis hakim berada pada kedua titik dimana di satu sisi, pengecualian mengenai pokok masalah yang bersangkutan dengan hal-hal komersial tidak terpenuhi sehingga FSIA tetap dapat diberlakukan namun di sisi lain pengecualian penggunaan kekebalan hukum dihadapkan dengan norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* mengenai hal-hal yang berhubungan dengan prinsip-

¹⁸⁸ David F. Klein, *A Theory for the Application of the Customary International Law of Human Rights by Domestic Courts*, 13 Yale Journal of Int'l Law 332, 340 (1988).

¹⁸⁹ *Ibid.*

prinsip kemanusiaan. Majelis hakim berpendapat bahwa apabila penggunaan FSIA tetap dipertahankan ketika terjadi tindakan pelanggaran norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* akan secara serta merta menjadikan aturan-aturan yang terkandung dalam FSIA menjadi bagian dari prinsip-prinsip hukum internasional yang telah diterima anggota-anggota komunitas masyarakat internasional¹⁹⁰. Namun demikian menurut majelis hakim, tidak boleh dilupakan bahwa kekebalan hukum yang sedang dipermasalahkan ini adalah kekebalan hukum yang berasal dari kedaulatan suatu negara yang juga merupakan norma hukum tak terbantahkan. Apabila pengecualian atas kekebalan hukum ini dibiarkan terjadi maka secara serta merta keabsolutan kedaulatan sebuah negara sebagai anggota komunitas masyarakat hukum internasional pun telah terabaikan.

Pada akhirnya, majelis hakim berkesimpulan bahwa pengecualian kekebalan hukum akibat kedaulatan negara tidak dapat diberlakukan dalam kasus ini dikarenakan oleh pengecualian ini akan mengecualikan kedaulatan negara tersebut¹⁹¹. Hal demikian menurut majelis hakim adalah kejadian dimana sebuah norma hukum tak terbantahkan akan mengubah norma hukum tak terbantahkan lainnya. Dalam hal ini kedaulatan negara dianggap setara dan bahkan lebih tinggi dari larangan tindakan penyiksaan. Dengan demikian kedua pengecualian akan kekebalan hukum akibat kedaulatan negara yang dipertimbangkan disini tidak dapat dibuktikan. Hal ini menyebabkan gugatan Mr.Princz kepada Republik Federal Jerman, sekalipun telah menyertakan pengecualian kekebalan hukum yang didasarkan pada kedaulatan negara karena pelanggaran norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*, tidak dikabulkan oleh majelis hakim dengan alasan utama bahwa badan peradilan federal tidak memiliki kewenangan hukum untuk mengadili perkara ini¹⁹².

¹⁹⁰ Adam Belsky, *Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law*, 77 Cal.L.Rev. 365 (1989).

¹⁹¹ *Princz v. Federal Republic of Germany*, 813 F. Supp. 22, 23 (D.D.C. 1992).

¹⁹² *Ibid.*

4. Analisis Pertimbangan Hakim dalam Putusan Kasus

Dalam pertimbangan yang dilakukan majelis hakim Pengadilan Banding Distrik Kolombia, dikatakan bahwa pengecualian kekebalan hukum karena kedaulatan negara memiliki kedudukan yang setara atau bahkan lebih tinggi dari larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*¹⁹³. Hal ini merupakan argumen utama yang menyebabkan pengecualian kekebalan hukum tidak dapat diberlakukan dan akhirnya menyebabkan gugatan Mr.Princz tidak dikabulkan oleh majelis hakim. Dalam pertimbangan ini jelas bahwa diberlakukan aturan-aturan dalam FSIA yang memberikan kekebalan hukum bagi negara Jerman sehingga tidak dapat diadili di pengadilan federal. FSIA memberikan seperangkat aturan umum dalam pengaplikasian kekebalan hukum yang didasarkan pada kedaulatan negara beserta dengan beberapa pengecualiannya. Ruang lingkup kewenangan badan peradilan untuk mengadili perkara-perkara yang bersinggungan dengan hal ini timbul ketika muncul gugatan hukum yang memenuhi salah satu atau beberapa pengecualian tersebut sekaligus. Salah satu pengecualian yang tertulis di dalam aturan-aturan di FSIA adalah mengenai pengecualian kekebalan hukum yang dapat diberlakukan apabila sebuah negara “telah melakukan pengecualian kekebalan hukum yang didasarkan pada kedaulatan negaranya baik secara tersurat (eksplisit) maupun tersirat (implisit)”¹⁹⁴.

Dalam pertimbangan majelis hakim, ditentukan bahwa tidak ada tindakan Republik Federasi Jerman yang memenuhi unsur pengecualian tersebut sehingga tidak dapat dikatakan bahwa Republik Federasi Jerman telah mengecualikan kekebalan hukum karena kedaulatan negaranya dalam kehendaknya sendiri. Hal yang harus diperhatikan disini adalah majelis hakim tidak mempertimbangkan adanya kesempatan interpretasi salah satu unsur pengecualian tersebut yakni unsur “telah melakukan pengecualian kekebalan

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*

hukum yang didasarkan pada kedaulatan negaranya secara...tersirat (implisit)". Dalam hukum kebiasaan internasional, tidak dikenal adanya interpretasi global yang disepakati bersama mengenai tindakan negara yang mengecualikan kekebalan hukum berdasarkan kedaulatan negaranya secara tersurat (implisit) selain dari "tindakan-tindakan yang tidak sesuai dengan norma-norma hukum yang diakui oleh anggota-anggota komunitas masyarakat hukum internasional, dan atau tidak berusaha sebisa mungkin memelihara dan atau mencegah terjadinya pelanggaran norma-norma tersebut."¹⁹⁵.

Dengan mendasarkan interpretasi kalimat "pengecualian kekebalan hukum karena kedaulatan negara secara tersirat (implisit)" yang terdapat dalam FSIA pada tindakan negara sebagaimana tersebut sebelumnya, maka dapat dilihat bahwa tindakan Republik Federasi Jerman lewat Nazi dalam kasus ini telah secara nyata-nyata tidak sesuai dengan norma-norma hukum yang telah disepakati oleh anggota-anggota komunitas masyarakat hukum internasional dan tentunya tidak "sebisa mungkin memelihara dan atau mencegah terjadinya pelanggaran norma-norma hukum internasional tersebut"¹⁹⁶. Tindakan Republik Federasi Jerman lewat Nazi yang melakukan praktek-praktek kekerasan, perbudakan, pembunuhan manusia berdasarkan ciri-ciri genetika dan tindakan penyiksaann merupakan bukti nyata yang mendukung argumen bahwa negara ini tidak memelihara norma-norma hukum internasional tersebut. Dijelaskan lebih lanjut mengenai kedudukan beberapa norma hukum internasional ini sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* yang tentunya memiliki urgensi lebih tinggi untuk dipelihara dan diberlakukan dalam kehidupan komunitas masyarakat

¹⁹⁵ Adam C. Belsky et al., *Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law*, 77 CAL.L.REV. 365, 389 (1989).

¹⁹⁶ *Ibid.*

internasional, seperti larangan tindakan pembunuhan umat manusia yang didasarkan pada ciri-ciri genetika dan larangan tindakan penyiksaan¹⁹⁷.

Berdasarkan penjelasan tersebut maka dapat disimpulkan bahwa Republik Federasi Jerman mengabaikan kekebalan hukum yang dimilikinya berdasarkan kedaulatan negaranya dengan melakukan tindakan pelanggaran norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* yakni melakukan tindakan larangan tindakan penyiksaan, perbudakan dan pembunuhan berdasarkan ciri-ciri genetik. Sebagaimana diketahui bahwa norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* adalah norma hukum yang menempati kedudukan tertinggi dalam hierarki hukum internasional yang berarti bahwa norma hukum ini memiliki kekuatan yang besar untuk membatalkan demi hukum aturan-aturan lain yang bertentangan dengannya¹⁹⁸.

Norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* hidup di dalam komunitas masyarakat hukum internasional sebagai sebuah norma dasar yang diakui sebagai norma hukum tak terbantahkan. Sekalipun banyak perdebatan mengenai ruang lingkup pasti dari norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* ini, telah terdapat konsensus global mengenai larangan tindakan penyiksaan¹⁹⁹ serta pembantaian manusia berdasarkan ciri-ciri genetik dan perbudakan²⁰⁰ sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*. Hal demikian mengembalikan kembali perspektif larangan tindakan penyiksaan sebagai bagian utama dan penting dari aturan-aturan hukum internasional mengenai hak asasi manusia yang diakui internasional dan esensi dari perlindungan terhadap kemanusiaan inilah yang membuat larangan tindakan penyiksaan,

¹⁹⁷ David F. Klein, *A Theory for the Application of the Customary International Law of Human Rights by Domestic Courts*, 13 *Yale Journal of Int'l Law* 332, 340 (1988).

¹⁹⁸ *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, 859 F.2d 929, 940 (D.C.Cir.1988) .

¹⁹⁹ RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES | I02,cmt. k (I986).

²⁰⁰ *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 715 (9th Cir.1992).

pembantaian manusia berdasarkan ciri-ciri genetika dan perbudakan kemudian diakui sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*²⁰¹. Senada dengan itu juga dikatakan bahwa tidak ada hal lain yang lebih penting untuk dilindungi oleh norma-norma hukum selain hak umat manusia untuk bebas dari tindakan-tindakan kejam dan terror sadis yang dilakukan demi tujuan untuk menghancurkan kesejahteraannya sebagai manusia yang termasuk dalam kelompok bangsa, etnis, ras, atau keagamaan tertentu. Republik Federasi Jerman secara nyata-nyata telah melanggar ketentuan norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dengan melakukan tindakan-tindakan sebagaimana yang diterima oleh Mr.Princz.

Kedudukan norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* yang superior dan membawa nilai-nilai kemanusiaan yang wajib dipelihara oleh setiap anggota komunitas masyarakat hukum internasional seharusnya membangkitkan juga ketentuan yang dikenal dalam hukum kebiasaan internasional sebagai *universal jurisdiction*²⁰². Adapun hal yang disebut dengan *universal jurisdiction* ini adalah kewenangan badan peradilan baik nasional maupun internasional untuk mengadili suatu perkara hukum internasional. Hal yang apabila diberlakukan dalam kasus Mr.Princz ini akan memberikan Pengadilan Banding Distrik Kolombia wewenang untuk mengadili Republik Federasi Jerman dalam kasus ini. Hal ini lagi-lagi disebabkan oleh kedudukan norma hukum tak terbantahkan yang superior dan membawa nilai-nilai kemanusiaan yang tinggi dan wajib dilindungi oleh setiap anggota dari komunitas masyarakat hukum internasional dan oleh karenanya gugatan Mr.Princz ini pun seharusnya tidak diabaikan dengan alasan badan peradilan federal tidak memiliki wewenang yang cukup untuk mengadili kasus ini. Satu-satunya hal yang menjadi kekurangan dari gugatan

²⁰¹ Penjelasan Resmi Komite Anti Penyiksaan Perserikatan Bangsa-Bangsa terhadap Pasal 2(1) Konvensi Menentang Penyiksaan, Tindakan Kejam dan Merendahkan Martabat Manusia 1984.

²⁰² *Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, 761 F.2d 370, 378 (7th Cir.1985).

Mr.Princz dan dapat menyebabkan gugatan tersebut diabaikan adalah subyek tergugat yang dibidik oleh Mr.Princz adalah Republik Federal Jerman, suatu entitas negara yang besar dan abstrak. Tindakan-tindakan pelanggaran norma hukum yang tak terbantahkan *jus cogens* pasti dilakukan oleh seorang individu dan bukan oleh sebuah negara secara umum²⁰³. Namun hal tersebut tidaklah menghilangkan kewajiban Pengadilan Banding Distrik Kolombia untuk mengadili perkara ini berdasarkan kompetensi yang didapatnya dari *universal jurisdiction* dan mengecualikan kekebalan hukum berdasarkan kedaulatan yang digunakan Republik Federasi Jerman.

4.2. Peran Badan Peradilan Internasional terhadap Penerapan Larangan Tindakan Penyiksaan sebagai Norma Hukum yang Tak Terbantahkan (*Jus Cogens*) dalam Sistem Hukum Internasional

4.2.1. Keberlakuan Putusan Lembaga Peradilan Internasional sebagai Yurisprudensi

Purnadi Purbacaraka menyebutkan bahwa istilah Yurisprudensi berasal dari kata *yurisprudentia* (bahasa latin) yang berarti pengetahuan hukum (*rechtsgeleerdheid*). Kata yurisprudensi sebagai istilah teknis Indonesia sama artinya dengan kata “*yurisprudentie*” dalam bahasa Perancis, yaitu peradilan tetap atau bukan peradilan. Kata yurisprudensi dalam bahasa Inggris berarti teori ilmu hukum (*algemeene rechtsleer* : “General theory of law”), sedangkan untuk pengertian yurisprudensi dipergunakan istilah-istilah “Case Law” atau “Judge Made Law”. Dari segi praktek peradilan yurisprudensi adalah keputusan hakim yang selalu dijadikan pedoman hakim lain dalam memutuskan kasus-kasus yang sama²⁰⁴. Beberapa alasan seorang hakim mempergunakan putusan hakim yang lain (*yurisprudensi*) yaitu:

²⁰³ Putusan Kasus Aktivitas Militer dan Paramiliter di dalam dan kepada Nikaragua, (Nikaragua v. U.S.A.), (Merits), 1986 Laporan Mahkamah Pidana Internasional, 14- 27 Juni 1986, hal. 113-114, para. 218.

²⁰⁴ T.O. Elias, *The Modern Law of Treaties* (Leiden: Oceana Publications Inc.,1974) , hal. 51.

a. Pertimbangan Psikologis

Hal ini biasanya terutama pada keputusan oleh Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung, maka biasanya dalam hal untuk kasus-kasus yang sama hakim di bawahnya secara psikologis segan jika tidak mengikuti keputusan hakim di atasnya tersebut²⁰⁵.

b. Pertimbangan Praktis

Pertimbangan praktis ini biasanya didasarkan karena dalam suatu kasus yang sudah pernah dijatuhkan putusan oleh hakim terdahulu apalagi sudah diperkuat atau dibenarkan oleh pengadilan tinggi atau MA maka akan lebih praktis apabila hakim berikutnya memberikan putusan yang sama pula. Di samping itu apabila keputusan hakim yang tingkatannya lebih rendah memberi keputusan yang menyimpang atau berbeda dari keputusan yang lebih tinggi untuk kasus yang sama, maka keputusan tersebut biasanya tentu tidak dibenarkan/dikalahkan pada waktu putusan itu dimintakan banding atau kasasi²⁰⁶.

c. Pendapat yang sama

Pendapat yang sama biasanya terjadi karena hakim yang bersangkutan sependapat dengan keputusan hakim lain yang terlebih dahulu untuk kasus yang serupa atau sama.

Dalam pembahasan mengenai hal ini, terlihat bahwa keberlakuan putusan pengadilan yang seringkali dirujuk ketika membicarakan mengenai kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* adalah Putusan ICTY bagi Anto Furundzija, pelaku pelanggaran larangan tindakan penyiksaan. Dalam putusan tersebut dinyatakan bahwa, “Tampak ... tidak dapat ditampik bahwa penyiksaan yang dilakukan dalam masa konflik bersenjata dilarang oleh aturan umum hukum internasional. Dalam konflik bersenjata, aturan ini dapat diterapkan baik

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

sebagai bagian dari hukum kebiasaan internasional dan – jika kondisi yang dipersyaratkan terpenuhi– juga sebagai hukum perjanjian, yang isi larangannya sama.” “Nilai-nilai yang dilindungi dalam hukum tersebut dianggap penting sehingga prinsip-prinsip ini telah berkembang menjadi norma-norma *peremptory* atau *jus cogens*, yaitu norma-norma yang menduduki tingkat teratas dalam hierarki internasional dibandingkan dengan hukum perjanjian (*treaty law*) dan bahkan hukum kebiasaan. Konsekuensi dari kedudukan seperti ini adalah, bahwa prinsip-prinsip yang diatur dalam perjanjian tersebut tidak bisa dikurangi oleh Negara melalui perjanjian internasional atau lokal atau kebiasaan khusus (*special customs*) atau bahkan kebiasaan umum karena tidak didukung dengan kekuatan hukum normatif yang sama²⁰⁷.

Pemahaman demikian apabila dilihat dalam konteks bagaimana sebuah putusan dari sebuah lembaga peradilan, baik lembaga peradilan tersebut merupakan lembaga peradilan nasional maupun internasional, dapat menempatkan sesuatu hal (dalam hal ini larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*) sebagai sebuah aturan hukum yang diakui dan diterima oleh komunitas masyarakat hukum internasional, maka dapat dianggap telah melegitimasi penerimaan masyarakat terhadap larangan tindakan penyiksaan sebagai larangan tindakan penyiksaan²⁰⁸. Kemudian dijelaskan lebih lanjut bahwa sebuah putusan pengadilan yang dikeluarkan lembaga peradilan tertentu mencerminkan perspektif komunitas masyarakat internasional atas hal yang menjadi pokok masalah dalam kasus tersebut. Hal ini dikarenakan keputusan pengadilan, khususnya badan peradilan internasional, selalu didasarkan pada perjanjian-perjanjian internasional yang merupakan sumber utama hukum internasional

²⁰⁷ *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/I-T, 153 (Dec. 10, 1998).

²⁰⁸ Donald A. Wells, *War Crimes and Laws of War* (Lanham: University Press of America, 1991) hal. 40.

dan telah disepakati oleh negara-negara dengan sukarela sebagai sesuatu yang mengikat yang kemudian diinterpretasikan dengan kerangka berpikir hukum yang tepat sesuai dengan perkembangan masyarakat hukum internasional²⁰⁹.

Keberadaan putusan badan peradilan internasional yang mengakui kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* ini kembali mengukuhkan kedudukan larangan tindakan penyiksaan dalam hierarki sumber hukum internasional. Diketahui bahwa kedudukan norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* diatur dalam perjanjian internasional yaitu dalam Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional demikian juga kedudukan larangan tindakan penyiksaan yang diatur dalam beberapa perjanjian internasional sekaligus seperti Konvensi Menentang Penyiksaan, Tindakan Kejam dan Merendahkan Harkat Manusia, serta Penghukuman 1984 dan Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik 1966. Kedudukan kedua hal ini yang diatur dalam perjanjian internasional menjadikan norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dan larangan tindakan penyiksaan berkedudukan sebagai sumber hukum internasional primer, yaitu aturan hukum internasional yang daya ikatnya paling kuat karena kesepakatan anggota komunitas masyarakat hukum internasional untuk mengikatkan diri kepada aturan-aturan didalamnya paling jelas terkodifikasi²¹⁰. Keberadaan putusan pengadilan seperti Putusan ICTY bagi Anto Furundzija ini merupakan petunjuk resmi bagi pelaksanaan aturan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dalam sumber hukum primer ini oleh anggota komunitas masyarakat hukum internasional.

²⁰⁹ Donald A. Wells, *War Crimes and Laws of War* (Lanham: University Press of America, 1991) hal. 53-54.

²¹⁰ *Ibid.*

4.2.2. Hukum Kebiasaan Internasional

Kebiasaan Internasional ada pada urutan kedua dalam Pasal 38 ayat (1) Piagam Mahkamah Internasional yang membicarakan mengenai sumber hukum internasional²¹¹, namun kebiasaan internasional merupakan sumber hukum yang tertua. Sampai saat ini, sebagian besar hukum internasional terdiri dari kaidah-kaidah kebiasaan. Untuk dapat menjadi sebuah kebiasaan internasional yang diakui sebagai sumber hukum internasional, suatu kebiasaan harus mendapatkan status sebagai sebuah *opinion juris* yaitu sebuah kesepakatan Negara-negara untuk mengakui suatu kebiasaan internasional sehingga dapat diberlakukan di semua Negara dan dapat diakui sebagai salah satu sumber hukum internasional²¹². Kebiasaan internasional terbentuk melalui adat istiadat atau kebiasaan tingkah laku internasional yang belum diterima sebagai hukum. Bila adat istiadat tersebut berkembang atau dilakukan berulang-ulang, kemudian menjadi kebiasaan, maka dalam praktek mengikat sebagai hukum kebiasaan internasional. Dapat dikatakan kebiasaan sebagai sumber hukum internasional merupakan kristalisasi dari adat istiadat²¹³.

Terdapat hal menarik yang didapat dari pembahasan mengenai kebiasaan internasional sebagai sumber hukum internasional. Selain kebiasaan internasional merupakan sumber hukum tertua dalam hukum internasional, pembentukan kebiasaan internasional menjadi sumber hukum internasional juga terbilang unik. Dibutuhkan sebuah proses panjang dan pengakuan dari banyak negara (*opinion juris*) yang sebenarnya nilai dari suatu kebiasaan tersebut bagi setiap negara relatif dan berbeda-beda. Kebiasaan internasional terbentuk melalui adat istiadat atau kebiasaan tingkah laku internasional yang

²¹¹ T.O. Elias, *The Modern Law of Treaties* (Leiden: Oceana Publications Inc., 1974), hal. 71.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*

belum diterima sebagai hukum. Bilamana adat istiadat tersebut berkembang atau dilakukan berulang-ulang, kemudian menjadi kebiasaan, maka dalam praktek mengikat sebagai hukum Kebiasaan Internasional²¹⁴. Sampai saat ini, hukum internasional sebagian besar terdiri dari kaidah-kaidah kebiasaan. Kaidah-kaidah ini pada umumnya telah menjalani suatu proses yang panjang dan telah mendapatkan pengakuan oleh masyarakat internasional.

Istilah kebiasaan (*customary law*) dan adat istiadat (*custom*) sering digunakan secara bergantian, namun ada perbedaan diantara keduanya. Kebiasaan mulai apabila adat-istiadat berakhir, adat istiadat adalah suatu kebiasaan bertindak yang belum sepenuhnya memperoleh pengesahan hukum. *Viner's Abrigement* yang berkenaan dengan kebiasaan dalam hukum Inggris mengemukakan bahwa kebiasaan, sebagaimana dimaksudkan oleh hukum, adalah suatu adat istiadat yang telah memperoleh kekuatan hukum. Dalam Pasal 38 ayat (1) sub b Piagam Mahkamah Internasional, dikatakan "*International custom, as evidence of a general practice accepted as law*" yang artinya hukum kebiasaan internasional adalah kebiasaan internasional yang merupakan kebiasaan umum yang diterima sebagai hukum. Jadi, tidak semua kebiasaan dapat dijadikan sebagai sumber hukum internasional. Untuk dapat dikatakan sebagai sumber hukum internasional, sebuah kebiasaan internasional harus memenuhi unsur-unsur yaitu harus terdapat suatu kebiasaan yang bersifat umum, dan kebiasaan itu harus diterima sebagai hukum, keduanya harus terpenuhi²¹⁵. Tidak dapat dikatakan sebagai sumber hukum internasional jika keduanya atau salah satunya tidak dipenuhi. Terpenuhinya syarat yang pertama saja misalnya, namun tidak melahirkan sebuah hukum, maka bisa jadi kebiasaan tersebut hanyalah merupakan kesopanan internasional saja.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

Kebiasaan internasional dapat termasuk dalam kebiasaan yang bersifat umum jika ada sebuah pola tindak yang berlangsung lama, yang merupakan serangkaian tindakan yang serupa mengenai hal dan keadaan yang serupa pula dan harus bersifat umum dan bertalian dengan hubungan internasional. Menurut J.G Starke, unsur ini disebut sebagai syarat materiil. Secara umum, harus ada suatu tindakan berulang-ulang yang melahirkan kaidah kebiasaan. Tindakan suatu badan atau negara tidak dapat begitu saja menciptakan suatu kebiasaan dan dapat dimanfaatkan negara lain yang diuntungkan karena tindakan tersebut²¹⁶. Hukum kebiasaan harus dilakukan secara teratur dan berulang-ulang. Pertimbangan lain yang diambil adalah juga lamanya usia tindakan-tindakan yang dilakukan. Suatu kebiasaan bisa juga menjadi hukum kebiasaan dalam waktu yang singkat bila praktek negara itu telah meluas dan adanya keseragaman dalam semua tujuan praktis di negara-negara sebagai anggota komunitas masyarakat hukum internasional.

Syarat yang kedua adalah aspek psikologis yang lebih banyak dikenal dengan sebutan *opinion juris sive necessitatis*. Yang diartikan seorang ahli bahwa “keyakinan bersama bahwa pengulangan tindakan itu merupakan akibat dari suatu kaidah yang memaksa”²¹⁷. Pengulangan adat istiadat atau praktek cenderung untuk memperkuat dugaan bahwa dalam keadaan serupa di masa mendatang, tindakan atau sikap yang tidak melakukan tindakan (*absention*) demikian akan terulang lagi. Bila dugaan ini berkembang lebih jauh menjadi suatu pengakuan umum oleh negara-negara bahwa tindakan atau tidak melakukan tindakan tersebut merupakan persoalan hak dan kewajiban, maka peralihan dari adat-istiadat menjadi kebiasaan telah terjadi.

Dilihat secara praktis, suatu kebiasaan internasional dapat dikatakan diterima sebagai hukum apabila negara-negara menerimanya sebagai

²¹⁶ Donald A. Wells, *War Crimes and Laws of War* (Lanham: University Press of America, 1991) hal. 53-54.

²¹⁷ *Ibid.*

demikian, artinya tidak ada keberatan oleh negara-negara apabila kebiasaan tersebut dijadikan sebuah hukum kebiasaan²¹⁸. Keberatan dapat dinyatakan dengan berbagai cara misalnya dengan jalan diplomatik, atau dengan jalan hukum dengan mengajukan keberatan di hadapan suatu mahkamah. Dalam menilai apakah kebiasaan tersebut dapat dimasukkan kedalam hukum kebiasaan internasional, dalam kasus *West Rand Central Gold Mining Co*, Mahkamah Internasional menyatakan bahwa kebiasaan tersebut haruslah dibuktikan dengan bukti yang memuaskan bahwa kaidah yang dinyatakan itu “karena sifatnya, dan telah diterima secara luas dan umum, kaidah tersebut hampir tidak mungkin akan ditolak oleh setiap negara beradab”. Dalam hal tersebut kebiasaan yang menjadi hukum kebiasaan yang dapat dimasukkan sebagai salah satu sumber hukum internasional tersebut dikatakan telah mendapatkan pengakuan umum (*general recognition*) oleh masyarakat internasional negara-negara²¹⁹. Hal tersebutlah yang disebut *Opinio Juris*. Menurut ketentuan Mahkamah Internasional untuk menerapkan kebiasaan internasional “sebagaimana terbukti dari praktek umum yang diterima sebagai hukum” dan juga ketentuan dalam pasal 53 Konvensi Wina mengenai Hukum Traktat yang menentukan bahwa suatu norma *ius cogen* harus norma yang diterima dan diakui oleh masyarakat internasional negara-negara secara keseluruhan. Ada kalanya penerimaan kebiasaan menjadi sebuah hukum kebiasaan membutuhkan waktu yang lama sekali, namun terkadang juga ada keadaan dimana masyarakat internasional telah menerima satu pola tindakan sebagai hukum kebiasaan dalam waktu yang tidak begitu lama.

Keberadaan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* sebagai bagian dari hukum kebiasaan internasional

²¹⁸ Donald A. Wells, *War Crimes and Laws of War* (Lanham: University Press of America, 1991) hal. 53-54.

²¹⁹ Major Willard B. Cowles, “*Recent Practical Aspects of the Laws of War*,” *Tulane Law Review*, Vol. XVIII (1943) hal. 123-124.

dikukuhkan dengan adanya pernyataan tentang pemahaman bersama baik dalam tingkat internasional maupun nasional akan aturan-aturan hukum internasional yang mengatur mengenai hal ini dan mempengaruhi sikap tindak subyek-subyek hukum internasional. Dalam tataran regional, terdapat *Restatement Third of American Foreign Relations Law* yang dengan jelas menyatakan bahwa larangan tindakan penyiksaan merupakan bagian dari norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dan merupakan interpretasi resmi yang digunakan oleh masyarakat Amerika Serikat berkaitan dengan aturan hukum internasional yang diratifikasi oleh Amerika Serikat. Keberadaan pernyataan tentang pemahaman bersama ini memperlihatkan adanya sebuah pengakuan dan penerimaan oleh anggota masyarakat hukum internasional tentang status larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*.

Hasil laporan *Restatement Third of American Foreign Relations Law* menyatakan bahwa ada dua jenis *jus cogens*, yaitu: (a) larangan penggunaan kekuatan militer dan; (b) norma-norma yang berhubungan dengan hak-hak asasi manusia, yaitu larangan terhadap perbuatan-perbuatan sebagaimana diuraikan²²⁰:

1. Genosida;
2. Perbudakan dan atau perdagangan budak;
3. Pembunuhan dan atau tindakan menyalakan seorang individu;
4. Penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia;
5. Pemanjangan waktu penahanan;
6. Diskriminasi sistemik berdasarkan ras²²¹.

Restatement Third of American Foreign Relations Law kemudian melanjutkan uraian tersebut dengan membuat catatan yang menyatakan bahwa tidak semua norma hukum hak asasi manusia merupakan norma hukum tak

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.*

terbantahkan (*jus cogens*), tapi dalam hal poin (1) sampai (6) adalah norma hukum tak terbantahkan (*jus cogens*), dan perjanjian internasional yang melanggar hal-hal demikian adalah batal demi hukum. Pemberlakuan batal demi hukum ini bukan hanya berlaku untuk kaidah hukum internasional saja tetapi juga kaidah hukum nasional. Pernyataan *Restatement Third of American Foreign Relations Law* yang diterbitkan pada tahun 1987 mengenai tipe-tipe norma hukum *jus cogens* ini telah diterima oleh anggota komunitas masyarakat internasional. Hal demikian dapat dibuktikan dengan putusan-putusan lembaga peradilan, khususnya lembaga peradilan internasional, yang merujuk kepada pernyataan ini.

Sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dikukuhkan dengan produk-produk hukum yang berasal dari dan berbentuk aturan sikap tindak (*custom*) anggota-anggota masyarakat hukum internasional yang dilakukan secara terus-menerus oleh anggota masyarakat hukum internasional²²². Dikatakan sebagai “produk-produk hukum yang berasal dari dan berbentuk...” berarti bahwa aturan-aturan dalam hukum kebiasaan internasional ini dapat menjadi dasar bagi terbentuknya hukum internasional baru yang disepakati oleh anggota-anggota komunitas masyarakat hukum internasional berupa perjanjian internasional yang secara eksplisit menyatakan bahwa larangan tindakan penyiksaan adalah bagian dari norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*. Dengan demikian maka nyatalah penerimaan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* ini.

4.2.3. Peran Perserikatan Bangsa-Bangsa

Setelah PBB didirikan pasca Perang Dunia ke II tahun 1945, Hak Asasi Manusia (HAM) menjadi perbincangan publik dan pada saat itu pula telah disepakati bahwa PBB tidak bisa membiarkan negara-negara

²²²*Ibid.*

menetapkan standar-standar HAM-nya sendiri²²³. Dunia harus memiliki standar HAM yang bersifat universal sebagai standar minimum dari implementasi HAM di setiap negara didunia. Oleh karena itu negara harus duduk bersama untuk merancang standar-standar minimal tersebut. Kemudian Komisi PBB tentang HAM menyelenggarakan sidang tetapnya yang pertama bulan Februari 1947, kemudian membentuk komite kecil yang diketuai oleh Eleanor Roosevelt (istri Presiden Amerika Serikat Franklin D. Roosevelt). Komite kecil ini bekerja untuk PBB yang terdiri dari negara-negara pemenang Perang Dunia ke II, yaitu Perancis, Amerika dan Inggris yang melahirkan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) pada tanggal 10 Desember 1948²²⁴. “*No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*”, kalimat tersebut merupakan kutipan dari pasal 5 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia yang dengan tegas menyatakan bahwa tidak seorangpun boleh dianiaya atau diperlakukan secara kejam dengan tidak mengingat perikemanusiaan ataupun hukuman yang menghinakan.

Cita-cita untuk menghilangkan tindakan penyiksaan dipermukaan bumi ini tidak terlepas dari penderitaan yang teramat sangat yang dialami korban penyiksaan. Setelah Perang Dunia II, masyarakat international melalui Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa menetapkan penyiksaan tidak dapat ditolerir atau dilegimitasi oleh Negara²²⁵. Keinginan untuk melarang penyiksaan di bawah Hukum Internasional terlaksana setelah 1945, dalam hal ini tidak sedikit sumbangan dari Pengadilan Nuremberg yang menyita perhatian dunia atas tindak kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan oleh pemimpin Nazi. Korban-korban dari tindak penyiksaan tidak hanya secara fisik menderita tetapi juga terganggu sisi psikisnya. Kondisi tersebut

²²³ David P. Fidler, *Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law*, 39 GERM. Y.B. INT’L L. 198 (1996).

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

menyebabkan seseorang tidak lagi dapat menjalankan kehidupannya sebagaimana manusia pada umumnya. Hal demikian disebut sebagai pelanggaran terhadap hak asasi manusia oleh anggota-anggota komunitas masyarakat hukum internasional maka sangatlah wajar apabila dunia internasional menaruh perhatian yang besar pada masalah ini. Sudah menjadi kewajiban bagi setiap anggota komunitas masyarakat hukum internasional untuk memastikan tidak ada pelanggaran larangan tindakan penyiksaan di wilayah yuridiksinya²²⁶.

Dalam pembahasan mengenai kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*, peranan Perserikatan Bangsa-Bangsa sangat besar. Terutama dalam bidang pelaksanaan aturan-aturan dalam konvensi-konvensi yang mengatur mengenai hal ini. Jasa paling besar dari Perserikatan Bangsa-Bangsa dalam mengukuhkan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* adalah dengan membentuk Komite Anti Penyiksaan yang kedudukannya berada di bawah Majelis Umum. Dengan dibentuknya Komite Anti Penyiksaan ini, pelanggaran ketentuan-ketentuan dalam konvensi-konvensi yang mengatur larangan tindakan penyiksaan ini dapat ditindaklanjuti. Hal pertama yang mengukuhkan peran Perserikatan Bangsa-Bangsa melalui Komite Anti Penyiksaan dalam kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* ini adalah dengan dikeluarkannya penjelasan resmi mengenai Pasal 2 dan Pasal 3 dari Konvensi Menentang Penyiksaan, Tindakan Kejam, Merendahkan Martabat Manusia dan Penghukuman yang Kejam. Dalam penjelasan tersebut, dinyatakan secara jelas bahwa larangan tindakan penyiksaan adalah norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dan karenanya harus sebisa mungkin

²²⁶ Pasal 5 Konvensi Menentang Penyiksaan, dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984.

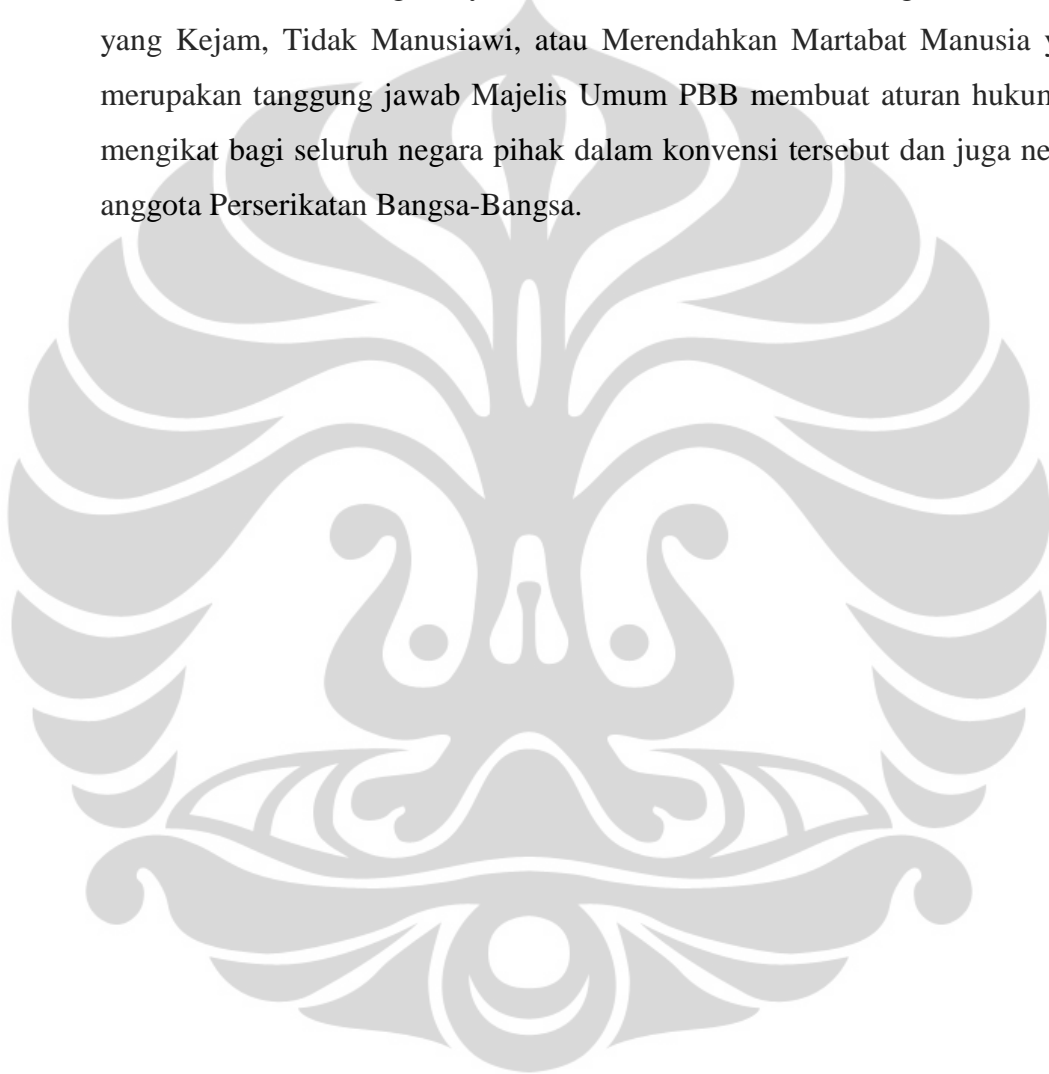
dipelihara dan dicegah pelanggarannya²²⁷. Penjelasan umum ini berlaku kepada setiap negara yang menjadi pihak dalam Konvensi Menentang Penyiksaan, dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984 ini.

Selain dari membentuk Komite Anti Penyiksaan sebagaimana dijelaskan sebelumnya, peran Perserikatan Bangsa-Bangsa lainnya adalah dengan membentuk badan-badan peradilan *ad hoc* untuk mengadakan investigasi dan menghukum negara yang melakukan pelanggaran terhadap aturan-aturan yang telah disepakati. Salah satu contoh konkrit dari peran Perserikatan Bangsa-Bangsa yang dijelaskan tersebut adalah pembentukan *International Center for Transitional Justice (ICTJ) Amicus Brief to the Indonesian Constitutional Court* yang pada bulan Juli tahun 2006 memberikan pernyataan tertulis dan menyatakan bahwa perundang-undangan yang menjadi dasar bagi Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi Indonesia (“Undang-Undang No.27/2004 Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi”) adalah bertentangan (*contravenes*) dengan hukum internasional. Pernyataan tertulis ini menyatakan bahwa Republik Indonesia melanggar hukum internasional dengan melegitimasi ketentuan-ketentuan di dalam UU KKR yang memperkenankan pemberian amnesti serta persyaratan-persyaratan lainnya di dalam Undang-Undang ini yang menempatkan hak korban untuk memperoleh reparasi (*victim's right to reparation*) di bawah syarat pemberian amnesti [bagi pelaku], yang jelas-jelas telah dilarang dalam Konvensi Menentang Penyiksaan, dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984 dan telah diratifikasi oleh Pemerintah Republik Indonesia²²⁸.

²²⁷ Committee Against Torture. *General Comments on Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. CAT/C/GC/2/24 January 2008.

²²⁸ Pernyataan Tertulis ICTJ: Keabsahan dari Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi Republik Indonesia. Juli 2006.

Dengan melihat penjelasan ini maka dapat dilihat peran Perserikatan Bangsa-Bangsa dalam mengukuhkan kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*. Pemahaman tersebut yang secara tertulis dicantumkan dalam Penjelasan Umum atas Pasal 2 Konvensi Menentang Penyiksaan, dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia yang merupakan tanggung jawab Majelis Umum PBB membuat aturan hukum ini mengikat bagi seluruh negara pihak dalam konvensi tersebut dan juga negara anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa.



BAB V

Penutup

5.1. Simpulan

Berdasarkan rumusan masalah dalam penelitian ini dan uraian serta penjelasan pada bab-bab sebelumnya, dapat disimpulkan hal-hal sebagai berikut:

Pertama, norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* merupakan sebuah norma hukum yang diterima dan diakui oleh anggota-anggota komunitas masyarakat hukum internasional sebagai norma yang memiliki kedudukan yang lebih tinggi dari norma-norma hukum lainnya dan karenanya bila ada norma hukum lain yang bertentangan dengannya dapat dinyatakan batal demi hukum. Kedudukan yang lebih tinggi ini menyebabkan norma hukum *jus cogens* memiliki sifat tidak terbantahkan kecuali dihadapkan dengan norma hukum yang setara atau berkedudukan lebih tinggi darinya.

Larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum yang tak terbantahkan *jus cogens* adalah bahwa sesuai dengan karakter aturan larangan tindakan penyiksaan dan nilai kemanusiaan yang dibawanya dan identifikasi yang dilakukan dengan menggunakan unsur-unsur norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* pada Pasal 53 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional 1969, Konvensi Menentang Penyiksaan, dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984 dan norma-norma hukum lainnya serta tinjauan mengenai betapa tingginya urgensi perlindungan hak asasi manusia yang dibawa oleh larangan tindakan penyiksaan dilihat dari aturan dalam Deklarasi Universal untuk Hak Asasi Manusia dapat dibuktikan. Hal ini menyebabkan larangan tindakan penyiksaan mendapatkan kedudukan sebagaimana norma-norma hukum yang diterima dan diakui sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* oleh komunitas masyarakat hukum internasional. Selain itu, larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum

tak terbantahkan *jus cogens* juga dapat menimbulkan daya ikat mutlak bagi setiap aturan yang mengatur mengenai hal tersebut.

Kedua, hal larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* telah dijelaskan lewat berbagai instrumen hukum internasional seperti perjanjian-perjanjian internasional dalam berbagai bentuknya, praktek anggota-anggota komunitas masyarakat hukum internasional yang menunjukkan hukum kebiasaan internasional, kesepakatan-kesepakatan anggota-anggota komunitas masyarakat hukum internasional baik di tingkat regional maupun internasional yang mengukuhkan kedudukannya dalam prinsip-prinsip hukum umum internasional yang kemudian juga dimanifestasikan dalam pertimbangan-pertimbangan hakim badan peradilan internasional dalam memutus kasus-kasus pelanggaran larangan tindakan penyiksaan. Dalam tataran perjanjian-perjanjian internasional dalam berbagai bentuknya, kedudukan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma tak terbantahkan *jus cogens* terdapat dalam beberapa konvensi sekaligus berikut dengan Penjelasan Resmi dari komisi penyusun konvensi tersebut. Adapun konvensi yang menyatakan bahwa larangan tindakan penyiksaan adalah Konvensi Menentang Penyiksaan, dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1984, Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik 1966, Deklarasi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Perlindungan Umat Manusia terhadap Tindakan Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia 1975, dan Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia 1948.

Praktek anggota-anggota komunitas masyarakat hukum internasional yang menunjukkan hukum kebiasaan internasional dan kesepakatan-kesepakatan anggota-anggota komunitas masyarakat hukum internasional baik di tingkat regional maupun internasional yang mengukuhkan kedudukannya dalam prinsip-prinsip hukum umum internasional dapat dilihat dalam kesepakatan-kesepakatan tingkat regional mengenai hal-hal apa saja yang

termasuk dalam larangan tindakan penyiksaan *jus cogens* seperti terdapat dalam *Restatement Third of American Foreign Relations Law*.

Ketiga, penerapan larangan tindakan penyiksaan sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dilihat dari kasus-kasus berikut Prosecutor v. Anto Furundzija di *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, Belhas v. Ya'Alon di *District of Columbia Circuit Court* dan Princz v. The Federal Republic of Germany di *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Court* disimpulkan masih tidak jelas. Dalam kasus Anto Furundzija, larangan tindakan penyiksaan yang mendapat status sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* digunakan secara mutlak sehingga dapat menghukum Furundzija atas perbuatannya melanggar larangan tindakan penyiksaan. Sedangkan dalam kasus Belhas dan Princz didapati bahwa ketika larangan tindakan penyiksaan dalam kedudukannya sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* dengan kekebalan hukum akibat kedaulatan negara (yang oleh beberapa ahli juga disebut-sebut sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*), larangan tindakan penyiksaan ini dikesampingkan dengan alasan badan peradilan tidak memiliki yurisdiksi untuk mengadili perkara yang menyangkut kekebalan hukum akibat kedaulatan negara. Hal ini mengherankan karena sampai saat ini belum diketahui/disepakati bahwa kekebalan hukum akibat kedaulatan negara merupakan norma hukum tak terbantahkan *jus cogens* yang berada di tingkat yang lebih tinggi dari larangan tindakan penyiksaan. Alasan badan peradilan bahwa pengadilan tidak memiliki yurisdiksi yang cukup untuk mengadili perkara-perkara yang berkaitan dengan kekebalan hukum akibat kedaulatan negara pun tidak dapat diterima karena perkara tersebut juga merupakan perkara yang berkaitan dengan larangan tindakan penyiksaan dan seperti diketahui bahwa dengan kedudukannya sebagai norma hukum tak terbantahkan *jus cogens*, larangan tindakan penyiksaan menimbulkan *universal jurisdiction* bagi badan peradilan manapun untuk dapat mengadili perkara tersebut.

Daftar Pustaka

Buku

- Atmasasmita, Romli. *Kapita Selekta Hukum Pidana Internasional*. Bandung: CV Utomo, 2004.
- Arend, Anthony Clark dan Robert J. Beck. *International Law and the Use of Force : Beyond the UN Charter Paradigm*. New York:Routledge. 1995.
- Barkin, J Samuel. *International Organization: Theories and Institution*. ed. 1. New York:Palgrace Macmillan. 2006.
- Budiarjo, Miriam. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1998.
- Burgers, Herman dan Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on The Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. United States: Martinus Nijhoff Publishers, (1988).
- Dinstein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Cambridge:Cambridge University Press. 2004.
- Dixon, Martin. *Textbook on International Law*. ed. 2. London:Blackstone Press Limited. 1993.
- Elias, T.O. *The Modern Law of Treaties*. Leiden: Oceana Publications Inc., 1974.
- El-Muhtaj, Majda. *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*. Jakarta: Prenada Media, 2005.
- Engdahl, Ola. *Protection of Personnel in Peace Operations: The Role of the 'Safety Convention' against the Background of General International Law*. Leiden:Koninklijke Brill NV. 2007.
- Frowein, J A dan R wolfrum. Ed. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 6. Netherlands:Kluwer Law International. 2002.
- Gardam, Judith. *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*. Cambridge:Cambridge University Press. 2004.

- Garner, Bryan E. Ed. *Black's Law Dictionary*. ed. 9. United State of America:West Publishing Co. 2009
- Harris, D J. *Cases and Materials on International Law*. ed. 5. London:Sweet & Maxwell. 1998.
- Howard, Rhoda E. *HAM Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya [Human Rights and The Culture Relativism]*. Diterjemahkan oleh Nughara Katjasungkana. Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 2000.
- Klabbers, Jan. *An Introduction to International Institutional Law*. Cambridge:Cambridge University Press. 2002.
- Kusumaatmadja, Mochtar dan Etty R Agoes. *Pengantar Hukum Internasional*. ed. 2. cet. Ke-1. Bandung:PT Alumni. 2003.
- Lindley-French, Julian dan Neil Macfarlane. *The North Atlantic Treaty Organization: The Enduring Alliance*. New York:Routledge. 2007.
- Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. ed. 7. London:Routledge. 1997.
- Mamudji, Sri, et al. *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*. Jakarta:Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia. 2005.
- Mauna, Boer. *Hukum Internasional Pengertian Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*. Bandung: Penerbit Alumni, 2003.
- Pearson, Frederic S. dan J. Martin Rochester. *International Relations The Global Condition in the Late Twentieth Century*. United States: McGraw-Hill, 1992.
- Provost, Rene. *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge:Cambridge University Press. 2004
- Ragazzi, Maurizia. Ed. *International Responsibility Today: Essay in Memory of Oscar Schachter*. Leiden:Koninklijke Brill NV. 2005.
- Ryan, Stephen. *United Nations and International Politics*. London: Macmillan Press, 2000.
- Schermers, G dan Niels M Blokker. *International Institutional Law: Unity Within Diversity*. ed. 4. Leiden:Koninklijke Brill NV. 2003.

- Schwarzenberger, Georg. *The Inductive Approach to International Law*. London: Stevens & Sons, 1965.
- Smit, Christian Reus. Ed. *The Politics of International Law*. Cambridge:Cambridge University Press. 2004.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Cet. 3. Jakarta:Universitas Indonesia (UI-Press). 1986.
- Starke, J G. *An Introduction to International Law*. ed. 4. London:Butterworth & CO. LTD. 1958.
- Sztucki, Jerzy. *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties, A Critical Appraisal*. New York: Springer-Verlag. 1974.
- Taylor, Telford. *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*. New York: Random House, 1970.
- United Nations. *Basic Facts About the United Nations*. New York:News and Media Division United Nations Department of Public Information. 2004.
- _____. *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict*. United Nations Publication. 2011.
- Wallace, Rebecca M M. *International Law*. ed. 2. London:Sweet & Maxwell. 1992.
- White, N D. *Keeping the Peace: the United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*. Manchester:Manchester University Press. 1993.

Peraturan

- International Committee of the Red Cross. *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention)*. Ditandatangani pada 12 Agustus 1949. Berlaku pada 21 Oktober 1950. 75 UNTS 287. <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36d2.html>>. Diakses pada 1 Juni 2012.
- _____. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*. 8 Juni 1977. 1225 UNTS 3.

<<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36b4.html>>. Diakses pada 20 Mei 2012.

International Law Commission. *Vienna Convention on the Law of Treaties*. Ditandatangani pada 23 Mei 1969 di Wina. Berlaku mulai 27 Januari 1980.

_____. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Ditandatangani pada 10 Desember 1984. Berlaku mulai 26 Juni 1987.

_____. *International Covenant on Civil and Political Rights*. Ditandatangani pada 16 Desember 1966 di New York. Berlaku mulai 23 Maret 1976.

_____. "Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts". *Yearbook of International Law Commission*. vol. II. Part Two. 2001.

The American Law Institute. *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*. 1987.

<http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=33.shtml>. Diakses pada 4 April 2012.

United Nations. *Charter of the United Nations*. 24 Oktober 1945. 1 UNTS XVI. <<http://www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml>>. Diakses pada 15 Maret 2012.

_____. *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*. Ditandatangani pada 9 Desember 1994 di New York. Berlaku mulai 15 Januari 1999.

_____. *General Comment No.2 of Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. 24 Januari 2008. CAT/C/GC/2. <<http://www.un.org/en/documents/cat/comments/chapter2.shtml>>. Diakses pada 12 Maret 2012.

_____. *Universal Declaration of Human Rights*. Diadopsi oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa pada 10 Desember 1948.

Dokumen

- Human Rights Watch. *Unacknowledged Deaths: Civilian Casualties in NATO's Air Campaign in Libya*. United States of America: Human Rights Watch. 2012. <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/libya0512webwcover.pdf>>. Diakses pada 14 Mei 2012.
- Lessons Learned Unit Department of Peacekeeping Operations United Nations. *Cooperation Between the United Nations and Regional Organizations/Arrangements in a Peacekeeping Environment*. Maret, 1999.
- United Nations Human Rights Council. *Report of the International Commission of Inquiry on Libya*. UN Doc. A/HRC/19/68. 2 Maret 2012.
- _____. *Situation of Human Rights in the Libyan Arab Jamahiriya*. UN Doc S-15/1. 25 Februari 2011.
- United Nations. *Definition of Aggression*. General Assembly Resolution 3314 (XXIX). Disahkan pada 14 Desember 1974.
- _____. *General Assembly Fifty-first Session: Report of the Secretary-General*. A/51/389. 20 September 1996.
- _____. *Human Rights Council Report of the International Commission of Inquiry to Investigate All Alleged Violations of International Human Rights Law in the Libyan Arab Jamahiriya*. 17th Session. UN Doc. A/HRC/17/44. 1 Juni 2011.
- _____. *Report of the Human Rights Council on 15th Special Session*. UN Doc. A/HRC/S-15/1. 25 Februari 2011.
- _____. *Report of the International Law Commission: Fifty-fourth Session*. Supplement No. 10 (A/57/10). New York. 2002.
- _____. *Responsibility of International Organization: Comments and Observations Received from International Organization*. UN Doc. A/CN.4/545. 25 Juni 2004.
- _____. *Security Council Resolution 1970*. UN Doc. S/RES/1970. 26 Februari 2011.
- _____. *Security Council Resolution 1973*. UN Doc. S/RES/1973. 17 Maret 2011.
- _____. *Security Council Resolution 2009*. UN Doc S/RES/2009. 16 September 2011.

United States of America. *Department of State Bulletin*. No. 2111. Juni. 1986.

Kasus

District of Columbia Circuit Court. *Belhas v. Ya'Alon*. Judgement. 515 F.3d 1279, 1282 . D.C. Cir. 2008.

_____. *Filartiga v. Pena-Irala*. Judgement. 630 F. 2d 876. 2d Cir.1980.

_____. *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*. 859 F.2d 929, 940. D.C.Cir.1988.

European Court of Human Rights Grand Chamber. *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*. Decision on Admissibility. 31 Mei 2007.

International Court of Justice. *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*. Advisory Opinion. ICJ Reports 1999.

_____. *Gabcikovo-Nagymaros*. Merits. Judgment. ICJ Report 1997.

_____. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits. Judgment. ICJ Reports 1986.

_____. *Reparation Case of Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. Advisory Opinion. ICJ Report 1949.

_____. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*. Judgment. ICJ Report 1980.

International Criminal Tribunal of Former Yugoslavia. *Prosecutor v. Furundija*. Judgement. ICTY. Case IT-95-17/1-T. Trial Chamber. 10 December 1998.

Permanent Court of International Justice. *Factory at Chorzow (Germany v. Poland)*. PCIJ (ser. A) No. 17. September. 1928.

_____. *Phosphates in Morocco*. Judgment. PCIJ Series A/B. No. 74. 1938. Reports of International Arbitration Award. *Spanish Zone of Morocco (Great Britain v. Spain)*. 1924. 2 R.I.A.A.

U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Court. *Princz v. The Federal Republic of Germany*. Judgement. 813 F. Supp. 22, 23 (D.D.C. 1992).

Artikel/Jurnal Hukum

- Abi-Saab, Georges. "The Third World and the Future of the International Legal Order". 29 *Revue Egyptienne de Droit International*, 1973. Hlm 79-92.
- Bagaric, M. and Clarke, J., "Not Enough (Official) Torture in the World? The Circumstances in which Torture is Morally Justifiable". *University of San Francisco Law Review Vol. 39. No. 3*. Spring 2005. Hlm. 34.
- Belsky, Adam. "Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law". 77 *Cal.L.Rev.* 365. 1989. Hlm. 452.
- Bianchi, Andrea. "Human Rights and the Magic of Jus Cogens". *The European Journal of International Law Vol. 19 no. 3*. 2008. Hlm. 491.
- Charlesworth, Hillary dan Christine Chinkin. "The Gender of Jus Cogens". 15 *HUM RTS. Q.* 63. 1993. Hlm. 351-358.
- Cowles, Major Willard B. "Recent Practical Aspects of the Laws of War". *Tulane Law Review*. Vol. XVIII. 1943. Hlm. 123-124.
- d'Amato, Anthony. "It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens". 6 *CONN. J. INT'L L.* 2. 1990-1991. Hlm. 6.
- Danilenko, Gennady M. "International Jus Cogens: Issues of Law-Making". 2 *EUR. J. INT'L L.* 42, 53. 1991. Hlm. 3-33.
- Franck, Thomas M dan Mohamed El Baradei. "The Codification and Progressive Development of International Law: A Unitar Study of the Role and Use of the International Law Commission". *American Journal of Interantional Law*. Juli. 1982. Hal. 1-9.
- Fidler, David P. "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law". 39 *GERM. Y.B. INT'L L.* 198. 1996. Hlm. 326.
- Jehl, Douglas. "Questions Left By C.I.A. Chief On Torture Use". *N.Y. TIMES*. (18 Maret 2006): 16.

- Klein, David F. "A Theory for the Application of the Customary International Law of Human Rights by Domestic Courts". *13 Yale Journal of Int'l Law* 332, 340. 1988. Hlm. 384.
- Lauterpacht, Hersch. "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States". *BRIT. Y.B. INT'L L.* 1950. Hlm. 220.
- Schwelb, Egon. "Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission". *61 AM. J. INT'L L.* 946. 1967. Hlm. 338.
- Schwarzenberger, Georg. "International Jus Cogens?". *43. TEX. L. Rev.* 455. 1964. Hlm. 234-236.
- Simma, Bruno and Philip Alston. "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles". *Australian Yearbook.* 1992. Hlm. 82.
- Sohn, Louis B. "The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States". *32 AM. U. L. REV. 1.* 1982. Hlm. 259-360.
- Von Verdross, Alfred. *Forbidden Treaties in International Law.* *31 AM. J. INT'L L.* 571. 1937. Hlm. 79-85.
- Weisburd, A. Mark. "The Emptiness of the Concept of Jus Cogens, As Illustrated by the War in Bosnia-Herzegovina". *17 MICH. J. INT'L. L. 1.* 1995-1996. Hlm. 258-267.
- Wilkinson, Vanessa L.D. "The New Lex Mercatoria – Reality or Academic Fantasy?". *J. INT'L ARB. (12)(2)103.* 1995. Hlm. 12-14.

Publikasi Elektronik

- Global Centre for the Responsibility to Protect. "Background Briefing: Responsibility to Protect after Libya and Cote D'ivoire". http://globalr2p.org/media/pdf/BACKGROUND_BRIEFING_R2P_AFTER_LIBYA_AND_COTE_DIVOIRE.pdf. Diakses pada 1 Juni 2012.
- International Committee of the Red Cross. "How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law". *Opinion Paper.* Maret 2008. <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>. Diakses pada 10 Mei 2012.

- Palwankar, Umesh. “Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peace-Keeping Forces”. *International Review of the Red Cross*. no.294. <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmbh.htm>>. Diakses pada 10 Mei 2012.
- Porretto, Gabriele dan Sylvain Vite. “The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law to International Organization”. *University Centre for International Humanitarian Law*. <http://www.adh-geneva.ch/docs/projets/CTR_application_du_DIH.pdf>. Diakses pada 10 Mei 2012.
- Wet, Erika de dan Michael Wood. “Collective Security”. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. <http://www.mpepil.com/sample_article?id=/epil/entries/law-9780199231690-e270&recno=2&>. Diakses pada 7 Maret 2012.

Vienna Convention on the Law of Treaties
1969



Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980.
United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331



Copyright © United Nations

2005

Vienna Convention on the Law of Treaties
Done at Vienna on 23 May 1969

The States Parties to the present Convention,

Considering the fundamental role of treaties in the history of international relations,

Recognizing the ever-increasing importance of treaties as a source of international law and as a means of developing peaceful cooperation among nations, whatever their constitutional and social systems,

Noting that the principles of free consent and of good faith and the *pacta sunt servanda* rule are universally recognized,

Affirming that disputes concerning treaties, like other international disputes, should be settled by peaceful means and in conformity with the principles of justice and international law,

Recalling the determination of the peoples of the United Nations to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties can be maintained,

Having in mind the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations, such as the principles of the equal rights and self-determination of peoples, of the sovereign equality and independence of all States, of non-interference in the domestic affairs of States, of the prohibition of the threat or use of force and of universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all,

Believing that the codification and progressive development of the law of treaties achieved in the present Convention will promote the purposes of the United Nations set forth in the Charter, namely, the maintenance of international peace and security, the development of friendly relations and the achievement of cooperation among nations,

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

Have agreed as follows:

PART I.

INTRODUCTION

Article 1

Scope of the present Convention

The present Convention applies to treaties between States.

Article 2
Use of terms

1. For the purposes of the present Convention:

- (a) “treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;
- (b) “ratification”, “acceptance”, “approval” and “accession” mean in each case the international act so named whereby a State establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty;
- (c) “full powers” means a document emanating from the competent authority of a State designating a person or persons to represent the State for negotiating, adopting or authenticating the text of a treaty, for expressing the consent of the State to be bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty;
- (d) “reservation” means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State;
- (e) “negotiating State” means a State which took part in the drawing up and adoption of the text of the treaty;
- (f) “contracting State” means a State which has consented to be bound by the treaty, whether or not the treaty has entered into force;
- (g) “party” means a State which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force;
- (h) “third State” means a State not a party to the treaty;
- (i) “international organization” means an intergovernmental organization.

2. The provisions of paragraph 1 regarding the use of terms in the present Convention are without prejudice to the use of those terms or to the meanings which may be given to them in the internal law of any State.

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

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

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

Article 4
Non-retroactivity of the present Convention

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

Article 5
Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization

The present Convention applies to any treaty which is the constituent instrument of an international organization and to any treaty adopted within an international organization without prejudice to any relevant rules of the organization.

PART II.
CONCLUSION AND ENTRY INTO FORCE OF TREATIES
SECTION 1. CONCLUSION OF TREATIES

Article 6
Capacity of States to conclude treaties

Every State possesses capacity to conclude treaties.

Article 7
Full powers

1. A person is considered as representing a State for the purpose of adopting or authenticating the text of a treaty or for the purpose of expressing the consent of the State to be bound by a treaty if:

- (a) he produces appropriate full powers; or
- (b) it appears from the practice of the States concerned or from other circumstances that their intention was to consider that person as representing the State for such purposes and to dispense with full powers.

2. In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their State:

- (a) Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty;
- (b) heads of diplomatic missions, for the purpose of adopting the text of a treaty between the accrediting State and the State to which they are accredited;
- (c) representatives accredited by States to an international conference or to an international organization or one of its organs, for the purpose of adopting the text of a treaty in that conference, organization or organ.

Article 8
Subsequent confirmation of an act performed
without authorization

An act relating to the conclusion of a treaty performed by a person who cannot be considered under article 7 as authorized to represent a State for that purpose is without legal effect unless afterwards confirmed by that State.

Article 9
Adoption of the text

1. The adoption of the text of a treaty takes place by the consent of all the States participating in its drawing up except as provided in paragraph 2.

2. The adoption of the text of a treaty at an international conference takes place by the vote of two thirds of the States present and voting, unless by the same majority they shall decide to apply a different rule.

Article 10
Authentication of the text

The text of a treaty is established as authentic and definitive:

- (a) by such procedure as may be provided for in the text or agreed upon by the States participating in its drawing up; or
- (b) failing such procedure, by the signature, signature ad referendum or initialling by the representatives of those States of the text of the treaty or of the Final Act of a conference incorporating the text.

Article 11
Means of expressing consent to be bound by a treaty

The consent of a State to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, or by any other means if so agreed.

Article 12
Consent to be bound by a treaty expressed by signature

1. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by the signature of its representative when:

- (a) the treaty provides that signature shall have that effect;
- (b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that signature should have that effect; or
- (c) the intention of the State to give that effect to the signature appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.

2. For the purposes of paragraph 1:

- (a) the initialling of a text constitutes a signature of the treaty when it is established that the negotiating States so agreed;
- (b) the signature ad referendum of a treaty by a representative, if confirmed by his State, constitutes a full signature of the treaty.

Article 13
Consent to be bound by a treaty expressed by an exchange of instruments constituting a treaty

The consent of States to be bound by a treaty constituted by instruments exchanged between them is expressed by that exchange when:

- (a) the instruments provide that their exchange shall have that effect; or
- (b) it is otherwise established that those States were agreed that the exchange of instruments should have that effect.

Article 14
Consent to be bound by a treaty expressed by ratification, acceptance or approval

1. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by ratification when:

- (a) the treaty provides for such consent to be expressed by means of ratification;
- (b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that ratification should be required;
- (c) the representative of the State has signed the treaty subject to ratification; or
- (d) the intention of the State to sign the treaty subject to ratification appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.

2. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by acceptance or approval under conditions similar to those which apply to ratification.

Article 15

Consent to be bound by a treaty expressed by accession

The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by accession when:

- (a) the treaty provides that such consent may be expressed by that State by means of accession;
- (b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession; or
- (c) all the parties have subsequently agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession.

Article 16

Exchange or deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession

Unless the treaty otherwise provides, instruments of ratification, acceptance, approval or accession establish the consent of a State to be bound by a treaty upon:

- (a) their exchange between the contracting States;
- (b) their deposit with the depositary; or
- (c) their notification to the contracting States or to the depositary, if so agreed.

Article 17

Consent to be bound by part of a treaty and choice of differing provisions

1. Without prejudice to articles 19 to 23, the consent of a State to be bound by part of a treaty is effective only if the treaty so permits or the other contracting States so agree.

2. The consent of a State to be bound by a treaty which permits a choice between differing provisions is effective only if it is made clear to which of the provisions the consent relates.

Article 18
Obligation not to defeat the object and purpose
of a treaty prior to its entry into force

A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

- (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or
- (b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.

SECTION 2. RESERVATIONS

Article 19
Formulation of reservations

A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

- (a) the reservation is prohibited by the treaty;
- (b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or
- (c) in cases not falling under subparagraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty.

Article 20
Acceptance of and objection to reservations

1. A reservation expressly authorized by a treaty does not require any subsequent acceptance by the other contracting States unless the treaty so provides.

2. When it appears from the limited number of the negotiating States and the object and purpose of a treaty that the application of the treaty in its entirety between all the parties is an essential condition of the consent of each one to be bound by the treaty, a reservation requires acceptance by all the parties.

3. When a treaty is a constituent instrument of an international organization and unless it otherwise provides, a reservation requires the acceptance of the competent organ of that organization.

4. In cases not falling under the preceding paragraphs and unless the treaty otherwise provides:

- (a) acceptance by another contracting State of a reservation constitutes the reserving State a party to the treaty in relation to that other State if or when the treaty is in force for those States;
- (b) an objection by another contracting State to a reservation does not preclude the entry into force of the treaty as between the objecting and reserving States unless a contrary intention is definitely expressed by the objecting State;
- (c) an act expressing a State's consent to be bound by the treaty and containing a reservation is effective as soon as at least one other contracting State has accepted the reservation.

5. For the purposes of paragraphs 2 and 4 and unless the treaty otherwise provides, a reservation is considered to have been accepted by a State if it shall have raised no objection to the reservation by the end of a period of twelve months after it was notified of the reservation or by the date on which it expressed its consent to be bound by the treaty, whichever is later.

Article 21

Legal effects of reservations and of objections to reservations

1. A reservation established with regard to another party in accordance with articles 19, 20 and 23:
 - (a) modifies for the reserving State in its relations with that other party the provisions of the treaty to which the reservation relates to the extent of the reservation; and
 - (b) modifies those provisions to the same extent for that other party in its relations with the reserving State.
2. The reservation does not modify the provisions of the treaty for the other parties to the treaty inter se.
3. When a State objecting to a reservation has not opposed the entry into force of the treaty between itself and the reserving State, the provisions to which the reservation relates do not apply as between the two States to the extent of the reservation.

Article 22

Withdrawal of reservations and of objections to reservations

1. Unless the treaty otherwise provides, a reservation may be withdrawn at any time and the consent of a State which has accepted the reservation is not required for its withdrawal.
2. Unless the treaty otherwise provides, an objection to a reservation may be withdrawn at any time.
3. Unless the treaty otherwise provides, or it is otherwise agreed:

(a) the withdrawal of a reservation becomes operative in relation to another contracting State only when notice of it has been received by that State;

(b) the withdrawal of an objection to a reservation becomes operative only when notice of it has been received by the State which formulated the reservation.

Article 23

Procedure regarding reservations

1. A reservation, an express acceptance of a reservation and an objection to a reservation must be formulated in writing and communicated to the contracting States and other States entitled to become parties to the treaty.

2. If formulated when signing the treaty subject to ratification, acceptance or approval, a reservation must be formally confirmed by the reserving State when expressing its consent to be bound by the treaty. In such a case the reservation shall be considered as having been made on the date of its confirmation.

3. An express acceptance of, or an objection to, a reservation made previously to confirmation of the reservation does not itself require confirmation.

4. The withdrawal of a reservation or of an objection to a reservation must be formulated in writing.

SECTION 3. ENTRY INTO FORCE AND PROVISIONAL, APPLICATION OF TREATIES

Article 24

Entry into force

1. A treaty enters into force in such manner and upon such date as it may provide or as the negotiating States may agree.

2. Failing any such provision or agreement, a treaty enters into force as soon as consent to be bound by the treaty has been established for all the negotiating States.

3. When the consent of a State to be bound by a treaty is established on a date after the treaty has come into force, the treaty enters into force for that State on that date, unless the treaty otherwise provides.

4. The provisions of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty, the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text.

Article 25
Provisional application

1. A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if:

- (a) the treaty itself so provides; or
- (b) the negotiating States have in some other manner so agreed.

2. Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State shall be terminated if that State notifies the other States between which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.

PART III.
OBSERVANCE, APPLICATION AND
INTERPRETATION OF TREATIES
SECTION 1. OBSERVANCE OF TREATIES

Article 26
“Pacta sunt servanda”

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

Article 27
Internal law and observance of treaties

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

SECTION 2. APPLICATION OF TREATIES

Article 28
Non-retroactivity of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

Article 29
Territorial scope of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.

Article 30
Application of successive treaties relating to
the same subject matter

1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States Parties to successive treaties relating to the same subject matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.

2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail.

3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.

4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one:

- (a) as between States Parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3;
- (b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations.

5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.

SECTION 3. INTERPRETATION OF TREATIES

Article 31
General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

- (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
- (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

- (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
- (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
- (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32
Supplementary means of interpretation

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

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

Article 33
Interpretation of treaties authenticated in two or more languages

1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail.

2. A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree.

3. The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text.

4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.

SECTION 4. TREATIES AND THIRD STATES

Article 34
General rule regarding third States

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

Article 35
Treaties providing for obligations for third States

An obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing.

Article 36
Treaties providing for rights for third States

1. A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides.

2. A State exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty.

Article 37
Revocation or modification of obligations or rights of third States

1. When an obligation has arisen for a third State in conformity with article 35, the obligation may be revoked or modified only with the consent of the parties to the treaty and of the third State, unless it is established that they had otherwise agreed.

2. When a right has arisen for a third State in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State.

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

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

PART IV.
AMENDMENT AND
MODIFICATION OF TREATIES

Article 39
General rule regarding the amendment of treaties

A treaty may be amended by agreement between the parties. The rules laid down in Part II apply to such an agreement except insofar as the treaty may otherwise provide.

Article 40
Amendment of multilateral treaties

1. Unless the treaty otherwise provides, the amendment of multilateral treaties shall be governed by the following paragraphs.

2. Any proposal to amend a multilateral treaty as between all the parties must be notified to all the contracting States, each one of which shall have the right to take part in:

- (a) the decision as to the action to be taken in regard to such proposal;
- (b) the negotiation and conclusion of any agreement for the amendment of the treaty.

3. Every State entitled to become a party to the treaty shall also be entitled to become a party to the treaty as amended.

4. The amending agreement does not bind any State already a party to the treaty which does not become a party to the amending agreement; article 30, paragraph 4 (b), applies in relation to such State.

5. Any State which becomes a party to the treaty after the entry into force of the amending agreement shall, failing an expression of a different intention by that State:

- (a) be considered as a party to the treaty as amended; and
- (b) be considered as a party to the unamended treaty in relation to any party to the treaty not bound by the amending agreement.

Article 41
*Agreements to modify multilateral treaties between
certain of the parties only*

1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if:

- (a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or
- (b) the modification in question is not prohibited by the treaty and:
 - (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;
 - (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.

2. Unless in a case falling under paragraph 1 (a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides.

PART V.
INVALIDITY, TERMINATION AND SUSPENSION OF THE OPERATION OF TREATIES
SECTION 1. GENERAL PROVISIONS

Article 42
Validity and continuance in force of treaties

1. The validity of a treaty or of the consent of a State to be bound by a treaty may be impeached only through the application of the present Convention.

2. The termination of a treaty, its denunciation or the withdrawal of a party, may take place only as a result of the application of the provisions of the treaty or of the present Convention. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty.

Article 43
Obligations imposed by international law independently of a treaty

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

Article 44
Separability of treaty provisions

1. A right of a party, provided for in a treaty or arising under article 56, to denounce, withdraw from or suspend the operation of the treaty may be exercised only with respect to the whole treaty unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree.

2. A ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty recognized in the present Convention may be invoked only with respect to the whole treaty except as provided in the following paragraphs or in article 60.

3. If the ground relates solely to particular clauses, it may be invoked only with respect to those clauses where:

- (a) the said clauses are separable from the remainder of the treaty with regard to their application;
- (b) it appears from the treaty or is otherwise established that acceptance of those clauses was not an essential basis of the consent of the other party or parties to be bound by the treaty as a whole; and
- (c) continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust.

4. In cases falling under articles 49 and 50, the State entitled to invoke the fraud or corruption may do so with respect either to the whole treaty or, subject to paragraph 3, to the particular clauses alone.

5. In cases falling under articles 51, 52 and 53, no separation of the provisions of the treaty is permitted.

Article 45

Loss of a right to invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty

A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts:

- (a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or
- (b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be.

SECTION 2. INVALIDITY OF TREATIES

Article 46

Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties

1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.

2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

Article 47

Specific restrictions on authority to express the consent of a State

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

Article 48

Error

1. A State may invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty if the error relates to a fact or situation which was assumed by that State to exist at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of its consent to be bound by the treaty.

2. Paragraph 1 shall not apply if the State in question contributed by its own conduct to the error or if the circumstances were such as to put that State on notice of a possible error.

3. An error relating only to the wording of the text of a treaty does not affect its validity; article 79 then applies.

Article 49

Fraud

If a State has been induced to conclude a treaty by the fraudulent conduct of another negotiating State, the State may invoke the fraud as invalidating its consent to be bound by the treaty.

Article 50

Corruption of a representative of a State

If the expression of a State's consent to be bound by a treaty has been procured through the corruption of its representative directly or indirectly by another negotiating State, the State may invoke such corruption as invalidating its consent to be bound by the treaty.

Article 51

Coercion of a representative of a State

The expression of a State's consent to be bound by a treaty which has been procured by the coercion of its representative through acts or threats directed against him shall be without any legal effect.

Article 52

Coercion of a State by the threat or use of force

A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.

Article 53

Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law ("jus cogens")

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, 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.

SECTION 3. TERMINATION AND SUSPENSION
OF THE OPERATION OF TREATIES

Article 54

*Termination of or withdrawal from a treaty under
its provisions or by consent of the parties*

The termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place:

- (a) in conformity with the provisions of the treaty; or
- (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

Article 55

*Reduction of the parties to a multilateral treaty below the
number necessary for its entry into force*

Unless the treaty otherwise provides, a multilateral treaty does not terminate by reason only of the fact that the number of the parties falls below the number necessary for its entry into force.

Article 56

*Denunciation of or withdrawal from a treaty containing no
provision regarding termination, denunciation or withdrawal*

1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless:

- (a) it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or
- (b) a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty.

2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1.

Article 57

*Suspension of the operation of a treaty under its
provisions or by consent of the parties*

The operation of a treaty in regard to all the parties or to a particular party may be suspended:

- (a) in conformity with the provisions of the treaty; or
- (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

Article 58
Suspension of the operation of a multilateral treaty by
agreement between certain of the parties only

1. Two or more parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to suspend the operation of provisions of the treaty, temporarily and as between themselves alone, if:

- (a) the possibility of such a suspension is provided for by the treaty; or
- (b) the suspension in question is not prohibited by the treaty and:
 - (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;
 - (ii) is not incompatible with the object and purpose of the treaty.

2. Unless in a case falling under paragraph 1 (a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of those provisions of the treaty the operation of which they intend to suspend.

Article 59
Termination or suspension of the operation of a treaty
implied by conclusion of a later treaty

1. A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject matter and:

- (a) it appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or
- (b) the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time.

2. The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the later treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties.

Article 60
Termination or suspension of the operation of a treaty
as a consequence of its breach

1. A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part.

2. A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entitles:

- (a) the other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either:

- (i) in the relations between themselves and the defaulting State; or
- (ii) as between all the parties;

(b) a party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State;

(c) any party other than the defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty.

3. A material breach of a treaty, for the purposes of this article, consists in:

- (a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or
- (b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.

4. The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.

5. Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties.

Article 61
Supervening impossibility of performance

1. A party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it if the impossibility results from the permanent disappearance or destruction of an object indispensable for the execution of the treaty. If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty.

2. Impossibility of performance may not be invoked by a party as a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty if the impossibility is the result of a breach by that party either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

Article 62
Fundamental change of circumstances

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless:

- (a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and

(b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty:

(a) if the treaty establishes a boundary; or

(b) if the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty.

Article 63

Severance of diplomatic or consular relations

The severance of diplomatic or consular relations between parties to a treaty does not affect the legal relations established between them by the treaty except insofar as the existence of diplomatic or consular relations is indispensable for the application of the treaty.

Article 64

Emergence of a new peremptory norm of general international law ("jus cogens")

If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

SECTION 4.

PROCEDURE

Article 65

Procedure to be followed with respect to invalidity, termination, withdrawal from or suspension of the operation of a treaty

1. A party which, under the provisions of the present Convention, invokes either a defect in its consent to be bound by a treaty or a ground for impeaching the validity of a treaty, terminating it, withdrawing from it or suspending its operation, must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefor.

2. If, after the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party making the notification may carry out in the manner provided in article 67 the measure which it has proposed.

3.If, however, objection has been raised by any other party, the parties shall seek a solution through the means indicated in Article 33 of the Charter of the United Nations.

4.Nothing in the foregoing paragraphs shall affect the rights or obligations of the parties under any provisions in force binding the parties with regard to the settlement of disputes.

5.Without prejudice to article 45, the fact that a State has not previously made the notification prescribed in paragraph 1 shall not prevent it from making such notification in answer to another party claiming performance of the treaty or alleging its violation.

Article 66

Procedures for judicial settlement, arbitration and conciliation

If, under paragraph 3 of article 65, no solution has been reached within a period of 12 months following the date on which the objection was raised, the following procedures shall be followed:

(a) any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of article 53 or 64 may, by a written application, submit it to the International Court of Justice for a decision unless the parties by common consent agree to submit the dispute to arbitration;

(b) any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of any of the other articles in part V of the present Convention may set in motion the procedure specified in the Annex to the Convention by submitting a request to that effect to the Secretary-General of the United Nations.

Article 67

Instruments for declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty

1.The notification provided for under article 65, paragraph 1, must be made in writing.

2.Any act of declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty pursuant to the provisions of the treaty or of paragraphs 2 or 3 of article 65 shall be carried out through an instrument communicated to the other parties. If the instrument is not signed by the Head of State, Head of Government or Minister for Foreign Affairs, the representative of the State communicating it may be called upon to produce full powers.

Article 68

Revocation of notifications and instruments provided for in articles 65 and 67

A notification or instrument provided for in article 65 or 67 may be revoked at any time before it takes effect.

SECTION 5. CONSEQUENCES OF THE INVALIDITY, TERMINATION
OR SUSPENSION OF THE OPERATION OF A TREATY

Article 69
Consequences of the invalidity of a treaty

1. A treaty the invalidity of which is established under the present Convention is void. The provisions of a void treaty have no legal force.

2. If acts have nevertheless been performed in reliance on such a treaty:

- (a) each party may require any other party to establish as far as possible in their mutual relations the position that would have existed if the acts had not been performed;
- (b) acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful by reason only of the invalidity of the treaty.

3. In cases falling under article 49, 50, 51 or 52, paragraph 2 does not apply with respect to the party to which the fraud, the act of corruption or the coercion is imputable.

4. In the case of the invalidity of a particular State's consent to be bound by a multilateral treaty, the foregoing rules apply in the relations between that State and the parties to the treaty.

Article 70
Consequences of the termination of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

- (a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;
- (b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination.

2. If a State denounces or withdraws from a multilateral treaty, paragraph 1 applies in the relations between that State and each of the other parties to the treaty from the date when such denunciation or withdrawal takes effect.

Article 71
*Consequences of the invalidity of a treaty which conflicts
with a peremptory norm of general international law*

1. In the case of a treaty which is void under article 53 the parties shall:

- (a) eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provision which conflicts with the peremptory norm of general international law; and

(b) bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm of general international law.

2. In the case of a treaty which becomes void and terminates under article 64, the termination of the treaty:

(a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;

(b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination, provided that those rights, obligations or situations may thereafter be maintained only to the extent that their maintenance is not in itself in conflict with the new peremptory norm of general international law.

Article 72

Consequences of the suspension of the operation of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the suspension of the operation of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

(a) releases the parties between which the operation of the treaty is suspended from the obligation to perform the treaty in their mutual relations during the period of the suspension;

(b) does not otherwise affect the legal relations between the parties established by the treaty.

2. During the period of the suspension the parties shall refrain from acts tending to obstruct the resumption of the operation of the treaty.

PART VI.

MISCELLANEOUS PROVISIONS

Article 73

Cases of State succession, State responsibility and outbreak of hostilities

The provisions of the present Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty from a succession of States or from the international responsibility of a State or from the outbreak of hostilities between States.

Article 74

Diplomatic and consular relations and the conclusion of treaties

The severance or absence of diplomatic or consular relations between two or more States does not prevent the conclusion of treaties between those States. The conclusion of a treaty does not in itself affect the situation in regard to diplomatic or consular relations.

Article 75
Case of an aggressor State

The provisions of the present Convention are without prejudice to any obligation in relation to a treaty which may arise for an aggressor State in consequence of measures taken in conformity with the Charter of the United Nations with reference to that State's aggression.

PART VII.
DEPOSITARIES, NOTIFICATIONS,
CORRECTIONS AND REGISTRATION

Article 76
Depositaries of treaties

1. The designation of the depositary of a treaty may be made by the negotiating States, either in the treaty itself or in some other manner. The depositary may be one or more States, an international organization or the chief administrative officer of the organization.

2. The functions of the depositary of a treaty are international in character and the depositary is under an obligation to act impartially in their performance. In particular, the fact that a treaty has not entered into force between certain of the parties or that a difference has appeared between a State and a depositary with regard to the performance of the latter's functions shall not affect that obligation.

Article 77
Functions of depositaries

1. The functions of a depositary, unless otherwise provided in the treaty or agreed by the contracting States, comprise in particular:

- (a) keeping custody of the original text of the treaty and of any full powers delivered to the depositary;
- (b) preparing certified copies of the original text and preparing any further text of the treaty in such additional languages as may be required by the treaty and transmitting them to the parties and to the States entitled to become parties to the treaty;
- (c) receiving any signatures to the treaty and receiving and keeping custody of any instruments, notifications and communications relating to it;
- (d) examining whether the signature or any instrument, notification or communication relating to the treaty is in due and proper form and, if need be, bringing the matter to the attention of the State in question;
- (e) informing the parties and the States entitled to become parties to the treaty of acts, notifications and communications relating to the treaty;

- (f) informing the States entitled to become parties to the treaty when the number of signatures or of instruments of ratification, acceptance, approval or accession required for the entry into force of the treaty has been received or deposited;
- (g) registering the treaty with the Secretariat of the United Nations;
- (h) performing the functions specified in other provisions of the present Convention.

2. In the event of any difference appearing between a State and the depositary as to the performance of the latter's functions, the depositary shall bring the question to the attention of the signatory States and the contracting States or, where appropriate, of the competent organ of the international organization concerned.

Article 78
Notifications and communications

Except as the treaty or the present Convention otherwise provide, any notification or communication to be made by any State under the present Convention shall:

- (a) if there is no depositary, be transmitted direct to the States for which it is intended, or if there is a depositary, to the latter;
- (b) be considered as having been made by the State in question only upon its receipt by the State to which it was transmitted or, as the case may be, upon its receipt by the depositary;
- (c) if transmitted to a depositary, be considered as received by the State for which it was intended only when the latter State has been informed by the depositary in accordance with article 77, paragraph 1 (e).

Article 79
Correction of errors in texts or in certified copies
of treaties

1. Where, after the authentication of the text of a treaty, the signatory States and the contracting States are agreed that it contains an error, the error shall, unless they decide upon some other means of correction, be corrected:

- (a) by having the appropriate correction made in the text and causing the correction to be initialled by duly authorized representatives;
- (b) by executing or exchanging an instrument or instruments setting out the correction which it has been agreed to make; or
- (c) by executing a corrected text of the whole treaty by the same procedure as in the case of the original text.

2. Where the treaty is one for which there is a depositary, the latter shall notify the signatory States and the contracting States of the error and of the proposal to correct it and shall specify an appropriate time-limit within which objection to the proposed correction may be raised. If, on the expiry of the time-limit:

(a) no objection has been raised, the depositary shall make and initial the correction in the text and shall execute a procès-verbal of the rectification of the text and communicate a copy of it to the parties and to the States entitled to become parties to the treaty;

(b) an objection has been raised, the depositary shall communicate the objection to the signatory States and to the contracting States.

3. The rules in paragraphs 1 and 2 apply also where the text has been authenticated in two or more languages and it appears that there is a lack of concordance which the signatory States and the contracting States agree should be corrected.

4. The corrected text replaces the defective text *ab initio*, unless the signatory States and the contracting States otherwise decide.

5. The correction of the text of a treaty that has been registered shall be notified to the Secretariat of the United Nations.

6. Where an error is discovered in a certified copy of a treaty, the depositary shall execute a procès-verbal specifying the rectification and communicate a copy of it to the signatory States and to the contracting States.

Article 80

Registration and publication of treaties

1. Treaties shall, after their entry into force, be transmitted to the Secretariat of the United Nations for registration or filing and recording, as the case may be, and for publication.

2. The designation of a depositary shall constitute authorization for it to perform the acts specified in the preceding paragraph.

PART VIII.

FINAL PROVISIONS

Article 81

Signature

The present Convention shall be open for signature by all States Members of the United Nations or of any of the specialized agencies or of the International Atomic Energy Agency or parties to the Statute of the International Court of Justice, and by any other State invited by the General Assembly of the United Nations to become a party to the Convention, as follows: until 30 November 1969, at the

Federal Ministry for Foreign Affairs of the Republic of Austria, and subsequently, until 30 April 1970, at United Nations Headquarters, New York.

Article 82
Ratification

The present Convention is subject to ratification. The instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 83
Accession

The present Convention shall remain open for accession by any State belonging to any of the categories mentioned in article 81. The instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 84
Entry into force

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

Article 85
Authentic texts

The original of the present Convention, of which the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned Plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed the present Convention.

DONE at Vienna this twenty-third day of May, one thousand nine hundred and sixty-nine.

ANNEX

1. A list of conciliators consisting of qualified jurists shall be drawn up and maintained by the Secretary-General of the United Nations. To this end, every State which is a Member of the United Nations or a party to the present Convention shall be invited to nominate two conciliators, and the names of the persons so nominated shall constitute the list. The term of a conciliator, including that of any conciliator nominated to fill a casual vacancy, shall be five years and may be renewed. A conciliator whose term expires shall continue to fulfil any function for which he shall have been chosen under the following paragraph.

2. When a request has been made to the Secretary-General under article 66, the Secretary-General shall bring the dispute before a conciliation commission constituted as follows:

The State or States constituting one of the parties to the dispute shall appoint:

(a) one conciliator of the nationality of that State or of one of those States, who may or may not be chosen from the list referred to in paragraph 1; and

(b) one conciliator not of the nationality of that State or of any of those States, who shall be chosen from the list.

The State or States constituting the other party to the dispute shall appoint two conciliators in the same way. The four conciliators chosen by the parties shall be appointed within sixty days following the date on which the Secretary-General receives the request.

The four conciliators shall, within sixty days following the date of the last of their own appointments, appoint a fifth conciliator chosen from the list, who shall be chairman.

If the appointment of the chairman or of any of the other conciliators has not been made within the period prescribed above for such appointment, it shall be made by the Secretary-General within sixty days following the expiry of that period. The appointment of the chairman may be made by the Secretary-General either from the list or from the membership of the International Law Commission. Any of the periods within which appointments must be made may be extended by agreement between the parties to the dispute.

Any vacancy shall be filled in the manner prescribed for the initial appointment.

3. The Conciliation Commission shall decide its own procedure. The Commission, with the consent of the parties to the dispute, may invite any party to the treaty to submit to it its views orally or in writing. Decisions and recommendations of the Commission shall be made by a majority vote of the five members.

4. The Commission may draw the attention of the parties to the dispute to any measures which might facilitate an amicable settlement.

5. The Commission shall hear the parties, examine the claims and objections, and make proposals to the parties with a view to reaching an amicable settlement of the dispute.

6. The Commission shall report within twelve months of its constitution. Its report shall be deposited with the Secretary-General and transmitted to the parties to the dispute. The report of the Commission, including any conclusions stated therein regarding the facts or questions of law, shall not be binding upon the parties and it shall have no other character than that of recommendations submitted for the consideration of the parties in order to facilitate an amicable settlement of the dispute.

7. The Secretary-General shall provide the Commission with such assistance and facilities as it may require. The expenses of the Commission shall be borne by the United Nations.



Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984

entry into force 26 June 1987, in accordance with article 27 (1)

The States Parties to this Convention,

Considering that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,

Recognizing that those rights derive from the inherent dignity of the human person,

Considering the obligation of States under the Charter, in particular Article 55, to promote universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms,

Having regard to article 5 of the Universal Declaration of Human Rights and article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, both of which provide that no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,

Having regard also to the Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted by the General Assembly on 9 December 1975,

Desiring to make more effective the struggle against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment throughout the world,

Have agreed as follows:

PART I

Article 1

1. For the purposes of this Convention, the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

2. This article is without prejudice to any international instrument or national legislation which does or may contain provisions of wider application.

Article 2

1. Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction.

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 a justification of torture.

3. An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture.

Article 3

1. No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

Article 4

1. Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture. 2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature.

Article 5

1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 4 in the following cases: (a) When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;

(b) When the alleged offender is a national of that State;

(c) When the victim is a national of that State if that State considers it appropriate.

2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph I of this article.

3. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law.

Article 6

1. Upon being satisfied, after an examination of information available to it, that the circumstances so warrant, any State Party in whose territory a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is present shall take him into custody or take other legal measures to ensure his presence. The custody and other legal measures shall be as provided in the law of that State but may be continued only for such time as is necessary to enable any criminal or extradition proceedings to be instituted.

2. Such State shall immediately make a preliminary inquiry into the facts.

3. Any person in custody pursuant to paragraph I of this article shall be assisted in communicating immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he is a national, or, if he is a stateless person, with the representative of the State where he usually resides.

4. When a State, pursuant to this article, has taken a person into custody, it shall immediately notify the States referred to in article 5, paragraph 1, of the fact that such person is in custody and of the circumstances which warrant his detention. The State which makes the preliminary inquiry contemplated in paragraph 2 of this article shall promptly report its findings to the said States and shall indicate whether it intends to exercise jurisdiction.

Article 7

1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

2. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State. In the cases referred to in article 5, paragraph 2, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 5, paragraph 1.

3. Any person regarding whom proceedings are brought in connection with any of the offences referred to in article 4 shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings.

Article 8

1. The offences referred to in article 4 shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between States Parties. States Parties undertake to include such offences as extraditable offences in every extradition treaty to be concluded between them.

2. If a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention as the legal basis for extradition in respect of such offences. Extradition shall be subject to the other conditions provided by the law of the requested State.

3. States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize such offences as extraditable offences between themselves subject to the conditions provided by the law of the requested State.

4. Such offences shall be treated, for the purpose of extradition between States Parties, as if they had been committed not only in the place in which they occurred but also in the territories of the States required to establish their jurisdiction in accordance with article 5, paragraph 1.

Article 9

1. States Parties shall afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal proceedings brought in respect of any of the offences referred to in article 4, including the supply of all evidence at their disposal necessary for the proceedings.

2. States Parties shall carry out their obligations under paragraph 1 of this article in conformity with any treaties on mutual judicial assistance that may exist between them.

Article 10

1. Each State Party shall ensure that education and information regarding the prohibition against torture are fully included in the training of law enforcement personnel, civil or military, medical personnel, public officials and other persons who may be involved in the custody, interrogation or treatment of any individual subjected to any form of arrest, detention or imprisonment.

2. Each State Party shall include this prohibition in the rules or instructions issued in regard to the duties and functions of any such person.

Article 11

Each State Party shall keep under systematic review interrogation rules, instructions, methods and practices as well as arrangements for the custody and treatment of persons subjected to any form of arrest, detention or imprisonment in any territory under its jurisdiction, with a view to preventing any cases of torture.

Article 12

Each State Party shall ensure that its competent authorities proceed to a prompt and impartial investigation, wherever there is reasonable ground to believe that an act of torture has been committed in any territory under its jurisdiction.

Article 13

Each State Party shall ensure that any individual who alleges he has been subjected to torture in any territory under its jurisdiction has the right to complain to, and to have his case promptly and impartially examined by, its competent authorities. Steps shall be taken to ensure that the complainant and witnesses are protected against all ill-treatment or intimidation as a consequence of his complaint or any evidence given.

Article 14

1. Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of torture, his dependants shall be entitled to compensation.

2. Nothing in this article shall affect any right of the victim or other persons to compensation which may exist under national law.

Article 15

Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made.

Article 16

1. Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article I, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. In particular, the obligations contained in articles 10, 11, 12 and 13 shall apply with the substitution for references to torture of references to other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

2. The provisions of this Convention are without prejudice to the provisions of any other international instrument or national law which prohibits cruel, inhuman or degrading treatment or punishment or which relates to extradition or expulsion.

PART II

Article 17

1. There shall be established a Committee against Torture (hereinafter referred to as the Committee) which shall carry out the functions hereinafter provided. The Committee shall consist of ten experts of high moral standing and recognized competence in the field of human rights, who shall serve in their personal capacity. The experts shall be elected by the States Parties, consideration being given to equitable geographical distribution and to the usefulness of the participation of some persons having legal experience.

2. The members of the Committee shall be elected by secret ballot from a list of persons nominated by States Parties. Each State Party may nominate one person from among its own nationals. States Parties shall bear in mind the usefulness of nominating persons who are also members of the Human Rights Committee established under the International Covenant on Civil and Political Rights and who are willing to serve on the Committee against Torture.

3. Elections of the members of the Committee shall be held at biennial meetings of States Parties convened by the Secretary-General of the United Nations. At those meetings, for which two thirds of the States Parties shall constitute a quorum, the persons elected to the Committee shall be those who obtain the largest number of votes and an absolute majority of the votes of the representatives of States Parties present and voting.

4. The initial election shall be held no later than six months after the date of the entry into force of this Convention. At least four months before the date of each election, the Secretary-General of the United Nations shall address a letter to the States Parties inviting them to submit their nominations within three months. The Secretary-General shall prepare a list in alphabetical order of all persons thus nominated, indicating the States Parties which have nominated them, and shall submit it to the States Parties.

5. The members of the Committee shall be elected for a term of four years. They shall be eligible for re-election if renominated. However, the term of five of the members elected at the first election shall expire at the end of two years; immediately after the first election the names of these five members shall be chosen by lot by the chairman of the meeting referred to in paragraph 3 of this article.

6. If a member of the Committee dies or resigns or for any other cause can no longer perform his Committee duties, the State Party which nominated him shall appoint another expert from among its nationals to serve for the remainder of his term, subject to the approval of the majority of the States Parties. The approval shall be considered given unless half or more of the States Parties respond negatively within six weeks after having been informed by the Secretary-General of the United Nations of the proposed appointment.

7. States Parties shall be responsible for the expenses of the members of the Committee while they are in performance of Committee duties.

Article 18

1. The Committee shall elect its officers for a term of two years. They may be re-elected.

2. The Committee shall establish its own rules of procedure, but these rules shall provide, inter alia, that:

(a) Six members shall constitute a quorum;

(b) Decisions of the Committee shall be made by a majority vote of the members present.

3. The Secretary-General of the United Nations shall provide the necessary staff and facilities for the effective performance of the functions of the Committee under this Convention.

4. The Secretary-General of the United Nations shall convene the initial meeting of the Committee. After its initial meeting, the Committee shall meet at such times as shall be provided in its rules of procedure.

5. The States Parties shall be responsible for expenses incurred in connection with the holding of meetings of the States Parties and of the Committee, including reimbursement to the United Nations for any expenses, such as the cost of staff and facilities, incurred by the United Nations pursuant to paragraph 3 of this article.

Article 19

1. The States Parties shall submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, reports on the measures they have taken to give effect to their undertakings under this Convention, within one year after the entry into force of the Convention for the State Party concerned. Thereafter the States Parties shall submit supplementary reports every four years on any new measures taken and such other reports as the Committee may request.

2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit the reports to all States Parties.

3. Each report shall be considered by the Committee which may make such general comments on the report as it may consider appropriate and shall forward these to the State Party concerned. That State Party may respond with any observations it chooses to the Committee.

4. The Committee may, at its discretion, decide to include any comments made by it in accordance with paragraph 3 of this article, together with the observations thereon received from the State Party concerned, in its annual report made in accordance with article 24. If so requested by the State Party concerned, the Committee may also include a copy of the report submitted under paragraph I of this article.

Article 20

1. If the Committee receives reliable information which appears to it to contain well-founded indications that torture is being systematically practised in the territory of a State Party, the Committee shall invite that State Party to co-operate in the examination of the information and to this end to submit observations with regard to the information concerned.

2. Taking into account any observations which may have been submitted by the State Party concerned, as well as any other relevant information available to it, the Committee may, if it decides that this is warranted, designate one or more of its members to make a confidential inquiry and to report to the Committee urgently.

3. If an inquiry is made in accordance with paragraph 2 of this article, the Committee shall seek the co-operation of the State Party concerned. In agreement with that State Party, such an inquiry may include a visit to its territory.

4. After examining the findings of its member or members submitted in accordance with paragraph 2 of this article, the Commission shall transmit these findings to the State Party concerned together with any comments or suggestions which seem appropriate in view of the situation.

5. All the proceedings of the Committee referred to in paragraphs I to 4 of this article shall be confidential, and at all stages of the proceedings the co-operation of the State Party shall be sought. After such proceedings have been completed with regard to an inquiry made in accordance with paragraph 2, the Committee may, after consultations with the State Party concerned, decide to include a summary account of the results of the proceedings in its annual report made in accordance with article 24.

Article 21

1. A State Party to this Convention may at any time declare under this article that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications to the effect that a State Party claims that another State Party is not fulfilling its obligations under this Convention. Such communications may be received and considered according to the procedures laid down in this article only if submitted by a State Party which has made a declaration recognizing in regard to itself the competence of the Committee. No communication shall be dealt with by the Committee under this article if it concerns a State Party which has not made such a declaration. Communications received under this article shall be dealt with in accordance with the following procedure; (a) If a State Party considers that another State Party is not giving effect to the provisions of this Convention, it may, by written communication, bring the matter to the attention of that State Party. Within three months after the receipt of the communication the receiving State shall afford the State which sent the communication an explanation or any other statement in writing clarifying the matter, which should include, to the extent possible and pertinent, reference to domestic procedures and remedies taken, pending or available in the matter;

(b) If the matter is not adjusted to the satisfaction of both States Parties concerned within six months after the receipt by the receiving State of the initial communication, either State shall have the right to refer the matter to the Committee, by notice given to the Committee and to the other State;

(c) The Committee shall deal with a matter referred to it under this article only after it has ascertained that all domestic remedies have been invoked and exhausted in the matter, in conformity with the generally recognized principles of international law. This shall not be the rule where the application of the remedies is unreasonably prolonged or is unlikely to bring effective relief to the person who is the victim of the violation of this Convention;

(d) The Committee shall hold closed meetings when examining communications under this article; (e) Subject to the provisions of subparagraph

(c), the Committee shall make available its good offices to the States Parties concerned with a view to a friendly solution of the matter on the basis of respect for the obligations provided for in this Convention. For this purpose, the Committee may, when appropriate, set up an ad hoc conciliation commission;

(f) In any matter referred to it under this article, the Committee may call upon the States Parties concerned, referred to in subparagraph (b), to supply any relevant information;

(g) The States Parties concerned, referred to in subparagraph (b), shall have the right to be represented when the matter is being considered by the Committee and to make submissions orally and/or in writing;

(h) The Committee shall, within twelve months after the date of receipt of notice under subparagraph (b), submit a report:

(i) If a solution within the terms of subparagraph (e) is reached, the Committee shall confine its report to a brief statement of the facts and of the solution reached;

(ii) If a solution within the terms of subparagraph (e) is not reached, the Committee shall confine its report to a brief statement of the facts; the written submissions and record of the oral submissions made by the States Parties concerned shall be attached to the report.

In every matter, the report shall be communicated to the States Parties concerned.

2. The provisions of this article shall come into force when five States Parties to this Convention have made declarations under paragraph 1 of this article. Such declarations shall be deposited by the States Parties with the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit copies thereof to the other States Parties. A declaration may be withdrawn at any time by notification to the Secretary-General. Such a withdrawal shall not prejudice the consideration of any matter which is the subject of a communication already transmitted under this article; no further communication by any State Party shall be received under this article after the notification of withdrawal of the declaration has been received by the Secretary-General, unless the State Party concerned has made a new declaration.

Article 22

1. A State Party to this Convention may at any time declare under this article that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from or on behalf of individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by a State Party of the provisions of the Convention. No communication shall be received by the Committee if it concerns a State Party which has not made such a declaration.

2. The Committee shall consider inadmissible any communication under this article which is anonymous or which it considers to be an abuse of the right of submission of such communications or to be incompatible with the provisions of this Convention.

3. Subject to the provisions of paragraph 2, the Committee shall bring any communications submitted to it under this article to the attention of the State Party to this Convention which has made a declaration under paragraph I and is alleged to be violating any provisions of the Convention. Within six months, the receiving State shall submit to the Committee written explanations or statements clarifying the matter and the remedy, if any, that may have been taken by that State.

4. The Committee shall consider communications received under this article in the light of all information made available to it by or on behalf of the individual and by the State Party concerned. 5. The Committee shall not consider any communications from an individual under this article unless it has ascertained that:

(a) The same matter has not been, and is not being, examined under another procedure of international investigation or settlement;

(b) The individual has exhausted all available domestic remedies; this shall not be the rule where the application of the remedies is unreasonably prolonged or is unlikely to bring effective relief to the person who is the victim of the violation of this Convention.

6. The Committee shall hold closed meetings when examining communications under this article.

7. The Committee shall forward its views to the State Party concerned and to the individual.

8. The provisions of this article shall come into force when five States Parties to this Convention have made declarations under paragraph 1 of this article. Such declarations shall be deposited by the States Parties with the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit copies thereof to the other States Parties. A declaration may be withdrawn at any time by notification to the Secretary-General. Such a withdrawal shall not prejudice the consideration of any matter which is the subject of a communication already transmitted under this article; no further communication by or on behalf of an individual shall be received under this article after the notification of withdrawal of the declaration has been received by the Secretary-General, unless the State Party has made a new declaration.

Article 23

The members of the Committee and of the ad hoc conciliation commissions which may be appointed under article 21, paragraph I (e), shall be entitled to the facilities, privileges and immunities of experts on mission for the United Nations as laid down in the relevant sections of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations.

Article 24

The Committee shall submit an annual report on its activities under this Convention to the States Parties and to the General Assembly of the United Nations.

PART III

Article 25

1. This Convention is open for signature by all States. 2. This Convention is subject to ratification. Instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 26

This Convention is open to accession by all States. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary General of the United Nations.

Article 27

1. This Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of the deposit with the Secretary-General of the United Nations of the twentieth instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying this Convention or acceding to it after the deposit of the twentieth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of the deposit of its own instrument of ratification or accession.

Article 28

1. Each State may, at the time of signature or ratification of this Convention or accession thereto, declare that it does not recognize the competence of the Committee provided for in article 20.

2. Any State Party having made a reservation in accordance with paragraph I of this article may, at any time, withdraw this reservation by notification to the Secretary-General of the United Nations.

Article 29

1. Any State Party to this Convention may propose an amendment and file it with the Secretary-General of the United Nations. The Secretary General shall thereupon communicate the proposed amendment to the States Parties with a request that they notify him whether they favour a conference of States Parties for the purpose of considering an d voting upon the proposal. In the event that within four months from the date of such communication at least one third of the States Parties favours such a conference, the Secretary General shall convene the conference under the auspices of the United Nations. Any amendment adopted by a majority of the States Parties present and voting at the conference shall be submitted by the Secretary-General to all the States Parties for acceptance.

2. An amendment adopted in accordance with paragraph I of this article shall enter into force when two thirds of the States Parties to this Convention have notified the Secretary-General of the United Nations that they have accepted it in accordance with their respective constitutional processes.

3. When amendments enter into force, they shall be binding on those States Parties which have accepted them, other States Parties still being bound by the provisions of this Convention and any earlier amendments which they have accepted.

Article 30

1. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of this Convention which cannot be settled through negotiation shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration. If within six months from the date of the request for arbitration the Parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those Parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in conformity with the Statute of the Court.

2. Each State may, at the time of signature or ratification of this Convention or accession thereto, declare that it does not consider itself bound by paragraph I of this article. The other States Parties shall not be bound by paragraph I of this article with respect to any State Party having made such a reservation.

3. Any State Party having made a reservation in accordance with paragraph 2 of this article may at any time withdraw this reservation by notification to the Secretary-General of the United Nations.

Article 31

1. A State Party may denounce this Convention by written notification to the Secretary-General of the United Nations. Denunciation becomes effective one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General .

2. Such a denunciation shall not have the effect of releasing the State Party from its obligations under this Convention in regard to any act or omission which occurs prior to the date at which the denunciation becomes effective, nor shall denunciation prejudice in any way the continued

consideration of any matter which is already under consideration by the Committee prior to the date at which the denunciation becomes effective.

3. Following the date at which the denunciation of a State Party becomes effective, the Committee shall not commence consideration of any new matter regarding that State.

Article 32

The Secretary-General of the United Nations shall inform all States Members of the United Nations and all States which have signed this Convention or acceded to it of the following: (a) Signatures, ratifications and accessions under articles 25 and 26;

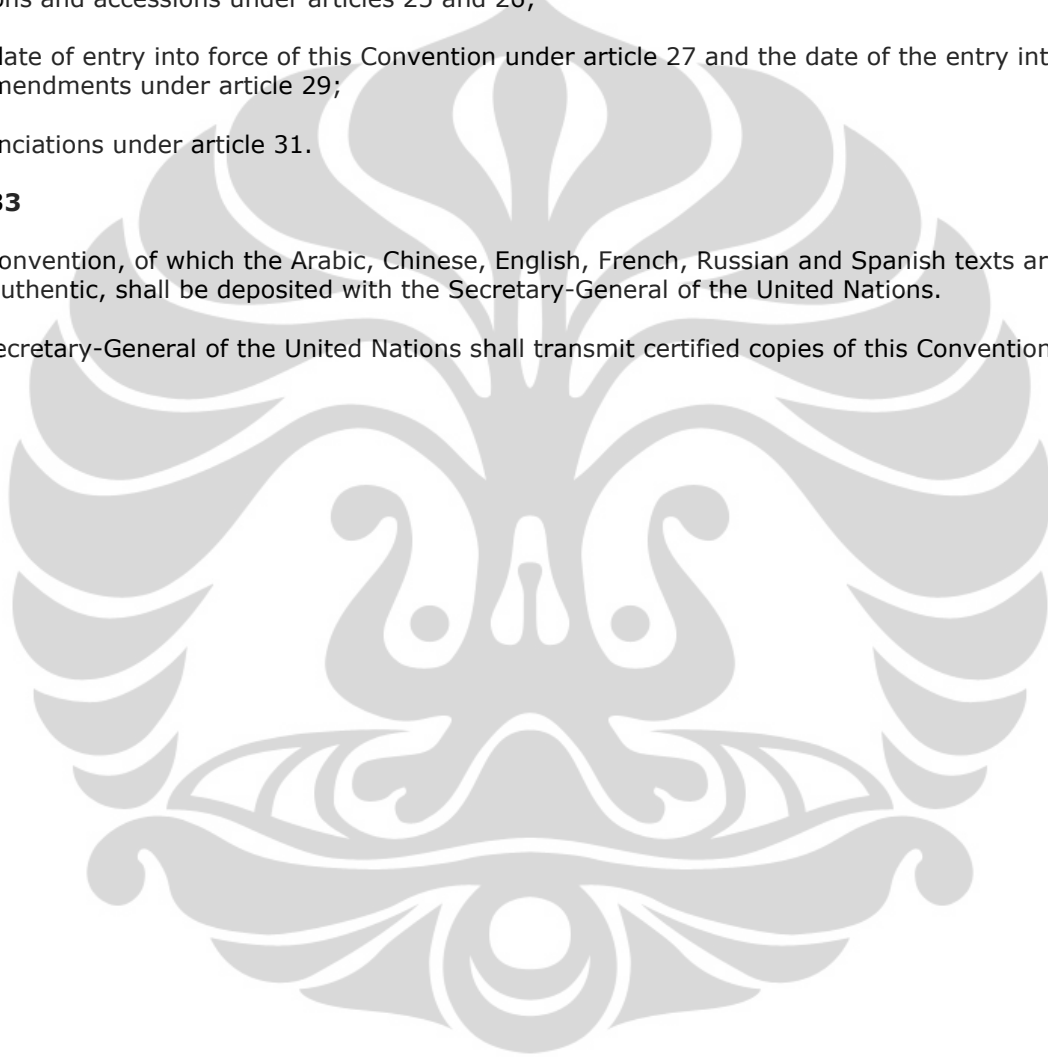
(b) The date of entry into force of this Convention under article 27 and the date of the entry into force of any amendments under article 29;

(c) Denunciations under article 31.

Article 33

1. This Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit certified copies of this Convention to all States.





**Convention against Torture
and Other Cruel, Inhuman
or Degrading Treatment
or Punishment**

Distr.
GENERAL

CAT/C/GC/2
24 January 2008

Original: ENGLISH

COMMITTEE AGAINST TORTURE

**CONVENTION AGAINST TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR
DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT**

GENERAL COMMENT No. 2

Implementation of article 2 by States parties

1. This general comment addresses the three parts of article 2, each of which identifies distinct interrelated and essential principles that undergird the Convention's absolute prohibition against torture. Since the adoption of the Convention against Torture, the absolute and non-derogable character of this prohibition has become accepted as a matter of customary international law. The provisions of article 2 reinforce this peremptory *jus cogens* norm against torture and constitute the foundation of the Committee's authority to implement effective means of prevention, including but not limited to those measures contained in the subsequent articles 3 to 16, in response to evolving threats, issues, and practices.
2. Article 2, paragraph 1, obliges each State party to take actions that will reinforce the prohibition against torture through legislative, administrative, judicial, or other actions that must, in the end, be effective in preventing it. To ensure that measures are in fact taken that are known to prevent or punish any acts of torture, the Convention outlines in subsequent articles obligations for the State party to take measures specified therein.
3. The obligation to prevent torture in article 2 is wide-ranging. The obligations to prevent torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (hereinafter "ill-treatment") under article 16, paragraph 1, are indivisible, interdependent and interrelated. The obligation to prevent ill-treatment in practice overlaps with and is largely congruent with the obligation to prevent torture. Article 16, identifying the means of prevention of ill-treatment, emphasizes "*in particular*" the measures outlined in articles 10 to 13, but does not limit effective prevention to these articles, as the Committee has explained, for example, with respect to compensation in article 14. In practice, the definitional threshold between ill-treatment and torture is often not clear. Experience demonstrates that the conditions that give rise to ill-treatment frequently facilitate torture and

GE.08-40262

therefore the measures required to prevent torture must be applied to prevent ill-treatment. Accordingly, the Committee has considered the prohibition of ill-treatment to be likewise non-derogable under the Convention and its prevention to be an effective and non-derogable measure.

4. States parties are obligated to eliminate any legal or other obstacles that impede the eradication of torture and ill-treatment; and to take positive effective measures to ensure that such conduct and any recurrences thereof are effectively prevented. States parties also have the obligation continually to keep under review and improve their national laws and performance under the Convention in accordance with the Committee's concluding observations and views adopted on individual communications. If the measures adopted by the State party fail to accomplish the purpose of eradicating acts of torture, the Convention requires that they be revised and/or that new, more effective measures be adopted. Likewise, the Committee's understanding of and recommendations in respect of effective measures are in a process of continual evolution, as, unfortunately, are the methods of torture and ill-treatment.

II. Absolute prohibition

5. Article 2, paragraph 2, provides that the prohibition against torture is absolute and non-derogable. It emphasizes that *no exceptional circumstances whatsoever* may be invoked by a State Party to justify acts of torture in any territory under its jurisdiction. The Convention identifies as among such circumstances a state of war or threat thereof, internal political instability or any other public emergency. This includes any threat of terrorist acts or violent crime as well as armed conflict, international or non-international. The Committee is deeply concerned at and rejects absolutely any efforts by States to justify torture and ill-treatment as a means to protect public safety or avert emergencies in these and all other situations. Similarly, it rejects any religious or traditional justification that would violate this absolute prohibition. The Committee considers that amnesties or other impediments which preclude or indicate unwillingness to provide prompt and fair prosecution and punishment of perpetrators of torture or ill-treatment violate the principle of non-derogability.

6. The Committee reminds all States parties to the Convention of the non-derogable nature of the obligations undertaken by them in ratifying the Convention. In the aftermath of the attacks of 11 September 2001, the Committee specified that the obligations in articles 2 (whereby "no exceptional circumstances whatsoever...may be invoked as a justification of torture"), 15 (prohibiting confessions extorted by torture being admitted in evidence, except against the torturer), and 16 (prohibiting cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) are three such provisions that "must be observed in all circumstances"¹. The Committee considers that articles 3 to 15 are likewise obligatory as applied to both torture and ill-treatment. The Committee recognizes that States parties may choose the measures through which they fulfill these obligations, so long as they are effective and consistent with the object and purpose of the Convention.

7. The Committee also understands that the concept of "any territory under its jurisdiction," linked as it is with the principle of non-derogability, includes any territory or facilities and must be applied to protect any person, citizen or non-citizen without discrimination subject to the *de jure* or

¹ On 22 November 2001, the Committee adopted a statement in connection with the events of 11 September which was sent to each State party to the Convention (A/57/44, paras. 17-18).

de facto control of a State party. The Committee emphasizes that the State's obligation to prevent torture also applies to all persons who act, de jure or de facto, in the name of, in conjunction with, or at the behest of the State party. It is a matter of urgency that each State party should closely monitor its officials and those acting on its behalf and should identify and report to the Committee any incidents of torture or ill-treatment as a consequence of anti-terrorism measures, among others, and the measures taken to investigate, punish, and prevent further torture or ill-treatment in the future, with particular attention to the legal responsibility of both the direct perpetrators and officials in the chain of command, whether by acts of instigation, consent or acquiescence.

III. Content of the obligation to take effective measures to prevent torture

8. States parties must make the offence of torture punishable as an offence under its criminal law, in accordance, at a minimum, with the elements of torture as defined in article 1 of the Convention, and the requirements of article 4.

9. Serious discrepancies between the Convention's definition and that incorporated into domestic law create actual or potential loopholes for impunity. In some cases, although similar language may be used, its meaning may be qualified by domestic law or by judicial interpretation and thus the Committee calls upon each State party to ensure that all parts of its Government adhere to the definition set forth in the Convention for the purpose of defining the obligations of the State. At the same time, the Committee recognizes that broader domestic definitions also advance the object and purpose of this Convention so long as they contain and are applied in accordance with the standards of the Convention, at a minimum. In particular, the Committee emphasizes that elements of intent and purpose in article 1 do not involve a subjective inquiry into the motivations of the perpetrators, but rather must be objective determinations under the circumstances. It is essential to investigate and establish the responsibility of persons in the chain of command as well as that of the direct perpetrator(s).

10. The Committee recognizes that most States parties identify or define certain conduct as ill-treatment in their criminal codes. In comparison to torture, ill-treatment may differ in the severity of pain and suffering and does not require proof of impermissible purposes. The Committee emphasizes that it would be a violation of the Convention to prosecute conduct solely as ill-treatment where the elements of torture are also present.

11. By defining the offence of torture as distinct from common assault or other crimes, the Committee considers that States parties will directly advance the Convention's overarching aim of preventing torture and ill-treatment. Naming and defining this crime will promote the Convention's aim, inter alia, by alerting everyone, including perpetrators, victims, and the public, to the special gravity of the crime of torture. Codifying this crime will also (a) emphasize the need for appropriate punishment that takes into account the gravity of the offence, (b) strengthen the deterrent effect of the prohibition itself, (c) enhance the ability of responsible officials to track the specific crime of torture and (d) enable and empower the public to monitor and, when required, to challenge State action as well as State inaction that violates the Convention.

12. Through review of successive reports from States parties, the examination of individual communications, and monitoring of developments, the Committee has, in its concluding observations, articulated its understanding of what constitute effective measures, highlights of which we set forth here. In terms of both the principles of general application of article 2 and developments that build upon specific articles of the Convention, the Committee has recommended specific actions designed to enhance each State party's ability swiftly and effectively to implement measures necessary and appropriate to prevent acts of torture and ill-treatment and thereby assist States parties in bringing their law and practice into full compliance with the Convention.

13. Certain basic guarantees apply to all persons deprived of their liberty. Some of these are specified in the Convention, and the Committee consistently calls upon States parties to use them. The Committee's recommendations concerning effective measures aim to clarify the current baseline and are not exhaustive. Such guarantees include, inter alia, maintaining an official register of detainees, the right of detainees to be informed of their rights, the right promptly to receive independent legal assistance, independent medical assistance, and to contact relatives, the need to establish impartial mechanisms for inspecting and visiting places of detention and confinement, and the availability to detainees and persons at risk of torture and ill-treatment of judicial and other remedies that will allow them to have their complaints promptly and impartially examined, to defend their rights, and to challenge the legality of their detention or treatment.

14. Experience since the Convention came into force has enhanced the Committee's understanding of the scope and nature of the prohibition against torture, of the methodologies of torture, of the contexts and consequences in which it occurs, as well as of evolving effective measures to prevent it in different contexts. For example, the Committee has emphasized the importance of having same sex guards when privacy is involved. As new methods of prevention (e.g. videotaping all interrogations, utilizing investigative procedures such as the Istanbul Protocol of 1999², or new approaches to public education or the protection of minors) are discovered, tested and found effective, article 2 provides authority to build upon the remaining articles and to expand the scope of measures required to prevent torture.

IV. Scope of State obligations and responsibility

15. The Convention imposes obligations on States parties and not on individuals. States bear international responsibility for the acts and omissions of their officials and others, including agents, private contractors, and others acting in official capacity or acting on behalf of the State, in conjunction with the State, under its direction or control, or otherwise under colour of law. Accordingly, each State party should prohibit, prevent and redress torture and ill-treatment in all contexts of custody or control, for example, in prisons, hospitals, schools, institutions that engage in the care of children, the aged, the mentally ill or disabled, in military service, and other institutions as well as contexts where the failure of the State to intervene encourages and enhances the danger of privately inflicted harm. The Convention does not, however, limit the international responsibility

² *Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.*

that States or individuals can incur for perpetrating torture and ill-treatment under international customary law and other treaties.

16. Article 2, paragraph 1, requires that each State party shall take effective measures to prevent acts of torture not only in its sovereign territory but also “in any territory under its jurisdiction.” The Committee has recognized that “any territory” includes all areas where the State party exercises, directly or indirectly, in whole or in part, de jure or de facto effective control, in accordance with international law. The reference to “any territory” in article 2, like that in articles 5, 11, 12, 13 and 16, refers to prohibited acts committed not only on board a ship or aircraft registered by a State party, but also during military occupation or peacekeeping operations and in such places as embassies, military bases, detention facilities, or other areas over which a State exercises factual or effective control. The Committee notes that this interpretation reinforces article 5, paragraph 1 (b), which requires that a State party must take measures to exercise jurisdiction “when the alleged offender is a national of the State.” The Committee considers that the scope of “territory” under article 2 must also include situations where a State party exercises, directly or indirectly, de facto or de jure control over persons in detention.

17. The Committee observes that States parties are obligated to adopt effective measures to prevent public authorities and other persons acting in an official capacity from directly committing, instigating, inciting, encouraging, acquiescing in or otherwise participating or being complicit in acts of torture as defined in the Convention. Thus, States parties should adopt effective measures to prevent such authorities or others acting in an official capacity or under colour of law, from consenting to or acquiescing in any acts of torture. The Committee has concluded that States parties are in violation of the Convention when they fail to fulfil these obligations. For example, where detention centres are privately owned or run, the Committee considers that personnel are acting in an official capacity on account of their responsibility for carrying out the State function without derogation of the obligation of State officials to monitor and take all effective measures to prevent torture and ill-treatment.

18. The Committee has made clear that where State authorities or others acting in official capacity or under colour of law, know or have reasonable grounds to believe that acts of torture or ill-treatment are being committed by non-State officials or private actors and they fail to exercise due diligence to prevent, investigate, prosecute and punish such non-State officials or private actors consistently with the Convention, the State bears responsibility and its officials should be considered as authors, complicit or otherwise responsible under the Convention for consenting to or acquiescing in such impermissible acts. Since the failure of the State to exercise due diligence to intervene to stop, sanction and provide remedies to victims of torture facilitates and enables non-State actors to commit acts impermissible under the Convention with impunity, the State’s indifference or inaction provides a form of encouragement and/or de facto permission. The Committee has applied this principle to States parties’ failure to prevent and protect victims from gender-based violence, such as rape, domestic violence, female genital mutilation, and trafficking.

19. Additionally, if a person is to be transferred or sent to the custody or control of an individual or institution known to have engaged in torture or ill-treatment, or has not implemented adequate safeguards, the State is responsible, and its officials subject to punishment for ordering, permitting

or participating in this transfer contrary to the State's obligation to take effective measures to prevent torture in accordance with article 2, paragraph 1. The Committee has expressed its concern when States parties send persons to such places without due process of law as required by articles 2 and 3.

V. Protection for individuals and groups made vulnerable by discrimination or marginalization

20. The principle of non-discrimination is a basic and general principle in the protection of human rights and fundamental to the interpretation and application of the Convention. Non-discrimination is included within the definition of torture itself in article 1, paragraph 1, of the Convention, which explicitly prohibits specified acts when carried out for "*any reason based on discrimination of any kind...*". The Committee emphasizes that the discriminatory use of mental or physical violence or abuse is an important factor in determining whether an act constitutes torture.

21. The protection of certain minority or marginalized individuals or populations especially at risk of torture is a part of the obligation to prevent torture or ill-treatment. States parties must ensure that, insofar as the obligations arising under the Convention are concerned, their laws are in practice applied to all persons, regardless of race, colour, ethnicity, age, religious belief or affiliation, political or other opinion, national or social origin, gender, sexual orientation, transgender identity, mental or other disability, health status, economic or indigenous status, reason for which the person is detained, including persons accused of political offences or terrorist acts, asylum-seekers, refugees or others under international protection, or any other status or adverse distinction. States parties should, therefore, ensure the protection of members of groups especially at risk of being tortured, by fully prosecuting and punishing all acts of violence and abuse against these individuals and ensuring implementation of other positive measures of prevention and protection, including but not limited to those outlined above.

22. State reports frequently lack specific and sufficient information on the implementation of the Convention with respect to women. The Committee emphasizes that gender is a key factor. Being female intersects with other identifying characteristics or status of the person such as race, nationality, religion, sexual orientation, age, immigrant status etc. to determine the ways that women and girls are subject to or at risk of torture or ill-treatment and the consequences thereof. The contexts in which females are at risk include deprivation of liberty, medical treatment, particularly involving reproductive decisions, and violence by private actors in communities and homes. Men are also subject to certain gendered violations of the Convention such as rape or sexual violence and abuse. Both men and women and boys and girls may be subject to violations of the Convention on the basis of their actual or perceived non-conformity with socially determined gender roles. States parties are requested to identify these situations and the measures taken to punish and prevent them in their reports.

23. Continual evaluation is therefore a crucial component of effective measures. The Committee has consistently recommended that States parties provide data disaggregated by age, gender and other key factors in their reports to enable the Committee to adequately evaluate the implementation of the Convention. Disaggregated data permits the States parties and the Committee to identify,

compare and take steps to remedy discriminatory treatment that may otherwise go unnoticed and unaddressed. States parties are requested to describe, as far as possible, factors affecting the incidence and prevention of torture or ill-treatment, as well as the difficulties experienced in preventing torture or ill-treatment against specific relevant sectors of the population, such as minorities, victims of torture, children and women, taking into account the general and particular forms that such torture and ill-treatment may take.

24. Eliminating employment discrimination and conducting ongoing sensitization training in contexts where torture or ill-treatment is likely to be committed is also key to preventing such violations and building a culture of respect for women and minorities. States are encouraged to promote the hiring of persons belonging to minority groups and women, particularly in the medical, educational, prison/detention, law enforcement, judicial and legal fields, within State institutions as well as the private sector. States parties should include in their reports information on their progress in these matters, disaggregated by gender, race, national origin, and other relevant status.

VI. Other preventive measures required by the Convention

25. Articles 3 to 15 of the Convention constitute specific preventive measures that the States parties deemed essential to prevent torture and ill-treatment, particularly in custody or detention. The Committee emphasizes that the obligation to take effective preventive measures transcends the items enumerated specifically in the Convention or the demands of this general comment. For example, it is important that the general population be educated on the history, scope, and necessity of the non-derogable prohibition of torture and ill-treatment, as well as that law enforcement and other personnel receive education on recognizing and preventing torture and ill-treatment. Similarly, in light of its long experience in reviewing and assessing State reports on officially inflicted or sanctioned torture or ill-treatment, the Committee acknowledges the importance of adapting the concept of monitoring conditions to prevent torture and ill-treatment to situations where violence is inflicted privately. States parties should specifically include in their reports to the Committee detailed information on their implementation of preventive measures, disaggregated by relevant status.

VII. Superior orders

26. The non-derogability of the prohibition of torture is underscored by the long-standing principle embodied in article 2, paragraph 3, that an order of a superior or public authority can never be invoked as a justification of torture. Thus, subordinates may not seek refuge in superior authority and should be held to account individually. At the same time, those exercising superior authority - including public officials - cannot avoid accountability or escape criminal responsibility for torture or ill-treatment committed by subordinates where they knew or should have known that such impermissible conduct was occurring, or was likely to occur, and they failed to take reasonable and necessary preventive measures. The Committee considers it essential that the responsibility of any superior officials, whether for direct instigation or encouragement of torture or ill-treatment or for consent or acquiescence therein, be fully investigated through competent, independent and impartial prosecutorial and judicial authorities. Persons who resist what they view as unlawful orders or who cooperate in the investigation of torture or ill-treatment, including by superior officials, should be protected against retaliation of any kind.

27. The Committee reiterates that this general comment has to be considered without prejudice to any higher degree of protection contained in any international instrument or national law, as long as they contain, as a minimum, the standards of the Convention.



Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States

Copyright (c) 1987, The American Law Institute

Case Citations

Rules and Principles

Part 1 - International Law and Its Relation to United States Law

Chapter 1 - International Law: Character and Sources

Restat 3d of the Foreign Relations Law of the U.S., § 101

§ 101 International Law Defined

International law, as used in this Restatement, consists of rules and principles of general application dealing with the conduct of states and of international organizations and with their relations *inter se*, as well as with some of their relations with persons, whether natural or juridical.

COMMENTS & ILLUSTRATIONS: **Comment:**

a. International law and remedies: cross-references. The character and general content of international law are discussed in the Introductory Note to this chapter. The sources of international law are set forth in § 102. The remedies for violation of international law are dealt with in Part IX.

b. "State" and "international organization": cross-references. "State" is defined in § 201, "international organization" in § 221.

c. Private international law (or conflict of laws). International law, which in most other countries is referred to as "public international law," is often distinguished from private international law (called conflict of laws in the United States). Private international law has been defined as law directed to resolving controversies between private persons, natural as well as juridical, primarily in domestic litigation, arising out of situations having a significant relationship to more than one state. See Restatement, Second, Conflict of Laws § 2.

In some circumstances, issues of private international law may also implicate issues of public international law, and many matters of private international law have substantial international significance and therefore may be considered foreign relations law, § 1. In recent years, private international law has been coordinated and harmonized among states, and many of its rules are the subject of international agreements. The concepts, doctrines, and considerations that inform private international law also guide the development of some areas of public international law, notably the principles limiting the jurisdiction of states to prescribe, adjudicate and enforce law. See Introductory Note to Part IV, Chapter 1, and §§ 402-403, 421, and 431. Increasingly, public international law impinges on private international activity, for example, the law of jurisdiction and judgments (Part IV) and the law protecting persons (Part VII).

To the extent that conflict of laws in the United States refers to laws of two or more States of the United States, or conflicts between federal and State law, it is, except as otherwise noted, beyond the scope of this Restatement.

d. General international law and particular agreements between states. Unless otherwise indicated, "international law" as used in this Restatement is law that applies to states and international (intergovernmental) organizations generally. It includes law contained in widely accepted multilateral agreements. Undertakings of a particular state or international organization under a particular international agreement -- for example, the obligation of a state under a bilateral tax treaty with another state -- are binding under international law, but the substantive content of such

undertakings is not international law applicable generally (unless there is a wide network of similar bilateral arrangements that results in general international law; see § 102, Comment *f*).

e. Comity distinguished. Comity has been variously conceived and defined. A well-known definition is: "Comity, in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws." *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-64, 16 S.Ct. 139, 143, 40 L.Ed. 95 (1895). See also § 403, Comment *a*.

REPORTERS NOTES: 1. *Previous Restatement.* The previous Restatement defined international law in § 1 and elaborated upon that definition in comments to that section. This section indicates the scope of international law; the character and jurisprudence of international law are dealt with in the Introductory Note to this chapter, and the sources and evidence of international law in §§ 102-103.

Section 1 of the previous Restatement defined international law as follows:

"International Law," as used in the Restatement of this Subject, means those rules of law applicable to a state or international organization that cannot be modified unilaterally by it.

As compared with that definition, this section indicates that international law has ceased to apply exclusively to states and international organizations and now deals also with their relations with individuals and juridical persons. The reference in the previous Restatement's definition to the fact that international law cannot be changed unilaterally by a state is alluded to in the Introductory Note to this chapter.

Section 3 of the previous Restatement, "Effect of Violation of International Law," is the subject of Part IX of this Restatement, Remedies. Definitions of "state" and "international organization" contained in §§ 4 and 5 of the previous Restatement are included here in §§ 201 and 221.

CROSS REFERENCES: Digest System Key Numbers:

International

Law

1

Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States

Copyright (c) 1987, The American Law Institute

Case Citations

Rules and Principles

Part 1 - International Law and Its Relation to United States Law

Chapter 1 - International Law: Character and Sources

Restat 3d of the Foreign Relations Law of the U.S., § 102

§ 102 Sources of International Law

(1) A rule of international law is one that has been accepted as such by the international community of states

(a) in the form of customary law;

(b) by international agreement; or

(c) by derivation from general principles common to the major legal systems of the world.

(2) Customary international law results from a general and consistent practice of states followed by them from a sense of legal obligation.

(3) International agreements create law for the states parties thereto and may lead to the creation of customary international law when such agreements are intended for adherence by states generally and are in fact widely accepted.

(4) General principles common to the major legal systems, even if not incorporated or reflected in customary law or international agreement, may be invoked as supplementary rules of international law where appropriate.

COMMENTS & ILLUSTRATIONS: **Comment:**

a. Sources and evidence of international law distinguished. This section indicates the ways in which rules or principles become international law. The means for proving that a rule or principle has in fact become international law in one of the ways indicated in this section is dealt with in § 103.

b. Practice as customary law. "Practice of states," Subsection (2), includes diplomatic acts and instructions as well as public measures and other governmental acts and official statements of policy, whether they are unilateral or undertaken in cooperation with other states, for example in organizations such as the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). Inaction may constitute state practice, as when a state acquiesces in acts of another state that affect its legal rights. The practice necessary to create customary law may be of comparatively short duration, but under Subsection (2) it must be "general and consistent." A practice can be general even if it is not universally followed; there is no precise formula to indicate how widespread a practice must be, but it should reflect wide acceptance among the states particularly involved in the relevant activity. Failure of a significant number of important states to adopt a practice can prevent a principle from becoming general customary law though it might become "particular customary law" for the participating states. See Comment *e*. A principle of customary law is not binding on a state that declares its dissent from the principle during its development. See Comment *d*.

c. Opinio juris. For a practice of states to become a rule of customary international law it must appear that the states follow the practice from a sense of legal obligation (*opinio juris sive necessitatis*); a practice that is generally followed but which states feel legally free to disregard does not contribute to customary law. A practice initially followed by states as a matter of courtesy or habit may become law when states generally come to believe that they are under a legal obligation to comply with it. It is often difficult to determine when that transformation into law has taken place. Explicit evidence of a sense of legal obligation (*e.g.*, by official statements) is not necessary; *opinio juris* may be inferred from acts or omissions.

d. Dissenting views and new states. Although customary law may be built by the acquiescence as well as by the actions of states (Comment *b*) and become generally binding on all states, in principle a state that indicates its dissent from a practice while the law is still in the process of development is not bound by that rule even after it matures. Historically, such dissent and consequent exemption from a principle that became general customary law has been rare. See Reporters' Note 2. As to the possibility of dissent from peremptory norms (*ius cogens*), see Comment *k*. A state that enters the international system after a practice has ripened into a rule of international law is bound by that rule.

e. General and special custom. The practice of states in a regional or other special grouping may create "regional," "special," or "particular" customary law for those states *inter se*. It must be shown that the state alleged to be bound has accepted or acquiesced in the custom as a matter of legal obligation, "not merely for reasons of political expediency." *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, [1950] I.C.J. Rep. 266, 277. Such special customary law may be seen as essentially the result of tacit agreement among the parties.

f. International agreement as source of law. An international agreement creates obligations binding between the parties under international law. See § 321. Ordinarily, an agreement between states is a source of law only in the sense that a private contract may be said to make law for the parties under the domestic law of contracts. Multilateral agreements open to all states, however, are increasingly used for general legislation, whether to make new law, as in human rights (Introduction to Part VII), or for codifying and developing customary law, as in the Vienna Convention on the Law of Treaties. For the law of international agreements, see Part III. "International agreement" is defined in § 301(1). International agreements may contribute to customary law. See Comment *i*.

g. Binding resolutions of international organizations. Some international agreements that are constitutions or charters of international organizations confer power on those organizations to impose binding obligations on their members by resolution, usually by qualified majorities. Such obligations derive their authority from the international agreement constituting the organization, and resolutions so adopted by the organization can be seen as "secondary sources" of international law for its members. For example, the International Monetary Fund may prescribe rules concerning maintenance or change of exchange rates or depreciation of currencies. See § 821. The International Civil Aviation Organization may set binding standards for navigation or qualifications for flight crews in aviation over the high seas.

For resolutions of international organizations that are not binding but purport to state the international law on a particular subject, see § 103, Comment *c*.

h. The United Nations Charter. The Charter of the United Nations has been adhered to by virtually all states. Even the few remaining non-member states have acquiesced in the principles it established. The Charter provisions prohibiting the use of force have become rules of international law binding on all states. Compare Article 2(6). See § 905, Comment *g*.

Article 103 of the Charter provides:

In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.

Members seem to have read this article as barring them from making agreements inconsistent with the Charter, and have refrained from making such agreements. See, *e.g.*, Article 7 of the North Atlantic Treaty, 1949, 63 Stat. 2241, T.I.A.S. No. 1964, 34 U.N.T.S. 243; Article 102 of the Charter of the Organization of American States, 1948, 2 U.S.T. 2394, T.I.A.S. No. 2361, 119 U.N. T.S. 3. And see Comment *k*.

i. International agreements codifying or contributing to customary law. International agreements constitute practice of states and as such can contribute to the growth of customary law under Subsection (2). See North Sea

Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark & Netherlands), [1969] I.C.J. Rep. 3, 28-29, 37-43. Some multilateral agreements may come to be law for non-parties that do not actively dissent. That may be the effect where a multilateral agreement is designed for adherence by states generally, is widely accepted, and is not rejected by a significant number of important states. A wide network of similar bilateral arrangements on a subject may constitute practice and also result in customary law. If an international agreement is declaratory of, or contributes to, customary law, its termination by the parties does not of itself affect the continuing force of those rules as international law. However, the widespread repudiation of the obligations of an international agreement may be seen as state practice adverse to the continuing force of the obligations. See Comment *j*.

j. Conflict between international agreement and customary law. Customary law and law made by international agreement have equal authority as international law. Unless the parties evince a contrary intention, a rule established by agreement supersedes for them a prior inconsistent rule of customary international law. However, an agreement will not supersede a prior rule of customary law that is a peremptory norm of international law; and an agreement will not supersede customary law if the agreement is invalid because it violates such a peremptory norm. See Comment *k*. A new rule of customary law will supersede inconsistent obligations created by earlier agreement if the parties so intend and the intention is clearly manifested. Thus, the United States and many other states party to the 1958 Law of the Sea Conventions accept that some of the provisions of those conventions have been superseded by supervening customary law. See Introductory Note to Part V.

k. Peremptory norms of international law (jus cogens). Some rules of international law are recognized by the international community of states as peremptory, permitting no derogation. These rules prevail over and invalidate international agreements and other rules of international law in conflict with them. Such a peremptory norm is subject to modification only by a subsequent norm of international law having the same character. It is generally accepted that the principles of the United Nations Charter prohibiting the use of force (Comment *h*) have the character of *jus cogens*. See § 331(2) and Comment *e* to that section.

l. General principles as secondary source of law. Much of international law, whether customary or constituted by agreement, reflects principles analogous to those found in the major legal systems of the world, and historically may derive from them or from a more remote common origin. See Introductory Note to Chapter 1 of this Part and Reporters' Note 1 to this section. General principles common to systems of national law may be resorted to as an independent source of law. That source of law may be important when there has not been practice by states sufficient to give the particular principle status as customary law and the principle has not been legislated by general international agreement.

General principles are a secondary source of international law, resorted to for developing international law interstitially in special circumstances. For example, the passage of time as a defense to an international claim by a state on behalf of a national may not have had sufficient application in practice to be accepted as a rule of customary law. Nonetheless, it may be invoked as a rule of international law, at least in claims based on injury to persons (Part VII), because it is a general principle common to the major legal systems of the world and is not inappropriate for international claims. Other rules that have been drawn from general principles include rules relating to the administration of justice, such as the rule that no one may be judge in his own cause; *res judicata*; and rules of fair procedure generally. General principles may also provide "rules of reason" of a general character, such as acquiescence and estoppel, the principle that rights must not be abused, and the obligation to repair a wrong. International practice may sometimes convert such a principle into a rule of customary law.

m. Equity as general principle. Reference to principles of equity, in the sense of what is fair and just, is common to major legal systems, and equity has been accepted as a principle of international law in several contexts. See, e.g., the delimitation of coastal state zones, § 517. That principle is not to be confused with references to "equity," and distinctions between law and equity as separate bodies of law, in traditional Anglo-American jurisprudence. Reference to equity as a principle incorporated into international law is also to be distinguished from the power, conferred on the International Court of Justice in Article 38(2) of the Statute (and on other tribunals in numerous arbitration agreements), to decide cases *ex aequo et bono* if the parties agree thereto, which permits the Court to settle a case without being confined to principles of law. See § 903, Reporters' Note 9.

REPORTERS NOTES: 1. *Statute of International Court of Justice and sources of law.* This section draws on Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice, a provision commonly treated as an authoritative statement of the "sources" of international law. Article 38(1) provides:

Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United State

The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- (c) the general principles of law recognized by civilized nations;
- (d) . . . judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

The Statute of the International Court of Justice does not use the term "sources," but this Restatement follows common usage in characterizing customary law, international agreements, and general principles of law as "sources" of international law, in the sense that they are the ways in which rules become, or become accepted as, international law. International lawyers sometimes also describe as "sources" the "judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations," mentioned in Article 38(1) (d) of the Statute of the Court, *supra*. Those, however, are not sources in the same sense since they are not ways in which law is made or accepted, but opinion-evidence as to whether some rule has in fact become or been accepted as international law. See § 103.

2. *Customary law.* No definition of customary law has received universal agreement, but the essence of Subsection (2) has wide acceptance. See generally Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (1965). Each element in attempted definitions has raised difficulties. There have been philosophical debates about the very basis of the definition: how can practice build law? Most troublesome conceptually has been the circularity in the suggestion that law is built by practice based on a sense of legal obligation: how, it is asked, can there be a sense of legal obligation before the law from which the legal obligation derives has matured? Such conceptual difficulties, however, have not prevented acceptance of customary law essentially as here defined. Perhaps the sense of legal obligation came originally from principles of natural law or common morality, often already reflected in principles of law common to national legal systems (see Comment *d*); practice built on that sense of obligation then matured into customary law. Compare Article 38(1) (b) of the Statute of the International Court of Justice (Reporters' Note 1), which refers to "international custom, as evidence of a general practice accepted as law." Perhaps the definition reflects a later stage in the history of international law when governments found practice and sense of obligation already in evidence, and accepted them without inquiring as to the original basis of that sense of legal obligation.

Earlier definitions implied that establishment of custom required that the practice of states continue over an extended period of time. That requirement began to lose its force after the Second World War, perhaps because improved communication made the practice of states widely and quickly known, at least where there is broad acceptance and no or little objection. In *North Sea Continental Shelf Cases*, the International Court of Justice agreed that "the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law." [1969] I.C.J. Rep. 3, 44. The doctrine of the continental shelf, § 515, is sometimes cited as an example of "instant customary law." The Truman Proclamation of 1945 was not challenged by governments and was followed by similar claims by other states. The International Law Commission, engaged in codifying and developing the law of the sea during the years 1950-56, avoided a clear position as to whether the continental shelf provisions in its draft convention were codifying customary law or proposing a new development. The provisions were included in the 1958 Convention on the Continental Shelf. It was soon assumed that the doctrine they reflected was part of international law even for states that did not adhere to the Convention. See the opinion of the International Court of Justice in *North Sea Continental Shelf Cases*, *supra*, at 43. The doctrine of the continental shelf became accepted as customary law on the basis of assertions of exclusive jurisdiction by coastal states and general acquiescence by other states, although for some years actual mining on the continental shelf (outside a state's territorial sea) was not technologically feasible. The "practice" may be said to have consisted of acts by governments claiming exclusive rights and denying access to others.

The practice of states that builds customary law takes many forms and includes what states do in or through international organizations. Comment *b*. The United Nations General Assembly in particular has adopted resolutions, declarations, and other statements of principles that in some circumstances contribute to the process of making customary law, insofar as statements and votes of governments are kinds of state practice, Comment *b*, and may be expressions of *opinio juris*, Comment *c*. The contributions of such resolutions and of the statements and votes

supporting them to the lawmaking process will differ widely, depending on factors such as the subject of the resolution, whether it purports to reflect legal principles, how large a majority it commands and how numerous and important are the dissenting states, whether it is widely supported (including in particular the states principally affected), and whether it is later confirmed by other practice. "Declarations of principles" may have greater significance than ordinary resolutions. A memorandum of the Office of Legal Affairs of the United Nations Secretariat suggests that:

in view of the greater solemnity and significance of a "declaration," it may be considered to impart, on behalf of the organ adopting it, a strong expectation that Members of the international community will abide by it. Consequently, insofar as the expectation is gradually justified by State practice, a declaration may by custom become recognized as laying down rules binding upon States.

[E/CN.4/L. 610, quoted in 34 U.N. ESCOR, Supp. No. 8, p. 15, U.N. Doc. E/3616/Rev. 1 (1962)]. The Outer Space Declaration, for example, might have become law even if a formal treaty had not followed, since it was approved by all, including the principal "space powers." See Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Uses of Outer Space, G.A. Res. 1962, 18 U.N. GAOR, Supp. No. 15, at 15. A spokesman for the United States stated that his Government considered that the Declaration "reflected international law as accepted by the members of the United Nations," and both the United States and the U.S.S.R. indicated that they intended to abide by the Declaration. See 18 U.N. GAOR, 1st Committee, 1342d meeting, 2 Dec. 1963, pp. 159, 161.

For the effect of General Assembly resolutions on the development of the principle of self-determination, see Western Sahara (advisory opinion), [1975] I.C.J. Rep. 4, 31. The contribution of a resolution of a multilateral conference (on the law of the sea) to customary law is cited in Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), [1974] I.C.J. Rep. 3, 24-26, 32. For the evidentiary significance of resolutions purporting to state international law, see § 103, Comment *c*.

Resolutions that may contribute to customary law are to be distinguished from resolutions that are legally binding on members, Comment *g* and Reporters' Note 3. The latter, too, may reflect state practice or *opinio juris*, but they derive their authority from the charter of the organization, an international agreement in which states parties agreed to be bound by some of its acts.

International conferences, especially those engaged in codifying customary law, provide occasions for expressions by states as to the law on particular questions. General consensus as to the law at such a conference confirms customary law or contributes to its creation. See, *e.g.*, as to the law of the sea, Introductory Note to Part V.

The development of customary law has been described as part of a "process of continuous interaction, of continuous demand and response," among decision-makers of different states. These "create expectations that effective power will be restrained and exercised in certain uniformities of pattern. . . . The reciprocal tolerances . . . create the expectations of patterns and uniformity in decision, of practice in accord with rule, commonly regarded as law." McDougal, "The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea," 49 *Am.J. Int'l L.* 357-58 (1955).

That a rule of customary law is not binding on any state indicating its dissent during the development of the rule (Comment *d*) is an accepted application of the traditional principle that international law essentially depends on the consent of states. See Introduction to Part I, Chapter 1. Refusal of states to adopt or acquiesce in a practice has often prevented its development into a principle of customary law, but instances of dissent and exemption from practice that developed into principles of general customary law have been few. Scandinavian states successfully maintained a four-mile territorial sea although a three-mile zone was generally accepted, and Norway successfully maintained a different system of delimitation of its territorial zone. See Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), [1951] I.C.J. Rep. 116.

An entity that achieves statehood becomes subject to international law (§ 206), notably customary law as it had developed. After the Second World War, many new states came into existence within a brief period. Their spokesmen rhetorically asked why they should be bound by preexisting law created by European, Christian, imperialistic powers. In fact, however, the basic principles of customary law were accepted, with new states joining in the process of law-making, and seeking desired changes in the law through accepted procedures, notably by international agreements codifying, developing, and sometimes modifying the law.

3. *Binding resolutions of international organizations.* Comment *g* refers to prescriptive decisions, such as those of the International Monetary Fund, or binding resolutions such as those of the Security Council pursuant to Chapter VII of the United Nations Charter, which have the effect of law for members of the organization. The United States has

recognized the binding character of such resolutions, for example, the resolution imposing an embargo on products of Southern Rhodesia. See 22 U.S.C. § 287c. Many other organs of international organizations have limited authority to impose some binding obligations, for example to determine the budget and the "dues" of each member. See, for example, the authority of the United Nations General Assembly under Article 17 of the Charter. A number of international organizations have authority to recommend rules but states are not compelled to adopt them.

4. *Conflict between customary law and international agreement.* A subsequent agreement will prevail over prior custom, except where the principle of customary law has the character of *jus cogens*, but an agreement is ordinarily presumed to supplement rather than to replace a customary rule. Provisions in international agreements are superseded by principles of customary law that develop subsequently, where the parties to the agreement so intend, in which case the earlier provision in the agreement is deemed to have expired by mutual agreement or by desuetude. If an international agreement provides for denunciation, it will ordinarily be assumed that the agreement was not intended to be replaced by subsequent custom unless the parties denounce the earlier agreement. See Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law," 47 *Brit. Y.B. Int'l L.* 273 (1974-75). Modification of customary law by agreement is not uncommon, sometimes through bilateral agreements, notably in the various multilateral codifications of recent decades, such as the Vienna Convention on the Law of Treaties (see this Restatement, Part III), the conventions on diplomatic and consular immunities (Part IV, § § 464-70), and the conventions on the law of the sea (Part V). There have been few instances of rules of customary law developing in conflict with earlier agreements, but that may happen more frequently as state practice responds to widespread political demands, for example, when states adopted 200-mile exclusive resource zones in the sea, in effect superseding the 1958 Law of the Sea Conventions. See § 514. Compare Arbitration between the United Kingdom and France on the Delimitation of the Continental Shelf (Decision of June 30, 1977), 18 *Int'l Leg. Mat.* 397 (1979), 18 *R. Int'l Arb. Awards* 3 (1983).

5. *Agreements codifying customary law.* An international agreement may declare that it merely codifies preexisting rules of customary international law. Such a declaration is evidence to that effect but is not conclusive on parties to the agreement. The recent "codification treaties" adopted under United Nations auspices declare that their aim is both codification and progressive development, thus leaving open whether a particular provision is declaratory of old law or a formulation of new law. See, for example, the Vienna Convention on the Law of Treaties, Introductory Note to Part III. Even such a declaration is evidence that the agreement reflects existing law in some respects, and as to these the declaration may itself be viewed as a form of state practice confirming the customary international law. Of course, states may disagree as to whether the agreement as a whole or a particular provision reflects existing law. See generally Baxter, "Treaties and Custom," 129 *Recueil des Cours* 25 (1970).

International agreements that do not purport to codify customary international law may in fact do so. International agreements may also help create customary law of general applicability. Comment *i*. In *North Sea Continental Shelf Cases*, Reporters' Note 2, at 37, the Court held that the Convention on the Continental Shelf codified the doctrine of the continental shelf as well as its basic principles, but not provisions as to which reservations were permitted. The Court suggested that a treaty rule might become "a general rule of international law" if there were "a very widespread and representative participation in the convention . . . provided it includes that of States whose interests were particularly affected." *Id.* at 42. Article 38 of the Vienna Convention on the Law of Treaties declares: "Nothing in Articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third state as a customary rule of international law, recognized as such." See § 324, Comment *e*.

6. *Peremptory norms (juscogens).* The concept of *jus cogens* is of relatively recent origin. See Schwelb, "Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission," 61 *Am. J. Int'l L.* 946 (1967). It is now widely accepted, however, as a principle of customary law (albeit of higher status). It is incorporated in the Vienna Convention on the Law of Treaties, Articles 53 and 64. See § 331(2) and Comment *e* to that section. Comment *k* to this section adopts the definition of *jus cogens* found in Article 53 of the Vienna Convention. The Vienna Convention requires that the norm (and its peremptory character) must be "accepted and recognized by the international community of States as a whole" (Art. 53). Apparently that means by "a very large majority" of states, even if over dissent by "a very small number" of states. See Report of the Proceedings of the Committee of the Whole, May 21, 1968, U.N. Doc. A/Conf. 39/11 at 471-72.

Although the concept of *jus cogens* is now accepted, its content is not agreed. There is general agreement that the principles of the United Nations Charter prohibiting the use of force are *jus cogens*. See Comment *k*; Verdross and Simma, *Universelles Volkerrecht* 83-87 (1976). It has been suggested that norms that create "international crimes" and obligate all states to proceed against violations are also peremptory. Compare Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, draft Art. 19, [1976] 2 *Y.B. Int'l L. Comm'n* 95, 121. Such norms

might include rules prohibiting genocide, slave trade and slavery, apartheid and other gross violations of human rights, and perhaps attacks on diplomats. Compare § 702, Comment *n*.

7. *General principles.* Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice, Reporters' Note 1, speaks of "general principles of law recognized by civilized nations." It has become clear that this phrase refers to general principles of law common to the major legal systems of the world. The general principles are those common to national legal systems; the view of Soviet scholars that the reference is to principles of international law that have been accepted by states generally has not gained acceptance. Compare Tunkin, *Theory of International Law* 190 (1974). See, generally, Virally, "The Sources of International Law," in *Manual of Public International Law* 143-48 (Sorensen, ed. 1968). In contrast, references to "general principles of international law" ordinarily mean principles accepted as customary international law whether or not they derive from principles common to national legal systems.

Whether a general principle common to national legal systems is appropriate for absorption by international law may depend on the development of international law. For example, there is now substantial international law on human rights (this Restatement, Part VII), and it is plausible to conclude that a rule against torture is part of international law, since such a principle is common to all major legal systems. See § 702(d); § 701, Reporters' Note 1.

In addition to being an independent though secondary source of law, general principles are also supportive of other sources. That a principle is common to the major legal systems may be persuasive in determining whether it has become a rule of customary law or is implied in an international agreement. See Opinion of Judge Dillard in Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (*India v. Pakistan*), [1972] I.C.J. Rep. 46, 109. For example, "good faith," a principle "universally recognized" (preamble, Vienna Convention on the Law of Treaties, § 321, Reporters' Note 1) was perhaps originally a principle common to the major legal systems, but is now accepted as a principle of customary law. Compare Case Relating to the Arbitral Award Made by the King of Spain (*Honduras v. Nicaragua*), [1960] I.C.J. Rep. 192, 219, 220, 222, 228, 236 (state cannot in good faith contest long-accepted arbitral award), and Case of the Temple of Preah Vihear (*Cambodia v. Thailand*), [1962] *id.* 6, 23, 42 (state cannot in good faith challenge long-accepted boundary). See Lachs, "Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law," in *Declarations on Principles: A Quest for Universal Peace* 47 (Akkerman, van Krieker & Pannenberg eds., 1977); Virally, "Good Faith In Public International Law," 77 *Am.J.Int'l L.* 130 (1983).

8. *Equity.* The principle of equity is frequently invoked in discourse between states but there are few references to equity as a legal principle in international judicial decisions. One such reference was in the Fisheries Jurisdiction Case (*United Kingdom v. Iceland*), [1974] I.C.J. Rep. 3. "Equitable principles" have been explicitly accepted as applicable in the delimitation of boundaries between the continental shelves and between the exclusive economic zones of states, and the concept has been considered by international tribunals in that context. See § 517 and Reporters' Note 1 thereto.

9. *Previous Restatement.* The sources of international law are dealt with briefly in the previous Restatement in the comments to § 1.

CROSS REFERENCES: Digest System Key Numbers:

International Law 2
Treaties 1

Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States

Copyright (c) 1987, The American Law Institute

Case Citations

Rules and Principles

Part 1 - International Law and Its Relation to United States Law

Chapter 1 - International Law: Character and Sources

Restat 3d of the Foreign Relations Law of the U.S., § 103

§ 103 Evidence of International Law

(1) Whether a rule has become international law is determined by evidence appropriate to the particular source from which that rule is alleged to derive (§ 102).

(2) In determining whether a rule has become international law, substantial weight is accorded to

(a) judgments and opinions of international judicial and arbitral tribunals;

(b) judgments and opinions of national judicial tribunals;

(c) the writings of scholars;

(d) pronouncements by states that undertake to state a rule of international law, when such pronouncements are not seriously challenged by other states.

COMMENTS & ILLUSTRATIONS: Comment:

a. Primary and secondary evidence of international law. Section 102 sets forth the "sources" of international law, *i.e.*, the ways in which a rule or principle becomes international law. This section indicates the means of proving, for example, in a court or other tribunal, that a rule has become international law by way of one or more of the sources indicated in § 102.

Under Subsection (1), the process of determining whether a rule has been accepted as international law depends on the particular source of international law indicated in § 102 from which the rule is alleged to derive. Thus, for customary law the "best evidence" is proof of state practice, ordinarily by reference to official documents and other indications of governmental action. (Similar forms of proof would be adduced as evidence that a state is not bound by a principle of law because it had dissented, § 102, Comment *d*). Law made by international agreement is proved by reference to the text of the agreement, but appropriate supplementary means to its interpretation are not excluded. See § 325. Subsection (2) refers to secondary evidence indicating what the law has been found to be by authoritative reporters and interpreters; the order of the clauses is not meant to indicate their relative importance. Such evidence may be negated by primary evidence, for example, as to customary law, by proof as to what state practice is in fact.

A determination as to whether a customary rule has developed is likely to be influenced by assessment as to whether the rule will contribute to international order.

For the practice of United States courts in determining international law, see § 113.

b. Judicial and arbitral decisions. Article 59 of the Statute of the International Court of Justice provides: "The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case." That provision reflects the traditional view that there is no *stare decisis* in international law. In fact, in the few permanent courts, such as the International Court of Justice, the Court of Justice of the European Communities, and the European Court of Human Rights, there is considerable attention to past decisions. See § 903, Reporters' Note 8. That may be expected, too, of the Inter-American Court of Human Rights established in 1979. In any event, to the extent that decisions of international tribunals adjudicate questions of international law, they are persuasive evidence of what the law is. The judgments and opinions of the International Court of Justice are accorded great weight. Judgments and opinions of international tribunals generally are accorded more weight than those of domestic courts, since the former are less likely to reflect a particular national interest or bias, but the views of national courts, too, generally have the weight due to bodies of presumed independence, competence, impartiality, and authority.

Under the foreign relations law of the United States, determinations of international law by courts in the United States are respected to the same extent as other determinations of law; lower courts must of course accept decisions of higher courts, and the determinations of the Supreme Court of the United States are conclusive on all courts in the United States. See § 112(2).

c. Declaratory resolutions of international organizations. States often pronounce their views on points of international law, sometimes jointly through resolutions of international organizations that undertake to declare what the law is on a particular question, usually as a matter of general customary law. International organizations generally have no authority to make law, and their determinations of law ordinarily have no special weight, but their declaratory pronouncements provide some evidence of what the states voting for it regard the law to be. The evidentiary value of such resolutions is variable. Resolutions of universal international organizations, if not controversial and if adopted by consensus or virtual unanimity, are given substantial weight. Such declaratory resolutions of international organizations are to be distinguished from those special "law-making resolutions" that, under the constitution of an organization, are legally binding on its members. See § 102, Comment *g*.

REPORTERS NOTES: 1. *Writings of international law scholars.* The "teachings of the most highly qualified publicists of the various nations" are treated in Article 38(1)(d) of the Statute of International Court of Justice as subsidiary means for the determination of international law. See § 102, Reporters' Note 1. Such writings include treatises and other writings of authors of standing; resolutions of scholarly bodies such as the Institute of International Law (Institut de droit international) and the International Law Association; draft texts and reports of the International Law Commission, and systematic scholarly presentations of international law such as this Restatement. Which publicists are "the most highly qualified" is, of course, not susceptible of conclusive proof, and the authority of writings as evidence of international law differs greatly. The views of the International Law Commission have sometimes been considered especially authoritative. See, *e.g.*, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark & Netherlands), [1969] I.C.J. Rep. 3, 33 *et seq.*

2. *Declaratory resolutions of international organizations.* Article 38(1)(d) of the Statute of the International Court of Justice, § 102, Reporters' Note 1, does not include resolutions of international organizations among the "subsidiary means for the determination of rules of law." However, the Statute was drafted before the growth and proliferation of international organizations following the Second World War. Given the universal character of many of those organizations and the forum they provide for the expression by states of their views regarding legal principles, such resolutions sometimes provide important evidence of law. A resolution purporting to state the law on a subject is some evidence of what the states voting for the resolution regard the law to be, although what states do is more weighty evidence than their declarations or the resolutions they vote for. The evidentiary value of such a resolution is high if it is adopted by consensus or by virtually unanimous vote of an organization of universal membership such as the United Nations or its Specialized Agencies. On the other hand, majorities may be tempted to declare as existing law what they would like the law to be, and less weight must be given to such a resolution when it declares law in the interest of the majority and against the interest of a strongly dissenting minority. See, *e.g.*, the General Assembly resolution declaring that the use of nuclear weapons is a violation of international law (G.A. Res. 1653, U.N. GAOR, Supp. No. 17 at 4), and the "Moratorium Resolution" declaring that no one may mine for resources in the deep-sea bed until there is an agreed international regime and only in accordance with its terms (G.A. Res. 2574(D), 24 U.N. GAOR, Supp. No. 30, at 11), both of which were challenged by the United States, a principal power immediately affected by those resolutions. See § 523, Reporters' Note 2. Even a unanimous resolution may be questioned when the record shows that those voting for it

considered it merely a recommendation or a political expression, or that serious consideration was not given to its legal basis. A resolution is entitled to little weight if it is contradicted by state practice, Comment *a*, or is rejected by international courts or tribunals. On the other hand, a declaratory resolution that was less than unanimous may be evidence of customary law if it is supported by thorough study by the International Law Commission or other serious legal examination. See, for example, the reliance on one United Nations General Assembly resolution but deprecation of another resolution by the arbitrator in *Texas Overseas Petroleum Co. v. Libyan Arab Republic* (1977), 17 Int'l Leg.Mat. 1 (1978).

Resolutions by a principal organ of an organization interpreting the charter of the organization may be entitled to greater weight. In some instances, such an interpretation may, by the terms of the charter, be binding on the parties, for example, those of the Council of the International Coffee Organization. See *Charter of the International Coffee Organization*, 469 U.N.T.S. 169. Declarations interpreting a charter are entitled to considerable weight if they are unanimous or nearly unanimous and have the support of all the principal members.

See generally Schachter, "The Crisis of Legitimation in the United Nations," 50 *Nordisk Tidsskrift for International Ret* 3 (1981).

CROSS REFERENCES: Digest System Key Numbers:

International Law 2

