

Imunitas Negara Asing di Forum Pengadilan Nasional dalam Kasus Pelanggaran HAM Berat: Studi kasus Putusan The European Court on Human Right dalam Al-Adsani vs The United Kingdom 21 Nopember 2001

Sefriani

Abstract

It is the time that the International Human Rights regulate civil accusation to the state of serious Human Rights offender and forum or the court applied by the State automatically. It will be lose the immunity when he make the serious human rights offender. In order that the litigant is not the winner in formal, so international law instrument both bilateral and regional or universal must regulate the further state property immunity.

Pendahuluan

Tulisan ini berawal dari kasus Sulaiman Al-Adsani v Pemerintah Inggris. Sulaiman Al-Adsani, seorang pilot berkewarganegaraan ganda Inggris dan Kuwait, ditangkap secara paksa tanpa melalui prosedur hukum, bahkan disiksa oleh tentara Kuwait saat yang bersangkutan mengunjungi Kuwait tak lama setelah berakhirnya Perang Teluk I. Al-Adsani dituduh menyebarkan kaset video penyimpangan seksual. Sheikh Jaber Al Sabah Al Saud, saudara Emir Kuwait kepada publik.¹

Tanggal 2 Mei 1991 Sheikh dan dua orang bersenjata lainnya masuk ke rumah Al-

Adsani, memukulinya dengan senjata dan membawa paksa yang bersangkutan dengan jeep pemerintah ke rumah tahanan Kuwait (*Kuwaiti State Security Prison*). Selama tiga hari Al-Adsani menerima berbagai penyiksaan. Tanggal 5 Mei dibebaskan dari rumah tahanan, namun tanggal 7 Mei Sheikh datang lagi ke rumahnya dengan mobil pemerintah dan membawa paksa lagi Al-Adsani ke istana Emir Kuwait. Di tempat tersebut Al-Adsani kembali mengalami berbagai penyiksaan. Kepalanya dibenamkan beberapa kali di kolam renang. Al-Adsani juga dimasukkan ke

¹ Al-Adsani v United Kingdom, App. No.35763/97; paragraf 10, November, 21, 2001, <http://www.echr.coe.int/eng/judgments.htm>

ruangan kecil dimana Sheikh menyiramnya dengan minyak tanah serta membakar matras yang akhirnya membakar tubuh Al-Adsani, yang dikurung di dalamnya. Al-Adsani menderita luka bakar yang amat serius. Tanggal 17 Mei Al-Adsani dipulangkan ke Inggris dan dirawat di rumah sakit beberapa minggu. Di samping menderita cacat fisik, luka bakar yang serius dan bekas-bekas pemukulan, Al-Adsani juga menderita depresi berat dan trauma (*Post-traumatic stress disorder*) akibat pengalaman buruk yang dialaminya. Di samping itu ia juga selalu merasa terancam karena sering diteror lewat telepon untuk tidak mempublikasi apa yang dialaminya di Kuwait bila ingin jiwanya selamat.²

Tanggal 29 Agustus 1992, Al-Adsani mengajukan kasusnya, menuntut tanggung jawab dan ganti rugi dari Pemerintah Kuwait ke Pengadilan Inggris (*England's High Court*). Ada tiga elemen penting yang diajukan Al-Adsani dan pengacaranya untuk meminta pertanggungjawaban pemerintah Kuwait, yaitu:

1. Al-Adsani ditahan di rumah tahanan negara (*State prison*);
2. Mobil pemerintah digunakan pada tanggal 2 dan 7 Mei untuk membawa Al-Adsani dari rumahnya;
3. Penyiksaan dilakukan oleh pejabat-pejabat publik (*public officials*) juga tentara Kuwait.

Pengadilan Inggris menolak kasus ini dengan alasan kurang cukup memiliki yurisdiksi. Kuwait berhak atas imunitas negara asing berdasarkan U K State Immunity Act 1978. Al-Adsani harus menerima kekecewaan yang sama di pengadilan tingkat banding, dikalahkan dengan dasar imunitas negara.³

Tidak puas atas penolakan ini, Al-Adsani mengajukan pemerintahnya ke European Court of Human Right (ECHR), bahwa Inggris telah gagal melindungi warganya dari penyiksaan (*torture*) dan prinsip pengingkaran terhadap keadilan (*denial of justice principle*), dimana ia tidak mendapatkan hak-haknya dalam proses hukum. Sayang sekali, kekalahan dengan alasan yang sama kembali diterima Al-Adsani di ECHR.⁴

Putusan hakim pengadilan nasional Inggris maupun ECHR jelas mengundang berbagai pertanyaan, kritik dan kecaman keras, khususnya dari para pejuang hak asasi manusia (HAM). Kasus ini dipandang dapat menjadi preseden buruk bagi negara-negara pelanggar HAM yang akan berlindung dibalik prinsip imunitas negara. Putusan inipun dapat dipandang tidak sesuai dengan prinsip-prinsip penghormatan terhadap HAM dalam hukum internasional. Dewasa ini HAM semakin mendapat tempat dalam percaturan global. Berbagai peradilan baik nasional maupun internasional digelar untuk mengadili pelaku-pelaku pelanggaran HAM berat, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang

² *Ibid*, paragraf 11-13

³Caplain, Lee. M, "State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory", *American Journal of International Law*, vol 97, 2003, hlm. 741

⁴*Ibid*

Individu pelaku pelanggaran HAM berat tidak dapat lagi berlindung dibalik negaranya. Dengan adanya kasus Al-Adsani dikawatirkan negara akan berlindung dibalik imunitasnya untuk melepaskan tanggungjawabnya.

Berdasarkan kasus Al-Adsani v Pemerintah Inggris yang telah diputus oleh hakim *European Court on Human Rights* sebagaimana dipaparkan di atas. Tulisan berikut ini akan mencoba melihat pertimbangan-pertimbangan hukum apa sebenarnya yang digunakan hakim dalam kasus Al-Adsani v Pemerintah Inggris sehingga Kuwait tidak dapat dihadapkan ke Pengadilan Inggris dalam kasus pelanggaran HAM Berat yang menimpa Al-Adsani serta mengkaji lebih lanjut pertimbangan-pertimbangan hukum tersebut dalam perspektif hukum internasional

Imunitas Negara Asing di Pengadilan Nasional

Doktrin Imunitas negara adalah suatu doktrin yang mengijinkan suatu negara menuntut imunitas atau kekebalan di depan pengadilan nasional negara asing berkaitan dengan penerapan hukum lokal negara asing yang bersangkutan. Negara dalam berbagai bentuk penampakan seperti departemen pemerintah, pejabat negara, kepala negara mampu melepaskan diri dari penerapan hukum nasional yang dilakukan oleh

pengadilan nasional negara lain.⁵

Doktrin imunitas negara asing (*foreign state immunity*) telah berkembang sedemikian rupa dalam hukum internasional. Pada periode pertama, abad 16-18, doktrin ini diakui berlaku absolut. Negara asing menikmati imunitas penuh dari proses pengadilan nasional. Dasar pemberian imunitas negara ini antara lain: prinsip *par in parem non habet imperium*, bahwa suatu negara berdaulat tidak dapat menjalankan yurisdiksinya terhadap negara berdaulat lainnya; juga prinsip resiprositas dan sopan santun internasional.⁶ Suatu negara secara mutlak tidak dapat digugat di hadapan forum hakim negara lain. Kapanpun dan dalam hal apapun negara dapat menuntut imunitas dari pelaksanaan yurisdiksi pengadilan nasional karena ia adalah suatu negara.⁷

Konsep imunitas absolut ini tidak lepas dari pendapat-pendapat para sarjana tentang kedaulatan negara. Jean Bodin misalnya, adalah sarjana pertama yang menganggap bahwa kedaulatan sebagai atribut negara, sebagai sifat khas negara. Tanpa kedaulatan tidak ada negara dan kedaulatan adalah kekuasaan mutlak dan abadi dari negara⁸. Jessup menyatakan bahwa kedaulatan adalah suatu konsep yang penting dan sempurna. Jika kedaulatan tidak absolut bagi suatu negara maka tidak lengkaplah negara sebagai yang berdaulat⁹. Konsep kedaulatan yang absolut sebagaimana dikemukakan para pakar

⁵Dixon, Martin, *Textbook on International Law*, fourth edition (London: Blackstone Press Limited, United Kingdom, 2000), hlm. 174

⁶Starke, Jg, *Introduction to International Law* (London: Butterworths, 9th edition, 1984), hlm.203.

⁷Dixon, Martin, *op.cit.*, hlm. 158

⁸Yudha Bhakti, "Pengertian Jus Cogens Dalam Konvensi Wina 1969 Tentang Hukum Perjanjian", dalam *Majalah Padjadjaran*, No 1, (Bandung: FH Univeritas Padjadjaran, 1981), hlm. 44

⁹*Ibid*

hukum tata negara inilah menjadi pemicu bahwa tidak ada kekuasaan yang lebih tinggi dari negara (*the nation state*) dan lahirlah teori imunitas negara absolut. Dari teori ini pula berkembang teori non intervensi bahwa negara berhak menolak intervensi asing.¹⁰

Imunitas absolut diterapkan pengadilan-pengadilan Inggris antara lain dalam kasus *The Prins Frederick 1820*, kasus *de Haber vs The Queen of Portugal* tahun 1851. Dalam kasus-kasus ini pengadilan Inggris menyatakan tidak mempunyai yurisdiksi terhadap negara asing.¹¹ Apabila suatu perbuatan berasal dari negara berdaulat yang diakui oleh pemerintah negara mereka, maka hakim di negara-negara Anglo Saxon merasa tidak mempunyai wewenang untuk mengadakan pengujian terhadap tindakan negara tersebut yang telah melakukannya sebagai suatu negara yang berdaulat.¹²

Periode kedua, abad 19, praktek negara-negara menunjukkan pada pengakuan imunitas negara secara restriktif. Pada periode ini berkembang doktrin tindakan negara. Tindakan negara dibedakan dua, *acta iure imperii* dan *acta iure gestionis*.¹³ Hanya untuk tindakan negara dalam kategori *iure gestionis*-

lah negara dapat dituntut di depan forum pengadilan negara asing. Hakim Marshall dalam kasus *Schooner Exchange* menegaskan bahwa suatu negara karena tindakan-tindakan komersialnya dapat diajukan ke pengadilan nasional suatu negara. Sebab, dengan tindakannya itu negara dianggap menanggalkan atribut kedaulatannya dan bertindak selaku orang perorangan agar ia dapat berkedudukan sejajar dengan mitra usahanya.¹⁴ Adapun dalam perkara-perkara *iure imperii* negara menikmati kekebalan di depan forum pengadilan asing. Dalam kasus *OPEC (Organization of Petroleum Exporting Countries) lawan IAM (International Association Mechinist and Aerospase Workers)* misalnya, Pengadilan Amerika Serikat memutuskan bahwa tindakan negara-negara OPEC menaikkan harga minyak adalah suatu tindakan untuk mengatur seefisien mungkin kekayaan alam negara-negara tersebut dalam rangka meningkatkan kesejahteraan dan pembiayaan pembangunan negara mereka. Jadi merupakan tindakan negara dalam kualitas *iure imperii*, sehingga Pengadilan Nasional tidak mempunyai yurisdiksi untuk mengadili tuntutan penggugat (IAM).¹⁵

¹⁰Jackson, H John, "Sovereignty-Modern: A New Approach To an Outdated Concept", dalam *American Journal of International Law (AJIL)* Vol 97, 2003, hlm. 782

¹¹*Ibid*

¹²Sudargo Gautama, *Soal-soal Aktuaal Hukum Perdata Internasional*, Alumni, Bandung, 1981, hlm. 178 Kasus yang dapat dikemukakan antara lain adalah kasus *Promissory Notes* antara Ernest Storr vs Republik Indonesia yang diadili di District Court of Arizona. Dalam kasus ini pengadilan menyatakan menerima eksepsi tergugat Pemerintah Indonesia (Departemen Pertahanan dan Keamanan), bahwa Pengadilan tidak mempunyai yurisdiksi. Kasus selengkapnya lihat Sudargo Gautama, *Aneka Perkara Indonesia di Luar Negeri* (Bandung: Alumni, 1999), hlm. 36-37

¹³*Iure gestionis* adalah tindakan negara yang berhubungan dengan hal-hal yang komersial, adapun *iure imperii* adalah tindakan negara yang berkaitan dengan kedautan negara semata., lihat Huala Adolf, *Aspek-Aspek negara dalam Hukum Internasional* (Jakarta: Rajawali Press, 1991), hlm. 155

¹⁴*Ibid*, hlm.156

¹⁵*Ibid*, hlm. 179-180

Suatu masalah yang dihadapi saat ini dan belum memperoleh jawaban yang memuaskan menurut Dixon adalah berkaitan dengan parameter kapan tindakan suatu negara dikategorikan *jure imperii* dan kapan *jure gestionis*, suatu hal yang tidak mudah dipecahkan menurut Dixon. Sebagai contoh yang dikemukakan oleh Dixon adalah ketika Negara A membuat kontrak penyediaan semen dengan warga Negara B untuk pembangunan barak tentara Negara A. Apakah tindakan Negara A dalam kasus ini tergolong *jure imperii* atau *jure gestionis*? Dilihat dari tujuan perbuatan (*the purpose of the Act*) tindakan negara A dapat dikategorikan sebagai *jure imperii* tetapi dilihat dari sifat tindakan (*the nature of act*) tindakan negara A tersebut adalah *jure gestionis* karena bertransaksi dengan membuat kontrak jual beli dengan seorang warga negara asing.¹⁶

Dalam praktek, di samping penggunaan parameter berdasar tujuan tindakan dan sifat tindakan, dikenal juga adanya pendekatan pragmatis sebagaimana yang diterapkan oleh Amerika Serikat, yaitu dengan membuat klasifikasi tindakan-tindakan negara berdasarkan *subject matter*-nya. Sebagai contoh adalah tindakan-tindakan administrasi seperti pengusiran warga negara asing, tindakan legislatif seperti nasionalisasi milik asing, tindakan-tindakan berkaitan dengan angkatan bersenjata, tindakan-tindakan mengatur ekonomi dapat dipandang sebagai

tindakan *jure imperii* tanpa memperhatikan tujuan atau sifat tindakan.¹⁷

Di samping itu menurut Dixon dalam praktek penetapan *jure imperii* dan *jure gestionis* sebagaimana yang diterapkan oleh Inggris menggunakan *the two-stage test-a contextual approach*. Pada tahap pertama diuji apakah tindakan awal yang melibatkan warga negara merupakan tindakan perdata atau bukan sedangkan tahap berikutnya harus diuji pula apakah tindakan yang menimbulkan sengketa tersebut merupakan tindakan perdata atau bukan.¹⁸ Diakui oleh Dixon adalah cukup sulit menetapkan parameter yang bisa memuaskan dan diterima secara universal. Meskipun demikian, hal yang penting adalah bahwa hukum internasional mengizinkan negara menawarkan imunitas terbatas berdasar pembedaan *jure gestionis* dan *jure imperii*. Sangat mungkin sekali dewasa ini masih ada negara yang menganut imunitas absolut, itu adalah masalah hukum nasional yang bersangkutan. Yang jelas adalah bahwa suatu negara tidak akan dimintai pertanggungjawaban dengan membatasi imunitas negara lain terhadap sengketa-sengketa yang muncul dalam kondisi-kondisi khusus.¹⁹

Kecenderungan untuk tidak menerapkan imunitas absolut oleh negara-negara antara lain nampak dari perundang-undangan negara-negara yang secara spesifik mengatur masalah imunitas negara. Tahun 1972

¹⁶*ibid*, hlm. 169-171

¹⁷*ibid*

¹⁸*ibid*, hlm. 173

¹⁹*ibid*, hlm. 174

kelompok negara Eropa berhasil mengeluarkan *European Convention on State Immunity and Additional Protocol*. Konvensi regional ini merinci suatu daftar kasus dan situasi di mana imunitas yurisdiksional tidak dapat diklaim, sebaliknya konvensi menjunjung tinggi kaedah dasar bahwa harus ada yurisdiksi absolut bagi negara berdaulat.²⁰

Selanjutnya Amerika Serikat juga berhasil mengundangkan *Foreign Sovereign Immunity Act 1976 (FSIA)*. Undang-undang ini pada prinsipnya menjamin imunitas kedaulatan asing sebagaimana yang diatur oleh Pasal 1604 FSIA. Undang-undang serupa juga dimiliki oleh mayoritas negara antara lain melalui *foreign state immunity act*-mereka masing-masing, seperti Inggris melalui *State Immunity Act 1978*, Australia melalui *States Immunities Act 1985*. Undang-undang tersebut pada dasarnya mengatur hal yang sama menganut imunitas restriktif. *Commercial activity* pada umumnya.

Satu hal yang penting untuk dicermati dalam kaitannya dengan imunitas negara asing adalah adanya pengkategorian imunitas negara asing tersebut dalam dua hal yaitu imunitas terhadap yurisdiksi pengadilan nasional serta imunitas terhadap eksekusi putusan pengadilan. Apabila imunitas yang pertama erat kaitannya dengan kewenangan mengadakan pengadilan nasional maka imunitas kedua erat kaitannya dengan imunitas *the property of state*.²¹ Berdasarkan imunitas kedua maka *state property* tidak dapat

disita atau dieksekusi kecuali *state property* yang digunakan untuk tujuan komersial. Kurang atau tidak adanya perintah eksekusi khusus yang menyertai suatu putusan pengadilan nasional terhadap negara asing berakibat bahwa negara forum tidak dapat mencegah pengalihan aset-aset milik negara asing tersebut yang saat itu sebenarnya ada di bawah yurisdiksi negara forum yang dilakukan negara asing tersebut supaya tidak dibekukan oleh negara forum. Satu kelemahan lagi sampai saat ini posisi bank sentral atau otoritas keuangan lainnya beserta aset-aset yang mereka miliki tidak pernah dikategorikan sebagai untuk tujuan *commercial*. Bahkan ketika lembaga-lembaga keuangan tersebut sudah merupakan entitas yang terpisah (*separate entity*).²² Sebagai contoh dalam kasus *Alcom v Republic Columbia* tahun 1984, penggugat tidak dapat memperoleh ganti rugi yang telah ditetapkan pengadilan karena rekening milik Columbia yang ada di negara forum digunakan untuk membiayai kebutuhan kedutaan Columbia. Kondisi yang masih berlaku sampai saat ini tentu menjadikan penghambat dalam proses penegakan hukum. Pihak penggugat hanya menang di atas kertas tetapi tidak dapat memperoleh ganti rugi karena terhambat aturan imunitas *state property* dalam hukum internasional. Dengan demikian penegakan hukum terhadap putusan pengadilan nasional akan sangat tergantung pada ada tidaknya aset negara asing yang bukan untuk tujuan komersial yang ada di

²⁰Starke, *op.cit*, hlm. 286

²¹Dixon, Martin, *op.cit*, hlm. 182

²²*ibid*

negara forum serta etika baik dari negara asing yang digugat tersebut untuk melaksanakan putusan pengadilan nasional.²³

Penyiksaan sebagai Pelanggaran Berat HAM dan *Jus Cogens*

Istilah dan pengertian pelanggaran HAM yang berat ditemukan antara lain dalam UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (HAM), serta UU Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Dalam Penjelasan Pasal 104 UU Nomor 39 Tahun 1999 dikemukakan bahwa yang dimaksud dengan pelanggaran HAM yang berat adalah pembunuhan massal (*genocide*), pembunuhan sewenang-wenang atau di luar putusan pengadilan (*arbitrary/ extra judicial killing*), penyiksaan, penghilangan orang secara paksa, perbudakan, atau diskriminasi yang dilakukan secara sistematis (*systematic discrimination*). Adapun menurut UU Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, pelanggaran HAM yang berat meliputi kejahatan genocida dan kejahatan terhadap kemanusiaan.²⁴

Apabila undang-undang nasional Indonesia menggunakan istilah pelanggaran HAM yang berat, Statuta Roma 1998 yang sebenarnya menjadi rujukan UU Nomor 26

Tahun 2000 menggunakan istilah *the most serious crimes*.²⁵ *The Most serious crimes* yang menjadi yurisdiksi *International Criminal Court* (ICC) menurut Statuta tersebut, meliputi:²⁶

- a. *the crime of genocide*
- b. *crimes against humanity*
- c. *war crimes*
- d. *the crime of aggression*

Tercakup dalam *crimes against humanity* menurut Statuta Roma 1998 antara lain adalah *torture*²⁷ yaitu *the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused, except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanction*

Masalah pelanggaran HAM yang berat sebenarnya telah lama menjadi perhatian dunia internasional. Ide dan pemikiran untuk mengadili para pelaku kejahatan dan pelanggaran HAM yang berat tersebut mengalami sejarah perkembangan yang cukup panjang. Ide dan pemikiran tersebut telah muncul dan dikenal sejak jaman Yunani Kuno, yaitu dengan terjadinya penuntutan terhadap para pelaku kejahatan dalam konflik bersenjata yang brutal, atas dasar standar nilai dan norma kemanusiaan yang bersumber pada filsafat dan agama.²⁸

²³*Ibid*, hlm. 185-186

²⁴Pasal 7 UU Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM

²⁵Rudi Rizk, "Proses Penyelesaian Kasus Pelanggaran berat HAM", *makalah pada penataran hukum HAM dan Humaniter internasional*, kerjasama ICRC dengan Unilak, Pekanbaru, 25 Juli-2 Agustus 2003

²⁶Pasal 5 *Rome Statute of the International Criminal Court* 1998

²⁷Pasal 7(f) *Rome Statute of the International Criminal Court* 1998

²⁸Muladi, "Berbagai Dimensi Peradilan HAM", *makalah pada Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi*, Kerjasama ASPEKUPIKI dan FH Ubaya, Surabaya, 14 Januari, 2002, hlm. 1, sebagaimana

Larangan penyiksaan (*torture*) termasuk dalam hak-hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi (*non derogable*) serta intisari dari hak asasi manusia (*hard core rights*) atau hak yang paling mendasar yang harus dihormati baik dalam keadaan damai maupun dalam keadaan perang sebagaimana juga hak hidup, larangan perbudakan jaminan peradilan dan prinsip perlakuan non diskriminasi.²⁹

Pada tanggal 10 Desember 1984, MU PBB melalui Resolusi 39/46 berhasil mengesahkan Konvensi untuk menentang penyiksaan dan Perlakuan atau hukuman lain yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia (*Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*). Konvensi ini bertujuan untuk mencegah dan mengakhiri berbagai tindakan penyiksaan, perlakuan dan pemberian hukuman yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia yang acap dilakukan oleh pejabat-pejabat publik atau aparat pemerintah dari banyak negara di dunia terhadap tersangka yang tidak berdaya. Perlakuan kejam dan tidak manusiawi tersebut dapat berupa intimidasi, paksaan, pemukulan atau melukai atau tindakan yang menimbulkan rasa sakit secara fisik dan mental terhadap

korban dengan tujuan untuk memperoleh pengakuan, informasi, atau persetujuan dari tersangka atau orang yang tidak berdaya tersebut. Adapun perlakuan atau penghukuman yang merendahkan manusia dapat berupa memakan dan minum kotorannya sendiri atau orang lain, menelanjangi, makan rumput, dan lain-lain.³⁰

Larangan penyiksaan dalam hukum internasional diakui mendapatkan status sebagai *jus cogens* atau *peremptory norms* menurut Pasal 53 Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional adalah suatu norma yang diterima dan diakui oleh masyarakat internasional secara keseluruhan sebagai suatu norma yang tidak boleh dilanggar dan hanya dapat diubah oleh suatu norma dasar hukum internasional umum yang baru yang mempunyai sifat yang sama.³¹

Pengertian yang diberikan pasal tersebut cukup sulit untuk dipahami karena tidak memberikan gambaran yang jelas / karakteristik yang diperlukan mengenai ruang lingkup *jus cogens*. Dalam kaitannya dengan ketidakjelasan tersebut Agrawala mencoba untuk menafsirkan dengan mengemukakan adanya 3 elemen penting yang terkandung dalam Pasal 53 yaitu:³²

dikutip oleh Supriyadi, "Pelanggaran HAM yang berat Dalam Perspektif Hukum Pidana Nasional dan Internasional", dalam jurnal *Mimbar Hukum*, No 43/11/2003, FH UGM, Yogyakarta, hlm. 21

²⁹Andrey Sudjatmiko, "Perlindungan HAM dalam Hukum HAM dan Hukum Humaniter Internasional", dalam kumpulan tulisan, Pusat Studi Hukum Humaniter, Usakti, Jakarta, 1999, hlm. 103. Lihat juga Arlina Permanasari, dkk, *Pengantar Hukum Humaniter* (Jakarta: ICRC, 1999), hlm. 341-342

³⁰Abdul Hakim G. Nusantara, *Konvensi PBB tentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lain yang kejam tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia*, ELSAM, Jakarta, 1994, hlm 1

³¹Pasa; 53 Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional

³²Agrawala, SK, *Essays on The Law of Treaties*, Orient Longmaannn, Bombaay-Calcutta-Madraas-New Delhi, hlm 159

1. *a rule in question must be a rule of general international law*
2. *it must be one from which no derogation is permitted*
3. *it must be a rule which can be modified only by a subsequent norm having the same character*

Apa yang dikemukakan di atas belumlah memuaskan karena tetap belum memberikan gambaran yang jelas atau parameter mengenai *jus cogens* yang sesungguhnya. Ada tiga kategori unsur yang dapat dipandang bertentangan dengan *jus cogens* menurut Waldock (sebagai seorang *special rapporteur* dari International Law Commission), yaitu:³³

1. *the use or threat of force in contravention of the principle of the UN Charter*
2. *Internationally characterized by international law*
3. *Act or omission whose suppression is required by international law*

Diakui oleh ILC sebagai badan yang mengkodifikasikan perjanjian internasional bahwa:³⁴

"the emergence of rules having to character of jus cogens is comparatively recent, while international law is in process of rapid development ... the right course to be provide in general terms that treaty is void if it conflict with a rule of jus cogens and to leave the full content of this rule to be worked out in state practise and in jurisprudence of international tribunals..."

Dari pandangan ILC tersebut di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa *jus cogens* merupakan aturan-aturan dasar hukum internasional umum yang dapat ditafsirkan sebagai *public policy* (ketertiban umum) dalam pengertian hukum nasional, *Public policy* (dan yang serupa dengan itu) dapat muncul dari setiap negara, misalnya terdapat aturan-aturan yang melarang (*prohibitory rules*). Fungsi dari setiap aturan yang melarang ini bertujuan untuk menjaga atau mencegah para pihak mengadakan suatu tindakan karena adanya hasrat untuk berbuat sesuatu akan tetapi bertentangan dengan aturan-aturan yang mempunyai sifat melarang tersebut.³⁵

Menurut Verdross, *jus cogens* hanya dapat terbentuk melalui norma hukum kebiasaan atau oleh konvensi multilateral. Meskipun mengakui bahwa sampai saat ini tidak ada kriteria yang jelas terhadap *jus cogens*, tetapi ia memberikan 3 type ketentuan *jus cogens* dalam hukum internasional, yaitu:³⁶

1. *those existing in the common interest of the whole international community*
2. *those created for humanitarian purpose*
3. *those introduced by the Charter of the United Nations against the treaties or use of force in the international relation*

Adapun Schwarzenberger berpendapat bahwa untuk membentuk suatu *jus cogens*, suatu aturan atau asas-asas hukum internasional harus memiliki sifat yang universal dan fundamental. Misalnya asas-asas yang

³³AJIL, vol 64 No 3, 1970, hlm. 536, sebagaimana dikutip Yudha Bhakti, *ibid*, hlm: 40

³⁴*ibid*

³⁵Schwarzenberger, *International Law and Order*, sebagaimana dikutip oleh Yudha Bhakti *ibid*, hlm. 41

³⁶AJIL Vol 60, 1966, sebagaimana dikutip oleh Agrawala, *op.cit*, hlm.158

bersangkutan mempunyai arti penting yang luar biasa (*exceptionally significant*) dalam hukum internasional. Di samping itu asas tersebut merupakan bagian yang esensial dari sistem HI yang ada atau yang berlaku. Apabila sifat-sifat tersebut diterapkan maka akan ditemukan tujuh asas fundamental dalam tubuh HI, meliputi kedaulatan, pengakuan, permufakatan, itikad baik, hak membela diri, tanggung jawab internasional, serta kebebasan di laut lepas.³⁷

Masih pada masalah identifikais *jus cogens*, Akehurst berpendapat *a rule cannot become a peremptory norms unless it is accepted and recognised (as such) by the international community of states community as a whole*.³⁸ Sementara Van Hoof mengemukakan bahwa diperlukan *double consent* bagi terbentuknya *jus cogens*. Tidak hanya untuk suatu kaedah menjadi norma hukum internasional tetapi juga untuk diperolehnya karakter international peremptory norms.³⁹ Beberapa hal yang bertentangan dengan *jus cogens* menurut Brownlie adalah perang agresi, *genocide*, perdagangan budak, pembajakan, kejahatan-kejahatan yang bertentangan dengan kemanusiaan, *self determination*, diskriminasi ras, pelanggaran

terhadap *UN Declaration on Permanent Sovereignty over Natural resources*.⁴⁰

Dari apa yang dipaparkan di atas meskipun parameter *jus cogens* belum jelas. Dari apa yang dipaparkan di atas meskipun parameter *jus cogens* belum jelas sebagaimana diakui oleh Bishop bahwa norma *jus cogens* masih dalam proses mencari bentuk.⁴¹ Sehingga senantiasa mengundang perdebatan di antara para sarjana hukum internasional.⁴² Namun untuk larangan penyiksaan, kejahatan terhadap kemanusiaan, tidak ada yang menyangkal bahwa aturan ini memiliki status *jus cogens*. Dengan demikian tidak dimungkinkan adanya aturan lain yang menetapkan lain yang bertentangan dengan aturan tersebut.

Pertimbangan-pertimbangan Hakim dalam Kasus Al-Adsani

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya ECHR menguatkan putusan pengadilan Inggris yang menyatakan bahwa Inggris tidak mempunyai yurisdiksi terhadap Kuwait mengingat Kuwait sebagai negara berdaulat berhak atas imunitas di depan pengadilan nasional. Dengan suara 9:8 ECHR

³⁷Schwanzerberger, *International Law and Order*, hlm. 27-28, sebagaimana dikutip oleh Yudha Bhakti, *Jus Cogens Dalam Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional*, *op.cit.*, hlm. 43

³⁸Akehurst, Michael, *A Modern Introduction to International Law*, 4th edition, London, 1982, hlm. 41

³⁹Van Hoof, *Rethinking The Source of International Law*, Godefridus Josephus Henricus, 1983, hlm. 157

⁴⁰Mieke Komar Kantaatmadja, "Beberapa Masalah Pokok Konvensi Wina 1969 Tentang Hukum perjanjian Internasional", Diktat untuk S1 dan S2, Jurusan Hukum Internasional, Fakultas Hukum Padjadjaran, Bandung, 1981, hlm.35

⁴¹Yudha Bhakti, "Pengertian Jus Cogens Dalam Konvensi Wina 1969 Tentang Perjanjian Internasional", *op.cit.*, hlm. 39

⁴²*Ibid.*, hlm. 7

memutuskan bahwa Inggris tidak melanggar Pasal 6 (1) *The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* yang berbunyi *In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.*

Hal yang menarik dari pertimbangan-pertimbangan hukum yang digunakan oleh hakim adalah bahwa di satu sisi hakim mengakui bahwa larangan penyiksaan memiliki status *jus cogens*. Ada beberapa *judicial statement* yang menempatkan larangan penyiksaan sebagai *jus cogens*. Dalam kasus Furundza yang diputus oleh *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, pengadilan dengan tegas menetapkan bahwa larangan penyiksaan memiliki status sebagai *jus cogens* atau *peremptory norm*, menikmati kedudukan yang lebih tinggi dalam hierarki internasional dibandingkan *treaty law* atau juga 'ordinary' customary law. Pernyataan serupa juga dapat ditemukan dalam kasus-kasus lain di pengadilan internasional maupun nasional, termasuk di *The House of Lords* dalam kasus *ex Parte Pinochet*.⁴³

Namun demikian ECHR menyatakan tidak mampu melihat (*unable to discern*) ada instrumen internasional yang memiliki status *jus cogens* pula yang memberikan dasar hukum bahwa negara tidak lagi berhak menikmati imunitas atas gugatan perdata di pengadilan nasional negara lain untuk kasus penyiksaan yang terjadi di wilayahnya. Secara

husus disebutkan oleh ECHR bahwa tidak ada *the primary international instrument*, yaitu Pasal 5 *Universal Declaration of Human Rights*, Pasal 7 *The International Covenant on Civil and Political Rights*, juga Pasal 2 dan 4 *UN Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment* yang mengatur mengenai hilangnya imunitas negara tersebut.

Selanjutnya, ECHR juga mengakui adanya perkembangan baru berupa pendapat para pakar yang cenderung mengarah pada diabaikannya (*denied*) imunitas negara dalam kasus pelanggaran hak asasi manusia yang mempunyai karakter *jus cogens* namun demikian ternyata dalam praktek negara-negara ternyata dalam sebagian besar kasus tuntutan imunitas kedaulatan tetap berhasil sehingga tidak ada yang berubah dengan imunitas negara dalam hukum kebiasaan internasional menurut ECHR.⁴⁴

Di samping tidak mendapatkan dasar hukum dalam hukum internasional hakim juga menemukan bahwa penyiksaan yang dialami Al-Adsani terjadi di luar teritorial negara forum (Inggris) sehingga tidak masuk dalam perkecualian terhadap imunitas negara sebagaimana diatur dalam Pasal 5 (a) *The United Kingdom State Immunity Act 1978* yang menyatakan bahwa: *A State is not immune as regards proceedings in respect of: (a) death or personal injury..., caused by an act or omission in the United Kingdom...*

Ketentuan Pasal 5 *The State Immunity Act 1978* sendiri merupakan implementasi dari 1972 *European Convention on State Im-*

⁴³*Ibid*, Paragraf 60

⁴⁴*Ibid*, Paragraf 62

munity (*The Basle Convention*) yang telah berlaku sejak 11 Juni 1976. Pasal 11 *The Basle Convention* menetapkan sebagai berikut:

"A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred"

Di samping itu Pasal 15 *The Basle Convention* menetapkan bahwa *The Contracting State shall be entitled to immunity if the proceedings do not fall within the stated exceptions.*

Hak akses ke pengadilan bagaimanapun tidaklah mutlak, tetapi tunduk pada pembatasan-pembatasan yang diatur oleh hukum nasional. Dalam kasus Al-Adsani, ECHR mengemukakan bahwa imunitas kedaulatan merupakan suatu konsep dalam hukum internasional, dikembangkan oleh prinsip *par in parem non habet imperium*, negara tidak tunduk pada yurisdiksi negara lain. Pengakuan dan pemberian imunitas kedaulatan pada suatu negara dalam suatu *civil proceedings* memiliki tujuan yang sah berdasarkan hukum internasional yakni untuk mengembangkan kesopanan dan hubungan baik antar negara melalui penghormatan kedaulatan negara lain.⁴⁵

Hakim Pellonpaa dalam *concurring opinion*-nya menyatakan bahwa meskipun

memberikan prioritas yang absolut terhadap larangan penyiksaan sebagai suatu yang progresif, tetapi negara tetap harus hati-hati terhadap timbulnya resiko *pyrrhic victory*. Apabila pengadilan nasional mengabaikan imunitas negara asing dari proses pengadilan maka konsekuensinya akan berdampak jauh pada imunitas publik *property* negara asing dari eksekusi pengadilan nasional yang juga merupakan prinsip yang diakui oleh masyarakat internasional. Kemenangan dalam proses pengadilan tanpa bisa mendapatkan ganti rugi yang dituntut karena imunitas *public property* adalah *pyrrhic victory*. Prinsip imunitas negara diyakini dapat meningkatkan kerjasama internasional yang kondusif. Praktek internasional yang ada tidak menunjukkan bahwa dukungan terhadap *erga omnes* atau sifat *jus cogens* kemudian mewajibkan negara untuk menerima gugatan perdata yang diajukan oleh korban penyiksaan.⁴⁶

Hubungan antara Imunitas Negara, Yurisdiksi Negara, Hak Asasi Manusia dan Jus Cogens dalam Hukum Internasional

Dalam kasus Al-Adsani di *European Court of Human Right* dikemukakan adanya Teori hierarki normatif (*The Normative Hierarchy Theory*). Menurut para pendukung teori ini *state immunity* bukan *jus cogens* sehingga kedudukannya lebih rendah dari larangan melakukan penyiksaan (*torture*) yang mempunyai karakteristik khusus dalam

⁴⁵*Ibid*, paragraf 54

⁴⁶*Ibid*, paragraf 11-12

hukum internasional. Dengan demikian menurut mereka dengan kedudukan yang lebih rendah ini maka imunitas negara akan dicabut (*abrogated*) ketika negara melanggar hak asasi manusia yang merupakan *jus cogens*⁴⁷

Meskipun secara formal tidak pernah digunakan sebagai landasan dalam putusan-putusan pengadilan Amerika mengingat masih banyak keraguan validitasnya, tetapi teori hierarki normatif mendapat banyak dukungan dari para ahli hakim internasional. Tekanan-tekanan untuk digunakannya teori hierarki normatif banyak muncul dalam tuntutan-tuntutan pelanggaran HAM baik di pengadilan Amerika maupun Eropa. Cassese mengemukakan bahwa *peremptory norm* dapat mempengaruhi imunitas negara asing, dapat menanggalkan kekebalannya. Dengan mengutip *dissenting opinion* Hakim Wald dalam kasus *Prinz v Federal Republic Germany*, pakar hukum internasional yang lain, Bianchi mengemukakan bahwa penerimaan teori hierarki normatif dalam sistem hukum internasional adalah suatu kebutuhan nyata untuk menegaskan tidak adanya imunitas negara untuk pelanggaran HAM berat.⁴⁸

Bianchi, seorang pakar hukum internasional dari Eropa kontinental mengemukakan bahwa untuk menjamin keadilan dalam hukum internasional mesyaratkan hakim untuk melakukan interpretasi *value oriented* terhadap norma-norma hukum internasional, memberikan keutamaan pada *jus cogens* seperti perlindungan HAM di atas

norma-norma yang kurang penting, seperti imunitas negara.⁴⁹

Value oriented sebagaimana yang dikemukakan Bianchi nampak dalam kasus *Prefecture of Voiotia v Federal Republic of Germany* di Pengadilan Yunani. Kasus ini merupakan gugatan perdata terhadap Pemerintah Jerman yang pernah menduduki Yunani Selatan selama Perang Dunia kedua. Selama pendudukan tersebut tentara Nazi melakukan banyak pelanggaran berat HAM terhadap penduduk lokal khususnya di desa Distomo, Prefecture of Viotia tahun 1944. Lima puluh tahun kemudian para penuntut yang sebagian besar merupakan keturunan dari para korban Nazi mengajukan tuntutan ganti rugi pada Pemerintah Jerman di pengadilan Yunani. Pengadilan Yunani memutuskan bahwa Jerman tidak dapat meminta imunitas ketika terbukti melakukan pelanggaran *jus cogens*. Beberapa hal penting yang dikemukakan pengadilan adalah sebagai berikut:

- Ketika negara melanggar *peremptory norm* hukum internasional, ia tidak dapat mengharapkan pengakuan hak imunitasnya secara hukum, konsekuensinya ia dianggap telah menanggalkan imunitasnya;
- Tindakan pelanggaran *peremptory norm* tidak dapat dikualifikasikan sebagai suatu *sovereign acts* negara. Dalam kasus-kasus tersebut *defendant state* tidak dapat dipandang melakukan sesuatu dalam kapasitasnya sebagai yang berdaulat;

⁴⁷Caplan, Lee M, *op. cit.*, hlm 1

⁴⁸*Ibid*, hlm 768

⁴⁹*Ibid*, hlm.769-770

- Tindakan yang bertentangan dengan *peremptory norm* adalah *null dan void* dan tidak dapat memberikan hak yang sah seperti imunitas (dalam prinsip hukum umum dikenal sebagai *ex iniuria ius non oritur*);
- Pengakuan imunitas untuk sesuatu yang melanggar *peremptory international norm* akan menimbulkan *complicity* dalam hukum nasional untuk menghukum tindakan-tindakan yang sangat bertentangan dengan tata tertib hukum internasional (*international public order*);
- Permintaan imunitas untuk tindakan-tindakan yang melanggar *peremptory norms* akan menyebabkan penyalahgunaan hak;
- Prinsip kedaulatan teritorial adalah ketentuan yang fundamental dalam hukum internasional, mengalahkan prinsip imunitas, negara yang melanggar prinsip kedaulatan teritorial, menduduki secara tidak sah teritorial asing tidak mungkin dapat meminta penerapan prinsip imunitas untuk tindakan-tindakan yang dilakukannya selama pendudukan yang ilegal tersebut.

Di tingkat Mahkamah Agung, putusan pengadilan sebelumnya mendapat dukungan. Pengadilan yang mengemukakan adanya *torts as exception to immunity*. Kekejaman yang dilakukan Nazi adalah *abuse of power*, sehingga Jerman tidak dapat mendasarkan pembelaannya pada imunitas negara. Putusan pengadilan Yunani ini sangat menarik karena dimulai dari perbedaan privat dan publik dalam hukum imunitas negara. Negara yang menduduki wilayah negara lain harus melindungi hak-hak tertentu yang merupakan *jus cogens* dari yang diduduki terutama hak-

hak *family honor, life, privat property* dan kebebasan beragama berdasar Pasal 46 *The Haque Regulation*, Jerman. dianggap telah menanggalkan kedaulatannya secara diam-diam dengan melakukan pelanggaran tersebut. Putusan Pengadilan Yunani memberikan kontribusi yang sangat besar terhadap eksistensi teori Hierarki Normatif.

Menanggapi apa yang dikemukakan teori hierarki normatif, Caplan mengemukakan bahwa sebenarnya tidak ada konflik antara norma hukum internasional imunitas negara dengan larangan penyiksaan. Konflik yang terjadi sebenarnya adalah antara perlindungan HAM dengan hak negara forum untuk mengatur otoritas organ judicialnya (*Right of adjudicatory jurisdiction*). Imunitas negara merupakan pengecualian dari prinsip yurisdiksi teritorial dan sebagai hukum kebiasaan internasional, tidak mencakup pelanggaran HAM. Litigasi perlindungan HAM ada pada tingkat domestik dan sebagai pelaksanaan *Right of adjudicatory jurisdiction*. Negara forum memiliki otoritas terakhir untuk menetapkan imunitas negara asing termasuk menetapkan tertutupnya pengadilan nasional untuk litigasi HAM negara asing. Perlindungan imunitas negara asing terhadap pelanggaran HAM yang dilakukannya bukanlah prosedur hukum internasional. Dengan demikian sebenarnya konflik yang terjadi bukan antara *jus cogens* dan imunitas negara tetapi antara *jus cogens* dan prinsip *adjudicatory jurisdiction*. Norma HAM dan *state immunity* saling menguatkan satu sama lain, mengatur aspek-aspek yang khusus dan berbeda dari *international legal order*. Di satu sisi norma HAM melindungi hak individu yang tidak dapat dicabut dan sah secara hukum pelaksanaannya terhadap interferensi negara dan

penyalahgunaan kekuasaan aparat negara, disisi lain norma imunitas negara memungkinkan aparat negara untuk membawa fungsi publik mereka secara efektif untuk menjamin *the orderly conduct of international relations*.⁵⁰

Untuk menunjukkan adanya konflik antara norma hukum internasional, teori hierarki normatif harus bisa membuktikan adanya norma *jus cogens* yang melarang mengakui imunitas negara asing dalam kasus pelanggaran HAM. Sayang sekali hal ini tidak dapat dibuktikan oleh para pendukung teori tersebut.

Kelemahan teori hierarki normatif yang lain menurut Caplan adalah bahwa Para pendukung teori hierarki normatif gagal untuk membuat daftar yang tepat norma-norma HAM yang mempunyai sifat *peremptory*. Dengan kondisi karakter *jus cogens* yang *undefined*, teori hierarki normatif akan berpotensi melucuti imunitas negara asing, yang dapat menimbulkan masalah tersendiri bagi pengadilan-pengadilan nasional. Pengadilan-pengadilan nasional akan berada pada posisi yang sulit. Teori hierarki normatif tidak hanya akan mencabut hak-hak negara forum untuk mengatur akses ke pengadilannya sendiri tetapi juga akan memaksa mereka menetapkan apakah suatu norma hukum internasional tertentu sudah memperoleh status *jus cogens* atau belum, suatu pekerjaan yang belum terselesaikan oleh para pakar hukum internasional sampai saat ini.

Lebih lanjut dapat dikemukakan bahwa

secara logika, teori hierarki normatif akan mensyaratkan pengadilan-pengadilan memperlakukan pelanggar *jus cogens* secara seragam; termasuk norma *jus cogens* yang tidak berhubungan dengan HAM seperti *pacta sunt servanda*. Mengijinkan pengadilan menetapkan parameter *jus cogens* melalui penerapan teori hierarki normatif akan merusak prinsip pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) yaitu memindahkan *foreign policy making power* dari bidang politik pemerintah ke pengadilan. Akhirnya sebagaimana yang dikemukakan oleh hakim Pellonpa dan Bratze dalam kasus Al-Adsani, pengadopsian teori hierarki normatif akan menjadi langkah pertama yang dapat mengelincirkan dan mengancam tata tertib serta kerjasama internasional antara negara-negara; dimulai dengan mencabut imunitas negara asing dari yurisdiksi teritorial yang kemudian akan menjalar cepat ke imunitas terhadap *state property*.⁵¹

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, konflik yang terjadi di lapangan adalah pada pondasi norma litigasi HAM yaitu antara perlindungan HAM dengan prinsip *ad-judicatory jurisdiction*. Para pengkritik teori hierarki normatif mempertanyakan sejauh mana hubungan keduanya. Apakah prinsip yurisdiksi negara seperti kebebasan negara untuk melaksanakan yurisdiksi teritorialnya melalui institusi pemerintahnya sendiri termasuk pengadilan nasionalnya bukan merupakan *jus cogens*? Menanggapi masalah ini, Shaw mengemukakan bahwa

⁵⁰*Ibid*

⁵¹Concurring Opinion of Judge Bratze, paragraf 12 dan Concurring Opinion of Judge Pellonpa, paragraf 8-9

Prinsip yurisdiksi negara merupakan prinsip inti (*core principle*) hukum internasional, merupakan bangunan dasar internasional legal order, ... "the principle whereby state is deemed to exercise exclusive power over its territory can be regarded as a fundamental axiom of classical international law"⁵² Lebih lanjut Shaw mengemukakan bahwa sebagian besar aturan-aturan dasar hukum internasional memberikan nilai tertinggi pada perlindungan integritas teritorial, kemerdekaan dan persamaan negara.⁵³

Sampai saat ini dapat dikemukakan bahwa dalam bidang-bidang HAM dan hukum lingkungan internasional yang merupakan bidang hukum internasional yang relatif baru tidak dapat dikatakan bahwa aturan-aturan internasional di kedua bidang tersebut akan membatasi otoritas negara untuk menetapkan yurisdiksinya sendiri atas negara asing.⁵⁴ Hakim Marshal dalam kasus klasik the Schooner mengemukakan bahwa... *jurisdiction is exclusive and absolute, any exception to the jurisdiction of state must be based on its consent.*⁵⁵

Apabila prinsip yurisdiksi negara sedemikian pentingnya bagi masyarakat internasional dan mendapat status *jus cogens*, maka dalam kaitannya dengan masalah litigasi HAM dapat menimbulkan konflik baru antara dua *jus cogens*. Masalahnya adalah adakah hierarki norma-norma tubuh *jus cogens* itu sendiri. Jika ada, *jus cogens* mana yang

mendapat posisi lebih atau paling utama, yurisdiksi teritorial negara atau perlindungan HAM? Prinsip imunitas negara, yurisdiksi, HAM dan *jus cogens* merupakan prinsip-prinsip penting dalam hukum internasional yang saling melengkapi satu sama lain. Prinsip-prinsip tersebut tidaklah dapat kita pertentangkan satu sama lain berdasarkan tinggi rendah kedudukan prinsip tersebut sebagaimana yang dikemukakan para pendukung teori hierarki normatif. Teori hierarki normatif dalam beberapa hal tidak dapat memberikan klarifikasi yang memuaskan para penentangannya. Teori yang mengargumenkan bahwa prinsip yang memperoleh status *jus cogens* akan mengalahkan prinsip yang tidak memiliki status tersebut tidak dapat menjelaskan bagaimana ketika konflik terjadi antara dua prinsip *jus cogens*. Sampai saat ini prinsip *jus cogens* belum jelas parameternya. Sampai saat ini pula belum pernah ada aturan yang menetapkan hierarki sesama aturan *jus cogens*. Akan sangat membingungkan dan tidak memberikan kepastian hukum bilamana teori ini diterapkan dalam hubungan internasional.

Berkaitan dengan lemahnya teori hierarki normatif juga berdasarkan latar belakang munculnya prinsip imunitas negara sebagaimana dipaparkan di atas, Caplan mengusulkan apa yang dinamakannya. Teori *Collective State Benefit*. Berdasarkan teori ini

⁵²Shaw, Malcolm, hlm.331

⁵³*Ibid*, hlm.332

⁵⁴Mark Gibney, Katarina Tomasevski and Jens Vedsted-Hansen, "Transnational State Responsibility for Violation of Human Rights, dalam *Harvard Human Rights Journal*, Vol 12, Spring 1999, hlm.3

⁵⁵Oppenheim, 391

perbuatan negara asing yang tidak sesuai dengan prinsip hubungan internasional yang saling menguntungkan akan gagal memperoleh imunitas karena berada di luar perjanjian hukum imunitas negara asing. Contoh yang dapat dikemukakan adalah tindakan negara asing yang membahayakan kepentingan vital negara forum seperti pelanggaran HAM terhadap warga negara dari negara forum. Dengan demikian pembatasan imun tidaknya negara tidak pada masalah *jure gestionis* atau *jure imperii* sebagaimana yang dikemukakan oleh teori imunitas terbatas tapi pada apakah tindakan negara asing membahayakan kepentingan vital negara forum atau tidak.⁵⁶ Dengan parameter ini diharapkan hukum nasional dapat lebih akurat menetapkan dalam hukum nasionalnya mengenai *adjudicatory jurisdiction* yang dimilikinya.⁵⁷

Meskipun negara forum berhak memodifikasi hukum nasionalnya ke arah perlindungan yang lebih baik akses korban HAM, tetapi menurut Caplan negara harus tetap mengingat koridor –koridor tertentu dalam hukum internasional, antara lain:⁵⁸

1. setiap perubahan kebijakan imunitas negara asing di negara forum harus konsisten dengan aturan internasional tentang *adjudicatory jurisdiction*
2. negara forum harus tunduk pada beberapa prinsip utama hukum internasional

sebagaimana ditetapkan dalam Piagam PBB seperti prinsip penyelesaian sengketa secara damai, perlindungan HAM, juga kemerdekaan dan kedaulatan negara lain.

Menanggapi putusan ECHR yang dipandang tidak berpihak pada keadilan korban pelanggaran HAM berat, Ferrari Bravo, dalam dissenting opinion-nya menyayangkan ketidakberanian hakim dalam mengeluarkan putusan kasus Al-Adsani. Ferrari menyatakan bahwa ECHR telah kehilangan peluang emasnya untuk menetapkan sanksi terhadap tindakan penyiksaan. Dengan mengutip kasus Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary and others juga kasus ex parte Pinochet Ugarte Maret 1999, Ferrari menyatakan bahwa efek dari status *jus cogens* larangan penyiksaan adalah bahwa penyiksaan merupakan kejahatan di bawah hukum internasional. Hal ini berarti setiap negara memiliki kewajiban untuk memberikan kontribusi terhadap penghukuman penyiksaan dan tidak dapat bersembunyi dibalik argumen-argumen formal seperti perbedaan prosedur perdata dan pidana untuk menghindarkan diri memberikan keputusan (*judgment*).⁵⁹

Pendapat Ferrari juga didukung oleh hakim Rozakis dalam *joint dissenting opinion*-nya yang menyatakan bahwa dengan mengakui status larangan penyiksaan sebagai *jus cogens* maka seharusnya hambatan

⁵⁶Parameter kepentingan vital negara forum sebagaimana yang dikemukakan Caplan lewat teori *collective state benefit*-nya juga dapat menimbulkan masalah baru bilamana tidak ada ukuran yang jelas apa yang dimaksud dengan kepentingan vital.

⁵⁷*Ibid*

⁵⁸*Ibid*, hlm.778

⁵⁹Dissenting opinion of Judge Ferrari Bravo, paragraf 1-4

prosedur dalam hukum nasional sebagaimana yang dikemukakan hakim ECHR hilang secara otomatis. Pembedaan kasus perdata dan pidana sebagaimana yang dikemukakan oleh ECHR tidaklah penting dewasa ini khususnya dalam pelanggaran HAM berat sebagaimana yang dilakukan Kuwait. Hal yang lebih penting adalah memberikan legal efek terhadap aturan *jus cogens* yang telah dilanggar. Terlebih lagi bila hakim ECHR menyadari bahwa imunitas negara asing hanya merupakan perkecualian yang diberikan oleh negara forum.⁶⁰

Senada dengan dua *dissenting opinion* di atas, Hakim Loucaides menyatakan keprihatinannya terhadap putusan ECHR yang hanya melihat dari sisi formalitasnya saja dan tidak berani melakukan terobosan baru. Selimut imunitas yang digunakan ECHR baik berdasar hukum internasional maupun hukum nasional yang diterapkan pengadilan menurut Loucaides adalah tidak proporsional, merupakan hambatan terhadap proses penegakan hukum HAM, pengingkaran hak-hak korban penyiksaan untuk mendapatkan ganti rugi

Simpulan

Pertimbangan-pertimbangan hukum yang digunakan hakim ECHR sebagaimana dikemukakan di atas memang dapat dibenarkan berdasarkan hukum internasional maupun hukum nasional Inggris. Tidak ada sumber hukum yang memiliki status *jus cogens* yang melarang diberikannya imunitas kepada negara pelanggar larangan penyiksaan.

Meskipun banyak pendapat para pakar HAM yang menyatakan perlu dihapuskannya imunitas negara ketika negara melanggar HAM berta tetapi dalam praktek permohonan imunitas negara tetaplah diberikan atau diutamakan oleh negara forum. Dengan demikian tidak ada yang berubah dengan hukum kebiasaan internasional. Demikian pula, karena penyiksaan terhadap Al-Adsani terjadi di luar teritorial Inggris maka berdasarkan hukum nasional Inggris tidak termasuk pada perkecualian dimana negara tidak berhak atas imunitasnya.

Baik imunitas negara asing yang merupakan bagian dari prinsip yurisdiksi negara maupun larangan penyiksaan yang mempunyai status sebagai *jus cogens* merupakan prinsip-prinsip penting hukum internasional. Keberadaannya saling melengkapi satu sama lain tidak dapat dipertentangkan tinggi rendahnya sebagaimana yang dikemukakan teori hierarki normatif. Meskipun imunitas negara hanya berstatus hukum kebiasaan, tetapi keberadaannya sangat penting untuk menjaga kedaulatan negara juga keharmonisan, kerjasama dan tata tertib internasional. Dalam kasus Al-Adsani sebenarnya tidak ada konflik antara doktrin imunitas negara yang berstatus hukum kebiasaan internasional dengan larangan penyiksaan yang berstatus *jus cogens*. Konflik yang terjadi adalah antara aturan perlindungan HAM dan *adjudicatory jurisdiction* dalam hukum nasional Inggris.

Kasus Al-Adsani semakin membuktikan bahwa Pengakuan terhadap individu sebagai

⁶⁰Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflisch Joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic, paragraf , paragraf 3-8

subyek hukum internasional masih sangat lemah dan terbatas. Individu tidak lebih dari sekedar obyek yang dapat dimintai pertanggungjawaban ketika ia melakukan kejahatan-kejahatan internasional. Sebaliknya, individu sangat sulit menuntut haknya ketika ia dirugikan, terlebih bila negara dimana ia menjadi warga negara tidak mau membela dan memperjuangkan hak-haknya yang sudah dilanggar negara lain.

Kasus Al-Adsani juga membuktikan adanya kevakuman dalam hukum internasional khususnya menyangkut penegakan hukum HAM. Sudah saatnya aturan HAM internasional menegaskan bahwa negara tidak dapat berlindung dibalik selimut "imunitas"-nya ketika melakukan pelanggaran HAM berat. Akan sangat tidak adil bagi korban penyiksaan seperti Al-Adsani bilamana imunitas negara tetap diutamakan karena berarti menutup aksesnya ke pengadilan negaranya sendiri untuk meminta ganti rugi negara asing yang melakukan penyiksaan terhadap dirinya. Apalagi upaya jalur diplomatik yang telah diupayakannya pun gagal karena Pemerintah Inggris tidak menanggapinya. Jalur pengadilan internasional seperti Mahkamah Internasional pun akan tertutup baginya bila Inggris tidak mau mewakilinya atau bilamana Kuwait tidak setuju membawa kasus ini ke Mahkamah Internasional. Upaya ke pengadilan Nasional Kuwait tentu akan lebih sulit lagi. Putusan yang adil tentu akan sulit didapatkannya. Disamping itu jaminan keselamatan dirinya di Kuwait tentu merupakan persoalan yang serius juga.

Selanjutnya, dari kasus ini nampak bahwa Teori klasik hukum internasional tentang Imunitas negara terbatas yang berlaku saat ini yang membedakan tindakan negara dalam iure

imperii dan iure gestionis sudah tidak mencukupi kebutuhan lagi.

Belajar dari kasus Al-Adsani sudah saatnya dewasa ini instrumen HAM internasional menegaskan bahwa negara dapat digugat secara perdata atas pelanggaran HAM berat yang dilakukannya tanpa membatasi nasionalitas pemohon gugatan, tempat terjadinya pelanggaran HAM berat tersebut serta forum atau pengadilan apa yang digunakan. Negara otomatis akan kehilangan imunitasnya ketika ia melakukan pelanggaran HAM berat. Agar supaya tidak terjadi kemenangan pihak penggugat yang hanya kemenangan di atas kertas maka sudah saatnya pula ada instrumen hukum internasional baik bilateral maupun regional ataupun yang universal untuk mengatur lebih lanjut dari imunitas *state property* dalam kasus pelanggaran HAM berat bilamana negara asing tersebut tidak mau tunduk atau melaksanakan putusan pengadilan nasional negara forum. Disamping itu, sudah saatnya pula negara-negara memiliki instrumen nasional tentang imunitas negara asing di pengadilan nasionalnya yang tidak hanya berparameter pada apakah tindakan negara itu *iure gestionis* atau *iure imperii* saja. Imunitas negara asing hanya merupakan perkecualian yang diberikan oleh negara forum, dengan demikian negara forum berhak tidak mengakui imunitas tersebut ketika terjadi pelanggaran HAM berat. Penggolongan tradisional ini terbukti sudah tidak mencukupi kebutuhan lagi dalam hubungan internasional saat ini.

Daftar Pustaka

Adolf, Huala *Aspek-Aspek negara dalam Hukum Internasional*, Jakarta: Rajawali

-
- Press, 1991.
- Ardiwisastra, Yudha Bhakti, "Perkembangan Penerapan Imunitas kedaulatan negara Dalam Penyelesaian Perkara di Forum Pengadilan: Studi Perbandingan atas praktek Indonesia Di Forum Pengadilan Asing", *Disertasi*, Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung, 1995.
- Gautama, Sudargo, *Soal-soal Aktual Hukum Perdata Internasional*, Bandung: Alumni, 1981.
- Gautama, Sudargo, Sudargo Gautama, Aneka Perkara Indonesia di Luar Negeri, Bandung: Alumni, 1999.
- Hoof, Van, *Rethinking The Source of International Law*, Godefridus Josephus Henricus, 1983.
- Kantaatmadja, Mieke Komar "Beberapa Masalah Pokok Konvensi Wina 1969 Tentang Hukum perjanjian Internasional", *Diktat* untuk S1 dan S2, Jurusan Hukum Internasional, Fakultas Hukum Padjadjarannnn, Bandung, 1981
- Kusumaatmadja, Mochtar, *Pengantar Hukum Internasional*, Buku I: Bagian umum, Binacipta, cetakan ke-4, 1982.
- Martin, Dixon, *Textbook on International Law*, fourt edition, London: Blackctone Press Limited, United Kingdom, 2000.
- Nusantara, Abdul Hakim G., *Konvensi PBB tentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lain yang kejam tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia*, Jakarta: ELSAM, 1994
- O'Connell, *International Law*, Vol II, 2th edition, London: Stevens & Sons Ltd, 1970.
- Permanasari, Arlina, dkk, *Pengantar Hukum Humaniter, ICRC*, Jakarta, 1999.
- Shaw, M.N, *International Law*, Grotius Publication, third edition, 1991.
- SK, Agrawala, *Essays on The Law of Treaties*, Orient Longman, Bombaay-Calcutta-Mdraas-New Delhi, 1992.
- Starke, JG, *Introduction to International Law*; London: Butterworths, 9th edition, 1984.
- Starke, JG, *Pengantar Hukum Internasional*, Edisi ke-10, Jilid I, dialihbahasakan oleh Bambang Djajaatmadja, Iriana, Jakarta: Sinar Grafika, 1992.
- Makalah/Artikel:**
- Bhakti, Yudha, "Imunitas Kedaulatan negara Dalam Penyelesaian Perkaara di Forum pengadilan Asing", *paper ceramah* pada PPS UII, Yogyakarta, 22 April 1997
- Bhakti, Yudha, "Pengertian Jus Cogens Dalam Konvensi Wina 1969 Tentang Hukum Perjanjian", dalam *Majalah Padjadjaran*, No 1, 1981, FH Univeritas Padjadjaran, Bandung.
- Caplain, Lee. M, "State Immunity, Human Rihgts, and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory", dalam *American Journal of International Law*, vol 97, 2003.
- Gibney, Mark, Katarina Tomasevski and Jens Vedsted-Hansen, "Transnational State Responsibility for Violation of Human

Rights, dalam *Harvard Human Rights Journal*, Vol 12, Spring 1999.

Pusat Studi Hukum Humaniter, Usakti, Jakarta, 1999.

Jackson, H John, "Sovereignty-Modern: A New Approach To an Outdated Concept" , dalam *American Journal of International Law (AJIL)* Vol.97, 2003.

Rizki, Rudi, "Proses Penyelesaian Kasus Pelanggaran berat HAM", *makalah pada penataran hukum HAM dan Humaniter internasional*, kerjasama ICRC dengan Unilak, Pekanbaru, 25 Juli-2 Agustus 2003

Sudjatmiko, Andrey, "Perlindungan HAM dalam Hukum HAM dan Hukum Humaniter Internasional", dalam *kumpulan tulisan*,

Dokumen

Al-Adsani v United Kingdom, App. No.35763/97, November, 21, 2001, ECHR judgment.

Convention against Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment 1984.

International Covenant of 1966 on Civil and Political Right (ICCPR).

Rome Statute of the International Criminal Court 1998.

□□□