

Kasus Rohingya dan Tanggung Jawab Negara dalam Penegakan Hak Asasi Manusia

Rohingya Case and State Responsibility in the Enforcement of Human Rights

Nalom Kurniawan

Pusat Penelitian dan Pengkajian Perkara, Pengelolaan Teknologi Informasi
dan Komunikasi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta

E-mail: nalom.mkri@gmail.com

Naskah diterima: 12/09/2017 revisi: 21/10/2017 disetujui: 29/11/2017

Abstrak

Dugaan terjadinya pelanggaran HAM terhadap suku Rohingya di Myanmar telah menjadi perhatian dunia Internasional. Suku Rohingya yang telah tinggal beberapa generasi di bagian wilayah Myanmar, tidak diakui kewarganegaraannya oleh pemerintah Myanmar. Bahkan selain itu, terjadi pula beberapa gelombang kekerasan yang diindikasikan bertujuan untuk menghilangkan identitas Rohingya sebagai salah satu suku yang ada di Myanmar. Sebagai sebuah negara berdaulat, Myanmar memiliki kewajiban untuk memberikan perlindungan hukum terhadap warganya. Penyelesaian kasus dugaan pelanggaran HAM terhadap warga Rohingya harus segera ditempuh oleh pemerintah Myanmar guna penghormatan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia. Jika tidak ada langkah-langkah efektif yang ditempuh oleh pemerintahan Myanmar dalam memberikan perlindungan terhadap suku Rohingya, maka mekanisme hukum internasional merupakan alternatif yang harus ditempuh untuk memberikan perlindungan terhadap HAM bagi suku Rohingya.

Kata kunci: Rohingya, Pelanggaran Hak Asasi Manusia, Tanggung Jawab Negara.

Abstract

The alleged of human rights violations against Rohingya tribe in Myanmar have been the concern of the international public. Rohingya tribe who has lived a few generations in the territory of Myanmar, is not admitted as citizens by the government of Myanmar. Moreover, there have also been several violent acts are indicated to eliminate the identity of Rohingya as one of the tribes in Myanmar. As a sovereign country, Myanmar has an obligation to provide legal protection to its citizens. The settlement of alleged cases of human rights violations against Rohingya citizens must be immediately taken by the government of Myanmar for respect and protection of human rights. If there are no effective measures taken by the government of Myanmar to provide protection to the Rohingya tribe, then the mechanism of international law is an alternative that must be taken to provide protection for human rights for the Rohingya tribe.

Keywords: *Rohingya, Human Rights Violations, State Responsibility.*

PENDAHULUAN

Pemberitaan tentang pembantaian muslim Rohingya pada Oktober 2016 tahun lalu,¹ telah mengejutkan publik di tingkat regional dan internasional. Di era yang sangat terbuka dan kebebasan pers begitu dijunjung tinggi seperti saat ini, telah terjadi dugaan pelanggaran berat HAM di negeri Burma (Myanmar) yang berbatasan sebelah barat dengan Bangladesh dan India. Peristiwa dugaan pelanggaran berat HAM ini, telah menyebabkan eksodus besar-besaran ribuan warga Rohingya yang mengungsi ke Indonesia, Malaysia, Thailand, dan India. Bahkan, *United Nations High Commissioner for Refugees* (UNHCR) memperkirakan setidaknya 150.000 orang melarikan diri dari perbatasan Myanmar menuju Bangladesh dan India sejak tahun 2012. Hal ini dipicu sejak munculnya gerakan Rohingya *Elimination Group* pada tahun 2012 yang bertujuan untuk menghapus kaum Rohingya dari bumi arakan. Gerakan Rohingya *Elimination Group*, telah memaksa puluhan ribu orang untuk tinggal di kamp-kamp konsentrasi dan menyebabkan ratusan orang lainnya meninggal dunia.

Negeri bekas koloni Inggris yang mendapatkan kemerdekaannya pada tanggal 4 Januari 1948 ini, memiliki jumlah penduduk lebih dari 50 puluh juta jiwa. Mayoritas penduduk yang merupakan keturunan dari ras Mongol ini merupakan

¹ <http://www.republika.co.id/berita/internasional/global/16/11/19/ogucyp415-ini-gambaran-pembantaian-militer-myanmar-terhadap-muslim-rohingya>, diunduh 28 Juli 2017.

pemeluk Budha yang taat. Meski telah merdeka sejak 1948, bukan berarti kehidupan politik dan masyarakat di negeri Burma ini, berjalan tanpa aral dan gejolak. Setidaknya terdapat beberapa peristiwa pergolakan politik yang dapat dicatat pasca kemerdekaan Myanmar 1948. Sebuah laman mengungkapkan secara kronologis tentang terjadinya peristiwa Rohingya sebagai berikut:²

1. *yaitu upaya mengintimidasi kaum Rohingya dan memaksa mereka keluar dari wilayah arakan dengan melakukan operasi King Dragon pada tahun 1978;*
2. *tidak diakuinya kewarganegaraan kaum Rohingya sebagai bagian dari 135 kelompok etnis resmi di Myanmar pada tahun 1982;*
3. *pengembalian secara paksa para pengungsi Rohingya yang telah melarikan diri ke Bangladesh akibat tidak mampu bertahan dalam situasi konflik yang berkepanjangan pada tahun 1990, serta pemusnahan rumah ibadah (Masjid) dan sekolah pada tahun 2001;*
4. *munculnya gerakan Rohingya elimination group yang didalangi oleh kelompok ekstrimis yang menamakan dirinya 969. Gerakan ini bertujuan untuk menghapus kaum Rohingya dari bumi arakan. Akibat dilakukannya gerakan ini, sekitar 140.000 orang dipaksa tinggal di kamp konsentrasi yang menyebabkan 200 orang tewas;*
5. *terjadinya eksodus besar-besaran warga Rohingya dengan menggunakan kapal untuk mengungsi ke Indonesia, Malaysia, dan Thailand. Eksodus ini menyebabkan ribuan orang terkatung-katung di lautan dan banyak diantaranya meninggal dalam perjalanan. UNHCR memperkirakan setidaknya terdapat 150.000 orang melarikan diri dari perbatasan Myanmar-Bangladesh sejak Januari 2012 – 2015;*
6. *pembantaian terhadap muslim Rohingya yang terjadi pada bulan Oktober 2016 yang menewaskan 150 orang dan 3 desa yang hangus dibakar.*

Meski jumlah korban, waktu dan tempat kejadian atas dugaan pelanggaran HAM yang terjadi terhadap warga Rohingya tidak ada yang memiliki angka pasti, namun beberapa diantaranya dapat dikonfirmasi kebenarannya. Sebagaimana rilis yang dikeluarkan oleh *Human Rights Watch* sebagaimana diberitakan oleh BBC, lebih dari 1.200 rumah telah diratakan dengan tanah di beberapa kampung tempat tinggal umat Islam Rohingya di Myanmar dalam enam pekan belakangan ini (terhitung sejak oktober – November 2016). Bahkan, lampiran foto satelit terhadap bangunan rumah yang dimusnahkan turut dilampirkan dalam pemberitaan

² <https://act.id/rohingya/>, diunduh 4 Agustus 2017

tersebut.³ Perusakan rumah warga tersebut diindikasikan dilakukan oleh Militer Myanmar yang sedang menggelar operasi militer di kawasan tersebut. Namun tidak mudah untuk melakukan verifikasi terhadap peristiwa sesungguhnya, karena akses untuk masuk ke dalam wilayah tersebut sangat terbatas. Tidak hanya bagi warga negara sipil dan asing, bagi wartawan sekalipun tidak diberikan akses untuk meliput di sekitar tempat peristiwa itu terjadi.

Tindakan diskriminasi terhadap warga Rohingya semakin nampak terlihat dari surat rahasia Myanmar yang disampaikan Aung San Suu Kyi saat bertemu pelapor khusus PBB bocor ke publik. Sebagaimana diberitakan Reuters, Suu Kyi dalam pernyataannya kepada pelapor khusus PBB mengatakan pemerintahnya tidak akan menggunakan kata “Rohingya” dan menggantinya dengan “masyarakat penganut Islam di Rakhine”. Pemerintah Myanmar tidak mengakui kewarganegaraan Rohingya yang telah tinggal beberapa generasi di negara itu. Masyarakat Rohingya menurut pemerintah Myanmar, dianggap sebagai pendatang ilegal dari Bangladesh, sehingga tidak layak dianggap sebagai warga negara.⁴

Komisi Tinggi PBB untuk bidang HAM, Zeid Ra’ad Al Hussein menyatakan bahwa masyarakat Rohingya telah diperlakukan secara diskriminatif. Mereka tidak bisa mendapatkan pekerjaan dan bahkan untuk mendapatkan pengobatan saja harus mendapatkan dokumen khusus sebagai pengantar ke rumah sakit. Hal ini berakibat pada tingginya angka kematian bayi karena penanganan terhadap ibu hamil yang seringkali terlambat untuk mendapatkan penanganan medis. Komisi Tinggi HAM PBB bahkan menyatakan bahwa, warga Rohingya telah lama menjadi sasaran kekerasan dan menjadi korban kejahatan terhadap kemanusiaan yang serius dan bersifat sistematis.⁵ Bahkan hingga saat ini (Agustus 2017), pemberitaan tentang operasi militer pemerintahan Myanmar terhadap warga Rohingya masih terus berlangsung.

Peristiwa Rohingya tentu menggugah rasa kemanusiaan. Tindakan pemerintah Myanmar yang tidak memberikan kewarganegaraan bagi warga Rohingya, sikap diskriminatif, terjadinya pengungsian besar-besaran, tidak diakuiinya entitas Rohingya sebagai salah satu etnis di Myanmar, pemusnahan sejumlah pemukiman dan tempat ibadah, dan berbagai tindakan lainnya oleh pemerintah Myanmar,

³ <http://www.bbc.com/indonesia/trensosial-38074272>, diunduh 10 Agustus 2017.

⁴ <https://www.cnnindonesia.com/internasional/20160622171132-106-140164/aung-san-suu-kyi-haramkan-kata-rohingya-saat-bertemu-pbb/>, diunduh 15 Agustus 2017.

⁵ Lihat, Myanmar, *The Rohingya Minority: Fundamental Right Denied*, Amnesty International, May 2004, AI Index: ASA 16/005/2004 <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA16/005/2004/en/dom-ASA160052004en.pdf>, diunduh 18 Agustus 2017.

merupakan tindakan yang dapat dikategorikan sebagai tindakan pelanggaran berat terhadap hak asasi manusia. Peristiwa ini tentu saja membawa konsekuensi logis bagi pemerintah Myanmar sendiri (sebagai negara) untuk menyelesaikannya. Bahkan, jika pemerintahan Myanmar dianggap tidak melakukan langkah-langkah yang cukup dalam penyelesaian peristiwa di negaranya, komunitas internasional (dalam hal ini PBB), dapat mengambil langkah-langkah yang efektif guna menyelesaikan peristiwa yang terindikasi sebagai pelanggaran HAM berat tersebut. Untuk itu, tulisan ini berupaya untuk menguraikan tanggung jawab negara dalam hal terjadinya pelanggaran berat HAM, dan peran internasional dalam penyelesaian pelanggaran HAM, serta beberapa contoh penyelesaian pelanggaran HAM di negara lain.

PEMBAHASAN

1. Tanggung Jawab Negara dalam Penegakan HAM

Istilah tanggung jawab negara dapat digunakan dengan dua istilah yang berbeda, yakni: *responsibility* dan *liability*. Menurut Bryan A. Garner, *responsibility* diartikan sebagai *liability*.⁶ *Liability* adalah tanggung jawab hukum pada masyarakat atau lainnya.⁷ Jadi *Liability* atau *responsibility* adalah keperluan untuk mengikat keberadaan di antara orang yang bersalah dan memperbaiki kesalahan.⁸ Menurut hukum internasional tanggung jawab negara timbul dalam hal negara itu merugikan negara lain.⁹ Prinsip tanggung jawab ini merupakan perkembangan dari "*maxim sic utere tuo alienum ut non laedas*".¹⁰ Artinya suatu kegiatan tidak boleh merugikan pihak lain.

Menurut Rosalyn Higgins, hukum tentang tanggung jawab negara tidak lain adalah hukum yang mengatur akuntabilitas (*accountability*) terhadap suatu pelanggaran hukum internasional. Kata 'akuntabilitas' diartikannya dalam dua pengertian, yaitu: *pertama*, negara memiliki keinginan untuk melaksanakan perbuatan dan/atau kemampuan mental (*mental capacity*) untuk menyadari apa yang dilakukannya, dan *kedua* adanya suatu tanggung jawab (*liability*) untuk tindakan negara yang melanggar hukum internasional (*international*

⁶ Garner Bryan A., *Black's Law, Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group, St. Paul, Minn, 1999, h. 925.

⁷ *Ibid.*, h. 1314.

⁸ *Ibid.*, h. 378.

⁹ F. Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 1994, h. 77.

¹⁰ M. Daud Silalahi, *Hukum Lingkungan dalam Sistem Penegakan Hukum Lingkungan Indonesia*, Alumni, Bandung: Alumni, 2001. h. 180.

wrongful behavior) dan tanggung jawab tersebut (*liability*) harus dilaksanakan.¹¹ Pertanggungjawaban dapat juga berupa kewajiban memberikan jawaban yang merupakan perhitungan atas suatu hal yang terjadi, dan kewajiban untuk memberikan pemulihan atas kerugian yang mungkin ditimbulkannya.¹²

Pada dasarnya tanggung jawab negara bersumber dari suatu tindakan-tindakan salah secara internasional (*international wrongful act*).¹³ Jika suatu negara melanggar suatu kewajiban internasional, negara tersebut bertanggung jawab untuk pelanggaran yang dilakukannya.¹⁴ *International Law Commission* (ILC) tahun 1975, membatasi tanggung jawab negara sebagai pertanggungjawaban negara-negara bagi tindakan-tindakan salah (*wrongful acts*) secara internasional. Hal ini sesuai dengan *Draft Article 1*, ILC 1996 mengenai *state responsibility*, menentukan bahwa setiap tindakan-tindakan salah secara internasional (*international wrongful acts*) dari negara melahirkan tanggung jawab negara.¹⁵ Tindakan yang salah (*internationally wrongful act*) menurut *Draft Article 3* ILC 1996, yakni:

- a. merupakan tindakan atau kelalaian (*action or omission*) yang secara hukum dapat dikaitkan dengan negara (*attributable to state*), dan;
- b. merupakan pelanggaran terhadap kewajiban internasional (*breach of an international obligation*).¹⁶

Malcolm N. Shaw, menyebutkan bahwa, karakteristik utama dari tanggung jawab negara didasarkan pada faktor-faktor sebagai berikut:

- a. adanya suatu kewajiban hukum internasional yang berlaku antara dua negara tertentu;
- b. adanya suatu perbuatan atau kelalaian yang melanggar kewajiban hukum internasional tersebut yang melahirkan tanggung jawab negara; dan
- c. adanya kerusakan atau sebagai akibat adanya tindakan yang melanggar hukum (*unlawful act*) atau kelalaian (*omission*).¹⁷

Tanggung jawab negara diatur oleh standar-standar internasional (meskipun dalam pelanggaran khusus suatu standar internasional dapat memasukkan suatu

¹¹ Higgins Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press, 1994, h. 147, sebagaimana dikutip oleh Huala Adolf, *Op. Cit.*, h. 256.

¹² F. Sugeng Istanto, *Loc. Cit.*

¹³ J.G. Starke, *Introduction to International Law*, Eighth Edition, Butter Worth & Co. (Publishers) LTD, London, 1977, h. 319.

¹⁴ Higgins Rosalyn, *Problems and Process, International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press, 1994, h. 146.

¹⁵ Draft Article 1 International Law Commission 1996, lihat pada D.J. Harris, *Cases and Materials On International Law*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 1998, h. 485. Ketentuan ini sama dengan ketentuan *Article 1* dari *Draft Article on Responsibility of States*, ILC 2001.

¹⁶ *Ibid.*, dan ketentuan ini sama dengan *Article 2 Draft Article on Responsibility of States*, ILC 2001.

¹⁷ Shaw Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, fourth edition, 1997, h. 542.

standar nasional), dalam hal itu bergantung pada hukum internasional mengenai apakah dan sejauh mana tindakan atau kelalaian dari suatu negara tertentu dianggap sah atau salah.¹⁸ Tanggung jawab negara dapat direalisasikan dalam bentuk,¹⁹ yaitu:

- a. *Pemulihan kerugian atau pembayaran ganti rugi (represif), dan*
- b. *Pencegahan timbulnya kerugian (preventif).*

Prinsip tanggung jawab negara yang diterapkan dalam bentuk *preventif*, yaitu dalam bentuk standar tindakan dan standar teknologi, dituangkan dalam bentuk standar kewajiban, dan secara khusus dituangkan dalam suatu perjanjian, termasuk kelengkapan kelembagaan dan mekanisme penerapannya.²⁰ Sedangkan prinsip tanggung jawab negara dalam bentuk *represif*, yaitu dalam bentuk rumusan tertentu tentang tanggung jawab atau ganti rugi, dan ditempatkan sebagai bagian khusus dari perjanjian tertentu.²¹

Dalam *Draft Article on Responsibility of States*, ILC 2001, menentukan tanggung jawab negara dalam bentuk, yaitu: tindakan penghentian (*cessation*) dan tidak mengulangi tindakan (*non repetition*),²² dan tindakan perbaikan (*reparation*) yang berupa penggantian kerugian (*restitution*), ganti rugi (*compensation*), dan *satisfaction*, atau kombinasi dari seluruhnya.²³

Secara historis, prinsip tanggung jawab negara memiliki kaitan erat dengan HAM. Pengaturan hukum HAM dalam hukum internasional, pada awalnya dikembangkan melalui (prinsip) tanggung jawab negara atas perlakuan terhadap orang asing atau *state responsibility for the treatment of aliens*. Dalam prinsip ini, terkandung aturan mengenai cara bagi orang asing untuk mengajukan tuntutan akibat dari perlakuan yang salah dari negara terhadap dirinya. Selanjutnya dikembangkan prosedur dalam hukum HAM internasional yang memungkinkan para korban pelanggaran HAM untuk mengajukan tuntutan secara langsung terhadap negara.²⁴ Hukum tanggung jawab negara atas kerugian orang asing tersebut juga dapat dipandang sebagai perintis jalan bagi hukum HAM Internasional.²⁵ Adapun kaidah hukum yang berlaku untuk melakukan tuntutan oleh negara-negara atas

¹⁸ J.G. Starke, *Op.Cit.*, h. 320.

¹⁹ Ida Bagus Wiyasa Putra, *Tanggung Jawab Negara terhadap Dampak Komersialisasi Ruang Angkasa*, Bandung: Refika Aditama, 2001, h. 61.

²⁰ Springer Allen L., *The International Law of Pollution*, London: Quorum Book, 1983, h. 268.

²¹ Ida Bagus Wiyasa Putra, *Op. Cit.*, h. 67.

²² Article 30 dari *Draft Article*, ILC 2001.

²³ Article 34, dan lihat pula Article 31, 35, 36, dan 37. *Ibid*.

²⁴ Shelton Dinah, *Remedies in International Human Right Law*, New York: Oxford University Press, 1999, h. 14

²⁵ *Ibid*.

nama warga negaranya bersumber dari *general principles of law recognized by civilized nations* dan selanjutnya diterapkan oleh para arbitrator dan pengadilan internasional. Sedangkan, menurut *the Restatement of the Foreign Relations Law of the United States 3rd (1987)*, dewasa ini negara-negara mulai menggunakan norma-norma HAM sebagai dasar untuk mengajukan tuntutan atas kerugian warga negaranya.²⁶

Perkembangan untuk meletakkan tanggung jawab negara langsung atas pelanggaran hukum internasional juga dikukuhkan dalam *Genocide Convention* (Konvensi tentang Pembunuhan massal Manusia) yang telah diterima oleh Sidang Umum PBB pada tanggal 9 Desember 1948. Menurut ketentuan dalam konvensi ini, orang perorangan yang terbukti telah melakukan tindakan genosida harus dihukum, terlepas dari persoalan apakah mereka itu bertindak sebagai perseorangan, pejabat pemerintah, pimpinan pemerintahan atau negara.²⁷ Pelanggaran oleh negara terhadap kewajiban berkaitan dengan perlindungan dan jaminan terhadap HAM, akan berakibat pada timbulnya tanggung jawab negara. Hal ini sebagaimana pendapat Victor Conde yang menyatakan bahwa:²⁸

"A human rights norm creates an "obligations" or "duty" on the state to respect that right. Violation or breach of obligation entails recourse to implementation measures, depending upon the institutional context, such as individual or interstate complaints seeking reparations or other redress, or possibly criminal prosecution, or the imposition of economic sanctions."

Pendapat yang sama disebutkan oleh C. De Rover yang menyebutkan bahwa "dalam setiap sistem hukum harus ada tanggung jawab atas kegagalan melaksanakan kewajiban yang dibebankan oleh peraturan-peraturan. Dalam hukum internasional tanggung jawab tersebut dikenal sebagai tanggung jawab (*responsibility*). Tanggung jawab timbul, karena pelanggaran kewajiban yang dibebankan oleh hukum internasional.²⁹ Sebagaimana pendapat Malcolm N. Shaw, hukum internasional yang menentukan tentang apa yang dimaksud dengan tindakan salah secara internasional, terlepas dari ketentuan hukum nasional.³⁰ Dengan kata lain, walaupun hukum nasional menganggap suatu perbuatan bukan merupakan pelanggaran hukum, namun apabila hukum internasional menentukan

²⁶ Buergental Thomas, *International Human Right*, St. Paul, Minn: West Publishing. Co., 1995, h. 14-15.

²⁷ *Ibid.*, h. 76-77.

²⁸ Conde, *Op.Cit.*, h. 102.

²⁹ Rover, C. de, *Op.Cit.*, h. 21.

³⁰ Shaw, Malcolm N, *International law, Fourth Edition*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, h. 543.

sebaliknya maka negara harus tetap bertanggung jawab. Hal tersebut oleh Sugeng F. Istanto dijelaskan sebagai berikut:³¹

“Pertanggungjawaban negara menurut hukum internasional hanya timbul karena pelanggaran hukum internasional. Pertanggungjawaban itu tetap timbul meskipun menurut hukum nasional negara yang bersangkutan perbuatan itu tidak merupakan pelanggaran hukum. Perbedaan itu mungkin disebabkan oleh karena perbuatan itu oleh hukum nasional negara tersebut ditetapkan sebagai perbuatan yang melanggar hukum atau karena pelaku perbuatan tersebut tidak menimbulkan pertanggungjawaban negara.”

Akibat dari perbedaan antara pertanggungjawaban negara menurut hukum internasional dan hukum nasional ialah, bahwa suatu negara tidak dapat menghindari pertanggungjawaban internasionalnya berdalih atas kebenaran menurut hukum nasionalnya.³² Terkait dengan pelanggaran berat HAM, oleh karena saat ini HAM telah diatur di dalam sejumlah instrumen hukum HAM internasional, maka pelanggaran tersebut akan menjadi suatu persoalan internasional dan tidak dapat lagi diklaim semata-mata sebagai urusan dalam negeri suatu negara. Sekalipun suatu perbuatan pelanggaran berat HAM mendapat dasar pembeda dalam hukum nasional suatu negara, namun tindakan pelanggaran tersebut akan tetap menimbulkan tanggung jawab negara menurut hukum internasional.

Tanggung jawab tidak hanya berlaku dalam kasus negara itu sendiri sebagai pelaku, tetapi juga dalam keadaan tindakan seseorang atau badan dapat dipersalahkan kepada negara. Tindakan badan negara akan dipandang sebagai tindakan dari negara tersebut menurut hukum internasional, baik badan tersebut termasuk ke dalam otoritas konstituen, legislatif, eksekutif, peradilan maupun otoritas lainnya, baik fungsinya bersifat internasional maupun internal dan baik memegang posisi atasan atau bawahan dalam negara tersebut.³³ Doktrin ini dikenal sebagai doktrin *imputability*. Doktrin ini merupakan salah satu fiksi dalam hukum internasional. Latar belakang doktrin ini yaitu bahwa negara sebagai suatu kesatuan hukum yang abstrak tidak dapat melakukan “tindakan-tindakan” yang nyata. Negara baru dapat melakukan suatu tindakan hukum tertentu melalui pejabat-pejabat atau perwakilan-perwakilannya yang sah.³⁴

³¹ F. Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Yogyakarta: Atma Jaya, 1998, h. 78.

³² Robertson Q.C., Geoffrey, *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan, Perjuangan untuk Mewujudkan Keadilan Global*, Jakarta: Komnas HAM, 2002, h.. 308.

³³ Rover, C. de, *op.cit.*, h. 23.

³⁴ Huala Adolf, *Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 1990, h.. 191.

Dalam kaitan dengan tindakan yang dilakukan oleh pegawai negeri (*public servant*), apapun kapasitas mereka, pertimbangan yang sangat penting yang harus diambil adalah sifat dari tindakan yang dituduhkan yang menimbulkan kerugian kepada orang atau harta kekayaan, atau sifat dari fungsi yang dilaksanakan kapan saja suatu perkara diajukan atas tuduhan yang pantas kepada mereka. Jika tindakan tersebut dilakukan dalam kapasitas resmi (publik) dari orang tersebut, terlepas dari hakikat dan sifat hukum mereka, maka negara bertanggung jawab atas tindakan tersebut.³⁵

Tanggung jawab juga berlaku bahkan dalam keadaan tindakan tersebut secara langsung bertentangan dengan perintah otoritas atasan. Negara bersangkutan tidak dapat berlindung dibelakang pendirian bahwa sesuai dengan ketentuan sistem hukumnya, tindakan atau kelalaian tersebut seharusnya tidak terjadi atau seharusnya tidak mengambil bentuk yang berbeda.³⁶ Konsekuensi hukum utama dari tanggung jawab negara akibat pelanggaran hukum internasional adalah reparasi atas kerugian material maupun moral akibat pelanggaran tersebut. Prinsip reparasi secara lengkap dapat dilihat pada putusan ICJ dalam *Chorzow Factory*:³⁷

Reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to that value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principle which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.

Berdasarkan putusan ICJ tersebut maka reparasi, sejauh mungkin, harus menghapuskan semua konsekuensi dari tindakan ilegal dan memulihkan kembali situasi yang mungkin ada jika tindakan tersebut tidak dilakukan. Reparasi demikian dapat berbentuk baik *restitusi of kind* (pemulihan dalam keadaan semula) atau pembayaran dalam jumlah yang sama dengan *restitusi of kind* dalam hal pemulihan demikian tidak mungkin.

Istilah reparasi dapat digunakan secara sempit dengan pengertian ganti rugi berupa uang. Lebih umum, hal itu mengacu kepada seluruh upaya *remedies* yang

³⁵ Rover, C. de, *op.cit.*, h.. 24.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Jorgensen, Nina HB, *The Responsibility of State for International Crimes*, Oxford University Press, 2000, h.. 187.

tersedia atas pelanggaran suatu kewajiban internasional.³⁸ Adapun Ian Brownlie mengartikan reparasi secara luas, tidak hanya meliputi pembayaran kompensasi (atau restitusi) tapi juga meliputi permintaan maaf, penghukuman terhadap orang-orang yang bertanggung jawab, pengambilan langkah-langkah untuk mencegah pelanggaran terhadap kewajiban, dan bentuk-bentuk tindakan lainnya.³⁹

Masalah reparasi juga diatur di dalam Pasal 13 Draft ILC, yaitu sebagai berikut:

1. The responsible state is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act;
2. *Injury includes any damages, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a state*

Berdasarkan Draft ILC tersebut maka negara bertanggung jawab untuk melakukan reparasi secara penuh atas kerugian akibat adanya tindakan salah secara internasional, dimana kerugian tersebut akan meliputi semua kerugian, baik material maupun moral. Istilah kerugian secara moral merujuk pada kehilangan *non-pecuniary* yang seringkali tidak jelas dan sulit untuk dihitung.⁴⁰ Berdasarkan pendapat Schwabzeberger, maka ganti rugi atas kerugian secara moral tersebut dapat diberikan dalam bentuk *satisfaction* yaitu ganti rugi dalam bentuk, seperti permintaan maaf yang biasanya dimintakan untuk kerugian-kerugian non material atau moral (kepribadian suatu bangsa).⁴¹

Menurut Sugeng F. Istanto, *satisfaction* merupakan pemulihan atas perbuatan yang melanggar kehormatan negara. *Satisfaction* dilakukan melalui perundingan diplomatik dan cukup diwujudkan dengan permohonan maaf secara resmi atau jaminan tidak akan terulangnya perbuatan.⁴² Namun demikian, pembayaran ganti rugi secara material juga dapat diberikan untuk kerugian-kerugian yang bersifat *non-pecuniary*. Sebagai contoh dalam kasus *the I'm Alone*, pengadilan memerintahkan Amerika Serikat membayar ganti rugi sebesar U\$ 25,000, kepada Kanada atas tindakannya yang menenggelamkan kapal Kanada tersebut (*the I'm Alone*). Jumlah uang tersebut bukan didasarkan kepada nilai kerugian kapal atau muatannya, tetapi semata-mata didasarkan kepada adanya penghinaan terhadap pemerintah Kanada.⁴³ Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa

³⁸ Shelton, Dinah, *Remedies In International Human Rights Law*, New York: Oxford University Press, 1999, h.. 320.

³⁹ Brownlie, Ian, *Principles Of Public International Law, Third Edition*, Clarendon Press Oxford, New York, 1997, h.. 460.

⁴⁰ Jørgensen, *Op.Cit.*, h.. 185.

⁴¹ Hualá Adolf, *Op.Cit.*, h.. 198.

⁴² Sugeng F. Istanto, *Op.Cit.*, h.. 78.

⁴³ D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law, Fifth Edition*, Sweet and Maxwell, London, 1998, h.. 519.

kewajiban negara menyangkut HAM internasional pada intinya menekankan pada dilaksanakannya penghukuman terhadap para pelaku pelanggaran HAM melalui proses pengadilan dan diberikannya ganti rugi atau rehabilitasi bagi para korban pelanggaran HAM.⁴⁴

Dalam perkembangan selanjutnya, hukum internasional semakin mengukuhkan pentingnya pertanggungjawaban secara hukum atas tindak pelanggaran HAM, baik yang termasuk katagori pelanggaran berat maupun kejahatan kemanusiaan (*crimes against humanity*). Berbagai instrumen hukum HAM internasional secara tegas mencantumkan kewajiban negara guna menghukum pelaku kejahatan terhadap integritas fisik seseorang. Penafsiran resmi dari berbagai badan internasional dan regional, maupun pendapat dari kalangan pakar terkemuka mengenai instrumen-instrumen tersebut secara berulang-ulang menekankan betapa pentingnya proses pengadilan dan penghukuman terhadap pelaku atas tindak pelanggaran berat HAM yang telah dilakukan. Selain itu, konvensi-konvensi internasional mengenai HAM juga mengukuhkan tentang arti pentingnya ganti rugi atau rehabilitasi bagi korban tindak pelanggaran berat HAM.”

2. Penuntutan dan Penghukuman terhadap Pelaku Pelanggaran HAM

Kewajiban negara untuk menghukum para pelaku pelanggaran berat HAM telah dikembangkan dalam berbagai instrumen hukum hak asasi manusia baik internasional maupun regional. Bahkan hukum kebiasaan internasional secara tegas melarang segala bentuk pembebasan hukuman terhadap pelanggaran berat HAM yang dilakukan secara sistematis. Komisi Hukum Internasional (*International Law Commission*) menyatakan bahwa pelanggaran terhadap kewajiban negara yang digolongkan sebagai *internationally wrongful act* yang mencakup pelanggaran berat HAM, juga dikategorikan sebagai kejahatan internasional (*international crime*).⁴⁵

Instruksi global maupun regional yang menafsirkan adanya kewajiban negara-negara untuk mengadili orang-orang yang bertanggung jawab atas pelanggaran HAM. Misalnya Komite HAM yang dibentuk berdasarkan Kovenan Sipil dan Politik berulang-ulang dalam keputusannya menyatakan bahwa peserta harus menyelidiki kasus-kasus penyiksaan, penghilangan orang dan pembunuhan ekstra-judicial serta mengajukannya ke pengadilan. Mahkamah Eropa juga menunjukkan bahwa

⁴⁴ Rudi M Rizki, *Tanggung Jawab Negara atas Pelanggaran Hak Asasi Manusia di Masa Lalu*, dalam Ildhal kasim dan Eddie Riyadi Terre, (Edit), *Op.Cit.*, h.. 312-313.

⁴⁵ Rudi M Rizki, *Catatan Mengenai Tanggung Jawab Negara Atas Pelanggaran Berat HAM*, dalam Mieke Komar (Et.al) (Ed), *Mochtar Kusumaatmadja: Pendidik dan Ngarawan*, Bandung: Alumni, 1999, h. 670.

pidanaan terhadap pelanggaran berat HAM sangat penting bagi penegakan konvensi HAM Eropa. Demikian juga keputusan-keputusan pengadilan HAM Inter Amerika dalam kasus Velasquez Rodriguez.⁴⁶ Mahkamah dalam kasus Velasquez Rodriguez menyatakan bahwa negara peserta tetap harus menghukum para pelaku pelanggaran berat terhadap integritas fisik seseorang, walaupun telah terjadi pergantian pemerintah.⁴⁷

Tuntutan agar dilakukan penghukuman terhadap para pelaku pelanggaran berat HAM merupakan kewajiban negara yang telah dibebankan oleh hukum internasional. Kewajiban negara untuk menghukum atau mengekstradisi orang-orang yang dituduh telah melakukan pelanggaran berat HAM dapat ditemukan di berbagai perjanjian internasional, antara lain terdapat dalam Konvensi Genosida, Konvensi Jenewa beserta Protokol Tambahan I, Konvensi Anti Penyiksaan, dan sebagainya. Kewajiban menghukum para pelaku genosida menurut Konvensi Genosida dinyatakan dalam Pasal IV dan VI, yaitu sebagai berikut:

"Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials, or private individuals; Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article II shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which that act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted it jurisdiction."

Berdasarkan ketentuan tersebut maka kewajiban negara untuk mengadakan penuntutan terhadap para pelaku kejahatan genosida dilakukan melalui:

1. menetapkan perundang-undangan berdasarkan konstitusi yang berisi pengenaan hukuman bagi orang-orang yang bersalah melakukan kejahatan genosida atau tindakan-tindakan lainnya;
2. melaksanakan peradilan nasional di negara di dalam wilayah tindakan kejahatan dilakukan;
3. Melakukan ekstradisi bagi pelaku kejahatan genosida, dengan mengecualikan kejahatan tersebut sebagai kejahatan politik.⁴⁸

Tindakan negara-negara tersebut juga mencakup tindakan pemberian informasi yang dibutuhkan kepada negara lain mengenai adanya pelaku yang

⁴⁶ *Ibid.* h. 673.

⁴⁷ *Ibid.* h. 674.

⁴⁸ Whiteman, Marjorie M, *A Digest of International Law*, Volume 11, Department of State Publication, Washington, 1986, h. 958.

melakukan pelanggaran berat, memberikan bantuan hukum bersama, menerima permintaan ekstradisi, dan keharusan untuk mengadili para pelaku kejahatan di depan pengadilan nasional negara tersebut.⁴⁹ Contoh kasus penerapan tanggung jawab negara berdasarkan Konvensi Genosida dapat dilihat pada *Case Concerning the Application of The Genocide Convention between Bosnia Herzegovina and Yugoslavia* yang diputus oleh ICJ. Pada tanggal 20 Maret 1993, Pemerintah Republik Bosnia-Herzegovina mengajukan aplikasi untuk melakukan *proceedings* melawan pemerintah Republik Yugoslavia berkenaan dengan sengketa menyangkut tuduhan pelanggaran terhadap Konvensi Genosida 1948. Dalam aplikasi tersebut dimasukkan Pasal IX Konvensi Genosida sebagai dasar bagi yurisdiksi Mahkamah.⁵⁰

Dalam memorialnya pada tanggal 15 April 1994, Bosnia-Herzegovina meminta ICJ untuk memutuskan dan mendeklarasikan:

1. *That...Yugoslavia...directly, or through the use of its surrogates, has violated and is violating the (Genocide Convention), by destroying in part, and attempting to destroy in whole, national, ethnic or religious groups within the, but not limited to the territory of the Republic of Bosnia-Herzegovina, including in particular the Muslim population, by*
 - *killing members group;*
 - *causing deliberate bodily or mental harm to members of the group;*
 - *deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*
 - *imposing measure intended to prevent births within thw group;*
2. *That...Yugoslavia...has violated and is violating the (Genocide Convention) by conspiring to commit genocide, by complicity in genocide, by attempting to commit genocide and by incitement to commit genocide;*
3. *That...Yugoslavia...has violated and is violating the (Genocide Convention) by aiding and abetting individuals and groups engaged in acts of genocide;*
4. *That...Yugoslavia...has violated and is violating the (Genocide Convention) by virtue of having failed to prevent and punish acts of genocide;*
5. *That...Yugoslavia...must immediately cease the above conduct and take immediate and effective steps to ensure full compliance with its obligations under the (Genocide Convention);*
6. *That...Yugoslavia...must wipe out the consequences of its international wrongful acts and must restore the situation existing before the violations of the (Genocide Convention) were committed;*

⁴⁹ Schindler, Dietrich & Jiri Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, Sijthoff & Noordhoff, Henry Dunant institute, Jenewa, 1981, h. 172-173.

⁵⁰ Jorgensen, *Op.Cit.*, h.. 264.

7. *thus, as a result of the international reponsibility incurred for the above violations of the (Genocide Convention) ... Yugoslavia ... is required to pay and ... Bosnia Herzegovina is entitled to received, in its own rights and as parens patriate for its citizens, full compensation for the damage and losses caused. In the ammount to be determined by the Court in a subsequent phase of the proceedings in this case.*

Bosnia Herzegovina mendasarkan argumennya pada Pasal IX Konvensi Genosida, yang mana menurut Bosnia Herzegovina memberikan tanggung jawab negara pada tiga tingkatan:

1. *Pemerintah Bosnia Herzegovina berpendapat bahwa suatu negara dapat dianggap bersalah atas genosida jika negara pejabat atau agen negara tersebut melakukan kejahatan genosida sebagaimana didefinisikan dalam Pasal II Konvensi, atau apabila melakukan salah satu dari tindakan yang disebutkan dalam Pasal III Konvensi.*
2. *Pemerintah Bosnia Herzegovina menekankan bahwa suatu negara dapat dianggap bersalah melakukan pelanggaran berat terhadap kewajiban sebagaimana di atur dalam Pasal I, IV, V dan VI Konvensi apabila negara tersebut gagal untuk mengaktifkan organ-organ dan instrumen-instrumen sistem hukum domestiknya untuk melarang dan mencegah individu-individu dari melakukan tindakan-tindakan genosida;*
3. *Pemerintah Bosnia Herzegovina berpendapat bahwa negara melakukan tindakan salah berdasarkan Pasal I dan IV Konvensi ketika negara tersebut gagal untuk mengadili dan menghukum individu-individu yang melakukan tindakan-tindakan genosida.⁵¹*

Untuk menentukan apakah Mahkamah memiliki yurisdiksi atas sengketa yang diajukan oleh para pihak, Mahkamah merujuk pada ketentuan Pasal IX Konvensi Genosida. Dalam perintahnya pada tanggal 8 April 1993, Mahkamah menyebutkan bahwa Pasal IX Konvensi merupakan dasar yang sah bagi Mahkamah dalam menetapkan yurisdiksinya.⁵² Pasal IX Konvensi berbunyi:

"Dispute between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the Present Convention, including those relating to the responsibility of a State for Genocide or any of other acts enumerated in Article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the Parties to the dispute".

⁵¹ Jorgensen, *Op.Cit.*, h.. 266.

⁵² Shaw, *Op.Cit.*, h. 211, Jorgensen, h. 269.

Selain itu, Mahkamah juga menegaskan kembali pandangan sebagaimana disebutkan dalam *Advisory Opinion* dalam *Reservation to the Genocide Convention*, bahwa kejahatan genosida merupakan “*shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity ...and its contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations*”. Untuk itu, Mahkamah meminta kepada kedua pihak untuk tidak mengambil tindakan yang dapat menambah buruk atau memperluas sengketa atas pencegahan atau penghukuman atas kejahatan genosida. Pemerintah Yugoslavia (Serbia dan Montenegro) diminta untuk mengambil semua tindakan dalam kewenangannya untuk mencegah tindakan kejahatan genosida, dan secara khusus meminta untuk menjamin bahwa suatu pasukan militer, paramiliter ataupun unit-unit bersenjata non reguler yang berada di bawah perintah atau dukungannya, sebagaimana halnya suatu organisasi dan orang-orang yang berada dalam kontrolnya, untuk tidak melakukan kejahatan genosida. Dalam *Order* nya pada tanggal 13 September 1993, Mahkamah menyebutkan bahwa langkah-langkah tersebut harus dilaksanakan secepatnya dan secara efektif.⁵³

Pada tanggal 11 Juli 1996, Mahkamah menolak keberatan yang diajukan oleh Yugoslavia. Mahkamah menekankan bahwa hal ini didasarkan pada obyek dan tujuan dari Konvensi Genosida bahwa hak dan kewajiban atas suatu negara yang terkandung di dalamnya merupakan kewajiban *erga omnes* dan bahwa kewajiban bagi tiap negara untuk mencegah dan menghukum kejahatan genosida tidak tergantung pada tipe dari konflik yang terjadi, baik konflik internasional maupun konflik non internasional. Selain itu Mahkamah juga menegaskan bahwa kewajiban negara untuk mencegah dan menghukum kejahatan genosida tidak dibatasi secara teritorial oleh Pasal VI Konvensi.⁵⁴

Selain dalam Konvensi Genosida 1948, kewajiban negara untuk menghukum para pelaku pelanggaran berat HAM, termasuk kejahatan terhadap kemanusiaan dapat ditemukan dalam Konvensi Anti Penyiksaan. Di dalam Pasal 4 Konvensi Anti Penyiksaan kewajiban untuk menghukum para pelaku penyiksaan diatur sebagai berikut:

“(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;

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, h.. 212.

(2) Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature."

Para pelaku pelanggaran berat HAM harus diberikan hukuman, karena pelanggaran berat HAM seperti genosida, kejahatan kemanusiaan, kejahatan perang merupakan kejahatan internasional.⁵⁵

"Most, if not all, gross and systematic violation necessitates prosecution of the perpetrators in addition to civil remedies for the victims. Genocide, crimes against humanity, and war crimes are not only human rights violations, they are international crimes."

Penegasan bahwa tidak boleh terjadi impunitas terhadap para pelaku pelanggaran berat HAM juga dinyatakan dalam bagian Mukadimah Statuta Roma, yaitu:

"Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at that national level and by enhancing international cooperation."

Pada dasarnya, mekanisme untuk menghukum para pelaku kejahatan kemanusiaan lebih ditekankan pada pengadilan nasional. Berbagai instrumen hukum internasional membebankan kewajiban pada negara-negara untuk melakukan proses hukum berbagai pelanggaran berat HAM dalam undang-undang nasional mereka. Berdasarkan undang-undang nasional-nya tersebut, negara dapat melaksanakan penuntutan dan penghukuman terhadap para pelaku kejahatan.

Mekanisme penyelesaian pelanggaran berat HAM di tingkat nasional, biasanya dibentuk oleh suatu negara dengan cara mendirikan suatu pengadilan khusus HAM. Pengadilan tersebut ada yang bersifat permanen maupun *ad hoc* (sementara) berdasarkan peraturan perundang-undangan nasional negara yang bersangkutan. Pembentukan pengadilan tersebut ada yang dilakukan secara mandiri oleh negara yang bersangkutan maupun bekerja sama dengan lembaga internasional seperti PBB.⁵⁶

Berkaitan dengan pengadilan yang didirikan berdasarkan perjanjian dengan PBB, dewasa ini dikenal pengadilan HAM yang sesungguhnya adalah pengadilan

⁵⁵ *Ibid.*, h.. 322.

⁵⁶ Andrey Sujatmoko, *Penerapan Prinsip Tanggung Jawab Negara Atas Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia Menurut Hukum Internasional*, Tesis, Universitas Padjajaran, 2004, h. 68.

“campuran” atau “mixed” yang merupakan *internationalized domestic tribunal*. Dikatakan “campuran” karena personil yang mengisi jabatan-jabatan hakim, jaksa, parastara terdiri dari warga negara setempat maupun warga negara asing yang diangkat oleh sekretaris jenderal PBB. Demikian pula halnya menyangkut pendanaan terhadap pengadilan tersebut. Hukum materiil yang diterapkan dalam persidangan pun tidak hanya hukum nasional negara yang bersangkutan, namun juga menggunakan norma-norma dari berbagai instrumen hukum HAM internasional, seperti: Konvensi Genosida, Konvensi Anti Penyiksaan, Konvensi Hak-hak Sipil dan Politik, Konvensi Jenewa, dsb.⁵⁷

Namun demikian, dalam praktiknya banyak negara tidak mau/tidak mampu melakukan penghukuman terhadap para pelaku. Ketidakmauan negara untuk menghukum para pelaku lebih disebabkan karena pelaku biasanya dilakukan oleh orang yang berkuasa atau sedang menduduki jabatan di negara tersebut, misalnya presiden atau perdana menteri. Sedangkan ketidakmampuan lebih disebabkan karena faktor situasi dan kondisi negara yang tidak memungkinkan untuk dilakukannya proses hukum bagi para pelaku, seperti antara lain tidak berfungsinya sistem peradilan, tidak tersedianya dana untuk membiayai proses peradilan, sumber daya manusia, masalah keamanan, dan sebagainya.⁵⁸

Dalam hal negara tidak mau atau tidak mampu untuk melaksanakan peradilan terhadap para pelaku kejahatan, maka penghukuman terhadap para pelaku kejahatan tersebut dapat dilakukan melalui mekanisme internasional. Mekanisme penyelesaian pelanggaran berat HAM di tingkat internasional terdiri dari Mahkamah HAM yang bersifat *ad hoc* dan permanen. Mahkamah HAM internasional *ad hoc* dibentuk berdasarkan suatu Resolusi DK PBB atas dasar adanya ancaman atas keamanan dan perdamaian dunia. Ketidakmauan dan ketidakmampuan negara yang diduga melakukan pelanggaran berat HAM untuk menyelesaikan masalah pelanggaran tersebut di tingkat nasional juga dapat mendasari dibentuknya Mahkamah HAM internasional *ad hoc*.⁵⁹ Secara teoretis, berdasarkan prinsip saling melengkapi (*complementary principle*) Mahkamah *Ad Hoc* Internasional akan melaksanakan tanggung jawab utama untuk mengadakan penuntutan terhadap tindakan-tindakan kejahatan hanya dalam kasus di mana peradilan-peradilan nasional gagal untuk melakukan penuntutan.⁶⁰ Mekanisme

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, h. 75.

⁵⁹ *Ibid.*, h. 71.

⁶⁰ Tony Pfanner, *The Establishment of A Permanent International Criminal Court*, dalam *International Review of The Red Cross*, Nomor 324, 1998, h.. 25.

penegakan hukum atas para pelaku kejahatan kemanusiaan melalui Mahkamah permanen dilakukan oleh Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Law*). Statuta Mahkamah tersebut disetujui dalam Konferensi Diplomatik PBB di Roma, Italia pada tanggal 17 Juli 1998 dan baru mulai berlaku sejak tanggal 1 Juli 2002.

Prinsip yang menjadi dasar dari Statuta Roma ini adalah bahwa ICC merupakan pelengkap bagi yurisdiksi pidana nasional (Pasal 1 Statuta Roma). Ini berarti bahwa Mahkamah harus mendahulukan sistem nasional yang ada benar-benar tidak mampu (*unable*) dan tidak bersedia (*unwilling*) untuk melakukan penyelidikan atau menuntut tindak kejahatan yang terjadi, maka akan diambil alih menjadi di bawah yurisdiksi Mahkamah (Pasal 17). Meskipun Mahkamah mempunyai standar tersendiri untuk menilai sebuah peradilan nasional, statuta yang ada juga memungkinkan tertuduh atau negara bersangkutan untuk menentang campur tangan Mahkamah (Pasal 18 dan 19). Prinsip komplementaris menggarisbawahi bahwa Mahkamah tidak dimaksudkan untuk menggantikan sistem peradilan yang masih berfungsi, melainkan untuk menyediakan sebuah alternatif untuk mencegah *impunity* yang disebabkan karena sistem peradilan yang independen dan efektif tidak tersedia.⁶¹

Prinsip komplementaris merupakan prinsip baru dalam hukum internasional publik bahkan merupakan bahan sejarah baru dalam perkembangan hukum internasional. Lahirnya prinsip komplementaris memiliki arti yang sangat penting dalam perkembangan hukum internasional karena komunitas internasional telah menemukan cara yang tepat di dalam menghadapi masalah kejahatan internasional yang sangat mengguncangkan peradaban masyarakat internasional. Cara yang tepat dimaksud ialah bahwa telah dihasilkan suatu cara yang dianggap tepat guna dan efisien dimana keterlibatan masyarakat internasional di dalam kejahatan serius yang terjadi di suatu negara tidak mengurangi kedaulatan negara yang bersangkutan. Bahkan akan memperkuat kedaulatan dan kewibawaan negara tersebut.⁶²

Prinsip komplementaris memegang peranan yang sangat strategis dalam menjembatani kepentingan nasional (kedaulatan negara) dan kepentingan kerjasama internasional dalam pemberantasan kejahatan internasional. Di

⁶¹ Jerry Fowler, *Kata Pengantar Statuta Roma Tentang Mahkamah Pidana Internasional: Keadilan Bagi Generasi Mendatang*, dalam Statuta Roma, ELSAM, 2000, h. XI.

⁶² Maasba Magassing, *Yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional Menurut Statuta Roma dalam Hubungannya dengan Yurisdiksi Peradilan Nasional*, Tesis, Universitas Padjajaran, 2004, h. 90.

dalam proses pembahasan Statuta Roma, prinsip komplementaris diterima seluruh peserta konvensi dan diakui sebagai salah satu jalan keluar terbaik dan sangat bijaksana untuk mengatasi kebuntuan pendapat antara negara peserta yang mempertahankan sepenuhnya kedaulatan negara dan mengenyampingkan intervensi lembaga internasional ke dalam urusan dalam negeri dan peserta yang berkehendak mengenyampingkan kedaulatan negara yang bersifat absolut.⁶³

Adapun yang menjadi dasar untuk menentukan suatu negara tidak bersedia (*unwilling*) dalam mengadili suatu kejahatan terhadap kemanusiaan, adalah apabila:

- (1) langkah-langkah hukum sudah atau sedang dilakukan atau keputusan nasional diambil untuk tujuan melindungi orang yang bersangkutan dari tanggung jawab pidana atas kejahatan yang berada di bawah yurisdiksi Mahkamah sebagaimana tercantum dalam Pasal 5;
- (2) ada suatu penangguhan yang tidak dapat dibenarkan dalam langkah-langkah hukum yang dalam keadaan itu tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan pengadilan;
- (3) langkah-langkah hukum dulu atau sekarang tidak dilakukan secara mandiri atau tidak memihak, dan langkah-langkah tersebut dilakukan dengan cara di mana, dalam hal itu, tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan pengadilan.

Sedangkan untuk menentukan ketidakmampuan (*inability*) dalam suatu kasus tertentu apabila disebabkan oleh ketidakberdayaan secara menyeluruh atau sebagian dari sistem pengadilan nasionalnya, negara tersebut tidak mampu menghasilkan atau membawa tertuduh atau bukti dan kesaksian yang perlu atau sebaliknya tidak dapat melaksanakan langkah-langkah hukumnya.

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, apabila suatu negara tidak mampu atau tidak mau melaksanakan penghukuman terhadap para pelaku kejahatan kemanusiaan melalui mekanisme hukum nasionalnya, maka upaya penegakan hukum dapat dilakukan melalui mekanisme internasional. Salah satu contoh penerapan tanggung jawab negara untuk mengadili pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan melalui mekanisme internasional, khususnya melalui pengadilan *ad hoc* adalah *International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia* atau yang disebut juga dengan Mahkamah *Ad Hoc* Den Haag. Keputusan untuk membentuk mahkamah tersebut diambil karena dipengaruhi oleh tekanan politik dan moral

⁶³ *Ibid.*, h. 91-92.

dari berbagai negara agar berbuat sesuatu menyangkut Yugoslavia. Tekanan untuk membentuk mahkamah didasari oleh fakta bahwa Yugoslavia dan entitas bukan negara tidak dapat dipercaya untuk mengadili para kriminal, dan memang dalam beberapa kasus justru dipimpin oleh para kriminal.⁶⁴

Kewajiban negara untuk melakukan kerjasama dalam upaya penegakan hukum terhadap para pelaku kejahatan kemanusiaan juga diatur dalam Statuta Roma. Dalam Pasal 86 Statuta Roma disebutkan bahwa negara-negara akan bekerjasama secara penuh dengan Mahkamah untuk melakukan penyelidikan dan penuntutan terhadap kejahatan dalam yurisdiksi Mahkamah. Berdasarkan Pasal 87 ayat (5), Mahkamah dapat meminta kepada negara-negara yang bukan peserta Statuta untuk memberikan bantuan berdasarkan persetujuan *ad hoc* atau tiap persetujuan lainnya. Menurut ketentuan Pasal 89, apabila pelaku ditemukan di dalam wilayah suatu negara, maka negara tersebut diwajibkan untuk menahan dan menyerahkan untuk kemudian mentransfer pelaku pelanggaran HAM tersebut ke hadapan Mahkamah dalam rangka proses peradilan. Dengan demikian, tanggung jawab negara berdasarkan Statuta Mahkamah *Ad Hoc* dan Mahkamah Pidana Internasional pada dasarnya adalah tanggung jawab untuk bekerjasama secara penuh dalam membantu Mahkamah untuk melaksanakan kewenangannya.

Berkaitan dengan upaya penegakan hukum terhadap para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan adalah, negara mana sajakah yang memiliki tanggung jawab untuk melaksanakan upaya penegakan hukum tersebut. Pada awalnya dalam praktek internasional pada umumnya, diterima prinsip bahwa “hanya pihak yang memiliki hak atas kewajiban internasional yang dapat mengajukan klaim atas pelanggaran kewajiban tersebut”. Dengan kata lain, negara tidak memiliki hak secara umum atas pentaatan kewajiban internasional secara absolut. Hal ini sebagaimana disebutkan dalam *Advisory opinion* pada kasus *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the UN*.⁶⁵ Namun demikian dalam perkembangannya, prinsip ini mulai berubah.

Pada kasus *Barcelona Traction, 1970*, ICJ mengumumkan, dengan merujuk pada kewajiban negara atas perlakuan terhadap orang asing di dalam wilayahnya:

These obligations...are neither absolute nor unqualified. In particular an essential distinction should be drawn between the obligations of a state towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Jorgensen, *Op.Cit.*, h.. 93.

another state in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all state. In view of the importance of the rights involved. All states can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.

Dalam putusannya tersebut, ICJ telah membedakan antara dua jenis kewajiban negara, yaitu kewajiban antar negara dan kewajiban negara sebagai suatu komunitas secara keseluruhan. Kewajiban negara sebagai suatu komunitas secara keseluruhan merupakan persoalan semua negara. Semua negara mempunyai kepentingan hukum dalam perlindungan kewajiban tersebut. Kewajiban ini merupakan kewajiban *erga omnes*.⁶⁶

Berkaitan dengan kewajiban *erga omnes*, ILC menyebutkan bahwa:

The responsibility engaged by the breach of these obligations is engaged not only in regard to the state which was the direct victim of the breach: it is also engaged in regard to all the other members of the international community, so that, in the event of a breach of these obligations every states must be considered justified in invoking – probably through judicial cahnnels – the responsibility of the state committing the internationally wrongful act.

Berdasarkan pendapat ILC tersebut maka tanggung jawab akibat pelanggaran atas kewajiban *erga omnes* tidak hanya merupakan tanggung jawab dari negara yang menjadi korban langsung akibat pelanggaran tersebut, melainkan juga merupakan tanggung jawab semua anggota komunitas internasional. Oleh karena itu, dalam hal pelanggaran terhadap kewajiban *erga omnes*, maka setiap negara harus dianggap dengan sah dapat meminta (melalui saluran hukum), pertanggungjawaban dari negara yang melakukan tindakan salah. Kewajiban *erga omnes* akan timbul manakala kewajiban tersebut diakui oleh komunitas internasional secara keseluruhan. Dalam diskusinya mengenai Pasal 19 Draft Mengenai Tanggung Jawab Negara, ILC menjelaskan istilah “diakui oleh komunitas internasional secara keseluruhan” adalah:⁶⁷

“certainly does not mean the requirement of unanimuous recognition by all the members of that community, which would give each state an inconceivable right of veto. What it is intended to ensure is that a given internationally wrongfull act shall be recognized “as an intertional crime”,

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Jørgensen, Nina, H.B., *Op.cit.*, h.. 101.

not only by some particular group of states, even if it constitute a majority, but by all the essential components of the international community”.

Berdasarkan penjelasan ILC tersebut, istilah “diakui oleh komunitas internasional secara keseluruhan” tidaklah berarti bahwa harus diakui oleh semua anggota komunitas secara bulat. Hal yang ditekankan untuk dijamin adalah bahwa tindakan salah secara internasional harus diakui sebagai suatu kejahatan internasional, tidak hanya oleh beberapa kelompok negara tertentu, sekalipun merupakan mayoritas, tetapi oleh semua komponen penting dalam komunitas internasional.

Sesuai dengan penjelasan ILC, maka kewajiban *erga omnes* akan berkaitan dengan suatu tindakan salah secara internasional yang telah diakui sebagai kejahatan internasional oleh komunitas internasional. Untuk menentukan apakah suatu perbuatan merupakan kejahatan internasional atau tindak pidana internasional dapat dilihat dari ciri pokoknya. Ciri pokok dimaksud ialah tindakan tersebut harus mengandung unsur-unsur *transnasional* dan/atau *internasional*, serta harus diukur apakah mengandung unsur *necessity* atau *necessity element*.⁶⁸ Berdasarkan kriteria tersebut, Bassiouni memasukkan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu jenis kejahatan atau tindak pidana internasional karena memenuhi unsur transnasional dan unsur internasional (menggoyahkan perasaan kemanusiaan).⁶⁹ Kejahatan terhadap kemanusiaan juga telah dimasukkan sebagai salah satu jenis kejahatan internasional dalam 143 konvensi internasional sejak tahun 1812-1979.⁷⁰

Dengan demikian, maka tanggung jawab atas penegakan hukum terhadap para pelaku kejahatan kemanusiaan bukan semata-mata tanggung jawab dari negara yang terkait secara langsung atas kejahatan tersebut, yakni negara dimana kejahatan tersebut terjadi, atau negara dimana pelaku ataupun korban dari tindakan kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut merupakan warga negaranya. Setiap negara, sekalipun tidak terkait secara langsung dengan suatu tindakan kejahatan terhadap kemanusiaan memiliki tanggung jawab untuk mengadili dan menghukum pelaku kejahatan tersebut.

⁶⁸ Romli Atmasasmita, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Bandung: Refika Aditama, 2000, h.. 46.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, h.. 42.

KESIMPULAN

Peristiwa pelanggaran HAM yang terjadi di Rohingya telah menggugah rasa kemanusiaan banyak pihak. Tidak diakuinya etnis Rohingya ke dalam bagian daftar etnis yang berada di negeri Myanmar tersebut, merupakan upaya peniadaan terhadap HAM warga negara yang telah tinggal beberapa generasi di bagian wilayah negara tersebut. Tindakan itu bahkan ditindaklanjuti dengan tidak diberikannya status kewarganegaraan bagi etnis Rohingya. Bahkan, upaya penghapusan identitas dengan tidak mengakui nama 'Rohingya', oleh pemerintahan Myanmar, dapat dikategorikan sebagai suatu upaya yang sistematis untuk menghilangkan identitas etnis tertentu. Tindakan yang lebih mencemaskan adalah, adanya dugaan konfrontasi fisik berupa operasi militer yang diduga menewaskan ratusan masyarakat sipil tak berdosa. Tindakan konfrontasi fisik yang terjadi, telah menjadi pemicu terjadinya gelombang pengungsi etnis Rohingya ke beberapa negara.

Sebagai bagian dari warga bangsa-bangsa, Myanmar sebagai sebuah negara tentu memiliki kewajiban internasional yang harus dipenuhi. Ia tidak dapat menafikan hukum Internasional yang telah diakui, diadopsi, dan dipraktikkan di berbagai negara. Sebagai sebuah negara berdaulat, Myanmar memang memiliki hak untuk menyelesaikan persoalan dalam negerinya sendiri melalui mekanisme hukum yang dimiliki. Namun, guna menjaga objektivitas terhadap penyelesaian yang dilakukan secara mandiri oleh Myanmar, akses informasi dan adanya lembaga pemantau dari lembaga internasional wajib untuk diadakan. Pada sisi lain, jika mekanisme hukum nasional dianggap tidak cukup memadai untuk memberikan perlindungan hukum terhadap korban, dan memberikan sanksi kepada pelaku pelanggaran HAM, maka mekanisme hukum internasional dapat diberlakukan kepada Myanmar.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Allen L. Springer, 1983, *The International Law of Pollution*, London: Quorum Book.
- Andrey Sujatmoko, 2004, *Penerapan Prinsip Tanggung Jawab Negara Atas Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia Menurut Hukum Internasional*, Tesis, Universitas Padjajaran.

- Bryan A. Garner, 1999, *Black's Law, Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group, St. Paul, Minn.
- Buergental Thomas, 1995, *International Human Right*, St. Paul, Minn: West Publishing. Co.
- Dietrich Schindler and Jiri Toman, 1981, *The Laws of Armed Conflicts*, Jenewa: Sijthoff & Noordhoff, Henry Dunant institute.
- Dinah Shelton, 1999, *Remedies in International Human Right Law*, New York: Oxford University Press.
- D.J. Harris, 1998, *Cases And Materials On International Law*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London.
- D.J. Harris, 1998, *Cases and Materials on International Law*, Fifth Edition, London: Sweet and Maxwell.
- F. Sugeng Istanto, 1994, *Hukum Internasional*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta.
- Geoffrey Robetson Q.C., 2002, *Kejahatan terhadap Kemanusiaan, Perjuangan untuk Mewujudkan Keadilan Global*, Jakarta: Komnas HAM.
- Higgins Rosalyn, 1994, *Problems and Proces: International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press.
- Huala Adolf, 1990, *Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, Jakarta: Rajagrafindo Persada.
- Ian Brownlie, 1997, *Principles of Public International Law, Third Edition*, Clarendon Press Oxford, New York.
- Ida Bagus Wyasa Putra, 2001, *TanggungJawab Negara terhadap Dampak Komersialisasi Ruang Angkasa*, Bandung: Refika Aditama.
- Jerry Fowler, 2000, *Kata Pengantar Statuta Roma tentang Mahkamah Pidana Internasional: Keadilan Bagi Generasi Mendatang*, dalam Statuta Roma, ELSAM.
- J.G. Starke, 1977, *Introduction to International Law*, London: Eighth Edition, Butter Worth & Co. (Publishers) LTD.
- Malcolm N. Shaw, 1997, *International Law*, Cambridge University press, *fourth edition*.

Marjorie M, A Whiteman, 1986, *Digest of International Law*, Volume 11, Department of State Publication, Washington.

M. DaudSilalahi, 2001, *Hukum Lingkungan dalam Sistem Penegakan Hukum Lingkungan Indonesia*, Bandung: Alumni.

Mochtar Kusumaatmadja, 1999, *Pendidik dan Negarawan*, Bandung: Alumni.

Maasba Magassing, 2004, *Yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional Menurut Statuta Roma dalam Hubungannya dengan Yurisdiksi Peradilan Nasional*, Tesis, Universitas Padjajaran.

Nina HB Jorgensen, 2000, *The Responsibility of State for International Crimes*, Oxford University Press.

Romli Atmasasmita, 2000, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Bandung, Refika Aditama.

Internet

<http://www.republika.co.id/berita/internasional/global/16/11/19/ogucyp415-ini-gambaran-pembantaian-militer-myanmar-terhadap-muslim-rohingya>. diunduh 28 Juli 2017.

<https://act.id/rohingya> diunduh 4 Agustus 2017.

<http://www.bbc.com/indonesia/trensosial-38074272> diunduh 10 Agustus 2017.

<https://www.cnnindonesia.com/internasional/20160622171132-106-140164/aung-san-su-kyi-haramkan-kata-rohingya-saat-bertemu-pbb/> diunduh 15 Agustus 2017.

<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA16/005/2004/en/dom-ASA160052004en.pdf>. diunduh 18 Agustus 2017