

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Kerangka Teori

1. Hak Asasi Manusia (*Human Rights*)

a. Hak Asasi Manusia

Hak Asasi Manusia (*Human Rights*) merupakan hak manusia, yang melekat pada manusia, dimana manusia juga dikaruniai akal pikiran dan hati nurani* (Suryadi Radjab, 2002:7). HAM bersifat universal yang berarti melampaui batas negara, kebangsaan, dan ditujukan pada setiap orang baik miskin maupun kaya, laki-laki atau perempuan, normal maupun penyandang cacat dan sebaliknya. Dikatakan universal karena hak-hak ini dinyatakan sebagai bagian dari kemanusiaan setiap sosok manusia, tak peduli apapun warna kulitnya, jenis kelaminnya, usianya, latar belakang kultural dan agama atau kepercayaan spiritualitasnya (Soetandyo Wignjosoebroto, 2007:1).

Setiap manusia memiliki hak asasi yang setara dengan manusia lain, karena dirinya adalah manusia. HAM melekat pada manusia, individual dan otonom, hak asasi manusia ada dalam setiap pribadi manusia tanpa perantara hubungan-hubungan sosial. HAM bersifat individual: Seorang manusia yang terisolasi pada prinsipnya mempunyai hak asasi manusia (Rhoda E, Howard, 2000:124).

Sejarah HAM dimulai dari *Magna Charta Libertatum* (1215) oleh King John, yang membatasi kekuasaan raja (*absolutisme*), *Habeas Corpus* (1679) oleh parlemen Inggris, yang menuntut hak bagi orang yang ditahan untuk diadili dan dengan surat penahanan; *Bill of Rights* (1689) oleh parlemen Inggris, yang membatasi penguasa berdaulat dan menyatakan hak parlemen, termasuk hak berpendapat. Piagam ini belum mengklaim hak manusia secara universal, *Declaration of Independence* (1776), yang menyatakan bahwa manusia itu bebas, mempunyai hak menikmati hidup dan kebebasan, hak atas milik, dan hak atas kebahagiaan dan keamanan.

Tonggak berlakunya HAM internasional ialah pada DUHAM pada tanggal 10 Desember 1948 di Paris Perancis. Deklarasi ini ditanda tangani oleh 48 negara dari 58 negara anggota Persikatan Bangsa Bangsa dan disetujui oleh Majelis Umum PBB.

Dalam Pasal 1 DUHAM mengatur “Semua orang dilahirkan merdeka dan mempunyai martabat dan hak-hak yang sama. Mereka dikaruniai akal dan hati nurani dan hendaknya bergaul satu sama lain dalam persaudaraan”.

Lahirnya DUHAM membawa konsekuensi negara-negara anggota PBB untuk menyatakan bahwa mereka mengakui hak-hak setiap orang sebagai hak asasi yang harus dihormati guna mencegah atau setidaknya mengurangi berbagai tindakan dan kebijakan negara yang sewenang-wenang terhadap individu-individu warganya. Berdasarkan deklarasi ini semua negara menyatakan kewajibannya untuk menghormati (*to respect*) dan memenuhi (*to fulfil*) hak-hak asasi setiap warganya (Hendriati Trianita dalam Suryadi Radjab, 2007:7).

b. Teori-teori HAM

Ada beberapa teori yang penting dan relevan dengan persoalan HAM, antara lain, yaitu: teori hak-hak kodrati (*natural rights theory*), teori positivisme (*positivist theory*), dan teori relativisme budaya (*cultural relativist theory*).

1) Teori Hak-Hak Kodrati (*Natural Rights Theory*)

Menurut teori hak-hak kodrati, HAM adalah hak-hak yang dimiliki oleh semua orang setiap saat dan di semua tempat oleh karena manusia dilahirkan sebagai manusia. Hak-hak tersebut termasuk hak untuk hidup, kebebasan dan harta kekayaan seperti yang diajukan oleh John Locke (Scott Davison, 2008:40). Pengakuan tidak diperlukan bagi HAM, baik dari pemerintah atau dari sistem hukum, karena HAM bersifat universal. Berdasarkan alasan ini, sumber HAM sesungguhnya semata-mata berasal dari manusia (Todung Mulya Lubis, 1993: 15-16).

2) Teori Positivisme (*Positivist Theory*)

Teori positivisme berpendapat bahwa mereka secara luas dikenal dan percaya bahwa hak harus berasal dari suatu tempat. Hak seharusnya diciptakan dan diberikan oleh konstitusi, hukum atau kontrak (Andrey Sujatmoko, 2015:8)

Teori positivis secara tegas menolak pandangan teori hak-hak kodrati. Keberatan utama teori utama ini adalah karena hak-hak kodrati sumbernya dianggap tidak jelas. Menurut positivisme, suatu hak mestilah berasal dari sumber yang jelas, seperti dari peraturan perundang-undangan atau konstitusi yang dibuat oleh Negara (Andrey Sujatmoko, 2015:9).

Perkataan lain, jika mendukung hak-hak kodrati menurutkan gagasan mereka tentang hak itu berasal dari Tuhan, nalar atau pengandaian moral yang *a priori*, kaum positivis berpendapat bahwa eksistensi hak hanya dapat diturunkan dari hukum negara (Scott Davison, 2008:40).

3) Teori Relativisme Budaya (*Cultural Relativist Theory*)

Menurut para penganut teori relativisme budaya, tidak ada suatu hak yang bersifat universal. Mereka merasa bahwa teori hak-hak kodrati mengabaikan dasar sosial dari identitas yang dimiliki individu sebagai manusia. Manusia selalu merupakan produk dari beberapa lingkungan sosial dan budaya dan tradisi-tradisi budaya dan peradaban yang berbeda yang memuat cara-cara yang berbeda menjadi manusia. Hak-hak yang dimiliki oleh seluruh umat manusia setiap saat dan di semua tempat merupakan hak-hak yang menjadikan manusia terlepas secara sosial (*desocialized*) dan budaya (*deculturized*) (Todung Mulya Lubis, 1993: 19).

c. Prinsip-prinsip HAM

1) Prinsip kesetaraan.

Gagasan mengenai HAM dibentuk berdasarkan prinsip kesetaraan. Berbagai perbedaan yang melekat pada diri manusia tidak menyebabkan

kedudukan manusia menjadi tidak setara, karena walaupun begitu tetaplah ia sebagai manusia (Andrey Sujatmoko, 2015:11). Kesetaraan mensyaratkan adanya perlakuan yang setara, di mana pada situasi yang sama harus diperlakukan dengan sama, dan dengan perdebatan di mana pada situasi yang berbeda diperlakukan dengan dengan berbeda pula (Rhona K. M. Smith, 2008:39).

2) Prinsip non diskriminasi

Pelarangan terhadap diskriminasi merupakan salah satu bagian penting prinsip kesetaraan. Jika semua orang setara; maka seharusnya tidak ada perlakuan diskriminatif (selain tindakan afirmatif yang dilakukan untuk mencapai kesetaraan) (Rhona K. M. Smith, 2008:40).

3) Prinsip kewajiban positif Negara

Prinsip kewajiban positif Negara timbul sebagai konsekuensi logis dari adanya ketentuan menurut hukum HAM internasional bahwa individu adalah pihak yang memegang HAM (*right bearer*) sedangkan negara berposisi sebagai pemegang kewajiban (*duty bearer*) terhadap HAM, yaitu kewajiban untuk melindungi (*protect*), menjamin (*ensure*), dan memenuhi (*fulfill*) HAM setiap individu (Andrey Sujatmoko, 2015:12).

2. Bentuk Pelanggaran Berat Hukum Internasional

a. Kejahatan Genosida (*The Crime of Genocide*)

Menurut Raphael Lemkin (1947:145-151), dalam tulisannya mengatakan:

"The crime of genocide involves a wide range of actions, including not only deprivation of life but also the prevention of life (abortions, sterilizations) and also devices considerably endangering life and health (deliberate separation of families for depopulation purposes and so forth) The acts are directed against groups, as such, and individuals are selected for destruction only because they belong to these groups."

Genosida sebagai sebuah bentuk kejahatan internasional mendapatkan perhatiannya ketika majelis umum PBB mengadopsi konvensi mengenai

genosida *Neuremberg Tribunal* 1946, yang mengadili NAZI Jerman terhadap pembunuhan dan penyiksaan orang-orang Yahudi. Konvensi tersebut setidaknya memiliki 4 kelebihan, yakni: (i) memberikan pengertian secara mendetail; (ii) memberikan penghukuman atas segala perbuatan yang terkait dengan genosida; (iii) memberikan pelarangan atas tindakan-tindakan genosida baik disaat perang maupun damai; dan (iv) dapat menimbulkan pertanggungjawaban individu pelaku dan negara yang melakukan ataupun sekedar terlibat (Maleolm D. Evans, 2003 :36-39)

Menurut Cherief Bassiouni, karena para pelakunya yang ada di Jerman tidak pernah ada tindakan penghukuman terhadap tindakan genosida yang telah terjadi *erga omnes* (David J. Harris, 1982:453-464) sehingga suatu kewajiban yang dimiliki terhadap komunitas internasional untuk mengusut dan mengadilinya. Keadaan ini mengakibatkan apabila kejahatan merupakan bagian dari *jus cogen* yang tidak dapat dimodifikasi hanya dengan menggunakan perjanjian internasional biasa (David J. Harris, 1982:97-98). Maksud dari tidak dapat dimodifikasi hanya dengan perjanjian internasional biasa karena *jus cogen* adalah norma-norma yang diakui oleh masyarakat internasional memiliki kedudukan tertinggi dalam hukum internasional. Jadi, jika ada suatu peraturan hukum yang bertentangan dengan *jus cogen* maka peraturan hukum tersebut dianggap batal (Cherief Bassiouni, 1999:67).

Dalam *Rome Statute* Tahun 1998 dijelaskan mengenai jenis dari kejahatan Genosida yaitu:

Art. 6 Rome Statute: any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- 1) *Killing members of the group;*
- 2) *Causing serious bodily or mental harm to members of the group;*
- 3) *Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*
- 4) *Imposing measures intended to prevent births within the group;*
- 5) *Forcibly transferring children of the group to another group.*

Unsur-unsur tersebut diatas dapat diartikan sebagai berikut:

Membunuh anggota kelompok; mengakibatkan penderitaan fisik dan mental yang berat kepada anggota kelompok; menciptakan kondisi kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik, baik seluruh atau sebagiannya; memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok; memindahkan secara paksa anak-anak dan kelompok tertentu ke kelompok lain.

Dalam "*Elements of Crimes*" diberikan catatan bahwa paksaan tidak terbatas pada paksaan fisik, tetapi termasuk pula ancaman secara fisik yang menyebabkan ketakutan akan kekerasan, ancaman hukuman, paksaan psikologis atau penyalahgunaan wewenang atas manusia tersebut atau mengambil kesempatan pada saat berlangsungnya kondisi tersebut (R. Wiyono, 2014:135).

b. Kejahatan terhadap Kemanusiaan (*Crimes Against Humanity*)

Istilah kejahatan terhadap kemanusiaan dinyatakan pertama kalinya pada tahun 1915 ketika terjadinya pembantaian massal terhadap bangsa Armenia oleh bangsa Turki. Pada tanggal 28 Mei 1915, Perancis, Russia, dan Inggris bereaksi atas kekejaman tersebut dengan menyatakan bahwa kekejaman yang dilakukan pemerintah Turki terhadap bangsa Armenia, sebagai kejahatan kemanusiaan atas peradaban. Sebelumnya istilah kejahatan terhadap nilai-nilai Kristiani sempat mengemuka terhadap keshalihan Turki. Rusia dan Inggris lebih menerima kejahatan terhadap kemanusiaan guna mencegah timbulnya tafsiran luas terhadap konflik agama (Antonio Cassese, 2003:67).

Cassese memberikan fitur utama dalam kejahatan terhadap kemanusiaan yang dinyatakan sebagai berikut:

- 1) *They are not isolated or sporadic events, but are part either of a governmental policy, or a widespread systematic practice of atrocities tolerated, condoned, or acquiesced in by a government or a de facto authority. Each individual offence will either be a particular instance of crime frequently repeated or be a part of a string of such crime (widespread practice), or be a particular manifestation of such policy or a plan drawn up, or inspired by, State authorities or by the leading officials of a de facto State-like organization, or of an organized political group (systematic practice);*

- 2) *They are prohibited and may be consequently punished regardless of whether they are perpetrated in time of war or peace. While in 1945 a link or nexus with an armed conflict was required, customary law no longer attaches any importance to such requirement;*
- 3) *The victim of the crime may be civilians or, in the case of crime committed during armed conflict, persons who do not take part (or no longer take part) in armed hostilities, as well as, under customary international law (but not under the Statute of the ICTY, ICTR and the ICC), enemy combatants (Antonio Cassese, 2003:740-741).*

Dalam *Rome Statute* Tahun 1998 Pasal 7, kejahatan terhadap kemanusiaan adalah:

- Article 7(V) : for the purpose of this Statute, crimes against humanity means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:
- 1) Murder
 - 2) Extermination
 - 3) Enslavement
 - 4) Deportation or forcible transfer of population
 - 5) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law
 - 6) Torture
 - 7) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity
 - 8) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court
 - 9) Enforced disappearance of persons
 - 10) The crime of apartheid
 - 11) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health”.

Ketentuan tersebut kemudian dijelaskan lebih lanjut pada Pasal 7 ayat

(2) *Rome Statute*, yaitu:

- a) Serangan yang terdiri dari tindakan sebagaimana disebutkan dalam ayat (1) terhadap penduduk sipil yang berkaitan dengan atau merupakan

tindak lanjut dari kebijakan negara atau organisasi untuk melakukan penyerangan tersebut;

- b) Pemusnahan diartikan sebagai tindakan yang termasuk di antaranya penerapan kondisi tertentu yang mengancam kehidupan secara sengaja, antara lain menghambat akses terhadap makanan dan obat-obatan, yang diperkirakan dapat menghancurkan sebagian penduduk;
- c) Perbudakan diartikan sebagai segala bentuk pelaksanaan hak milik terhadap objek yang berupa orang, termasuk tindakan mengangkut objek tersebut, khususnya perempuan dan anak-anak;
- d) Pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa diartikan sebagai tindakan merelokasi penduduk melalui pengusiran atau cara kekerasan lainnya dari tempat dimana penduduk tersebut secara sah berada, tanpa dasar yang dibenarkan menurut hukum internasional;
- e) Penyiksaan diartikan tindakan secara sengaja untuk memberikan rasa sakit atau penderitaan, baik fisik maupun mental, orang-orang yang ditahan di bawah kekuasaan pelaku. Kecuali itu, bahwa penyiksaan tersebut tidak termasuk rasa sakit atau penderitaan yang hanya muncul secara inheren atau insidental dari pengenaan sanksi yang sah;
- f) Penghamilan paksa berarti penyekapan secara tidak sah seorang perempuan yang dibuat hamil secara paksa, dengan maksud memengaruhi komposisi etnis suatu populasi atau merupakan pelanggaran berat lainnya terhadap hukum internasional. Definisi ini tidak dapat ditafsirkan mempengaruhi hukum nasional terkait kehamilan;
- g) Penindasan diartikan penyangkalan keras dan sengaja terhadap hak-hak dasar dengan cara bertentangan dengan hukum internasional dengan alasan identitas sebuah kelompok atau kolektif;
- h) Kejahatan *apartheid* diartikan tindakan tidak manusiawi dengan karakter yang serupa dengan tindakan-tindakan yang disebutkan dalam ayat (1), dilakukan dalam konteks penindasan sistematis yang dilakukan oleh suatu rezim dan dominasi satu kelompok ras tertentu dari kelompok ras lainnya dengan maksud untuk mempertahankan rezim tersebut;

- i) Penghilangan orang secara paksa diartikan sebagai penangkapan, penahanan atau penculikan terhadap seseorang atas dasar wewenang, dukungan atau persetujuan suatu negara ataupun organisasi politik, yang kemudian diikuti oleh penolakan pengakuan kebebasan atau pemberian informasi tentang keberadaan orang-orang tersebut, dengan maksud untuk menghilangkan perlindungan hukum dalam waktu yang lama.

Rome Statute Tahun 1998 merumuskan kejahatan kemanusiaan dengan elemen-elemen prinsip (*chapeau elements*), yang membedakan kejahatan terhadap kemanusiaan dengan kejahatan biasa, yakni kejahatan ini haruslah dilakukan dalam konteks serangan yang meluas atau sistematis kepada penduduk sipil, dan aspek 'pengetahuan' dari pelaku. Selain itu, untuk memperkuat pengertian tentang unsur-unsur Kejahatan terhadap Kemanusiaan, *Rome Statute* Tahun 1998 juga dilengkapi, sebagai dokumen yang tidak terpisahkan, dengan dokumen unsur-unsur kejahatannya. Dengan adanya suatu penjelasan mengenai unsur-unsur kejahatan yang memadai, akan memberikan gambaran dan mempermudah pada jaksa dan hakim dalam mengkonstruksi suatu kejahatan terhadap kemanusiaan. Oleh karena, perumusan *Rome Statute* Tahun 1998 merupakan perumusan tentang Kejahatan Terhadap Kemanusiaan yang paling lengkap, dan oleh karenanya perumusan ini haruslah menjadi definisi rujukan dalam mengatur tentang Kejahatan Terhadap Kemanusiaan (Zainal Abidin dan Supriyadi Widodo Eddyono, 2017: 14).

c. Kejahatan Perang (*War Crimes*)

Pelanggaran berat Hukum *Humaniter Internasional* merupakan bagian dari kejahatan perang dalam artian yang luas (arti ini mencakup kejahatan perang dalam arti sempit, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan genosida) (Denny Ramdhany, 2009:182). Kejahatan perang itu sendiri adalah pelanggaran-pelanggaran serius terhadap hukum perang, baik yang berasal dari konvensi-konvensi internasional ataupun dari kebiasaan, yang dilakukan dalam situasi pertikaian bersenjata, dimana pertanggung-jawaban

pidana berlaku sesuai dengan yang ditentukan dalam aturan-aturan tersebut (Denny Ramdhany, 2009:182).

Kejahatan perang secara luas dapat dipahami juga sebagai Hukum Jenewa dan Hukum Den Haag. Tadic dalam karyanya, kejahatan perang dinyatakan: (i) kejahatan perang haruslah terdiri dari pelanggaran yang serius atas hukum internasional, yakni haruslah merupakan pelanggaran atas aturan-aturan yang ditujukan untuk melindungi nilai-nilai utama, dan pelanggaran harus melibatkan konsekuensi yang berbahaya terhadap korban; (ii) aturan-aturan yang dilanggar haruslah merupakan bagian dari hukum kebiasaan atau bagian dari traktat yang berlaku; (iii) pelanggaran haruslah menimbulkan pertanggungjawaban pidana individual sesuai dari tuntutan hukum kebiasaan ataupun hukum konvensional (David J. Harris, 1982:47).

Menurut Konvensi Jenewa 1949 kejahatan perang diartikan sebagai pelanggaran berat terhadap keempat konvensi Jenewa 1949. *Statuta International Criminal Court (ICC)*, *International Criminal Tribunal for Fromer Yugoslavia (ICTY)*, *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*, *Sierra Leone* dan *United Nations Transitional Administration in East Timor Regulation*, mendefinisikan kejahatan perang sebagai pelanggaran serius terhadap hukum dan kebiasaan yang berlaku dalam pertikaian bersenjata.

Pengertian kejahatan perang menurut para sarjana yang membagi *War Criminal* atau kejahatan perang dalam empat jenis, yaitu : (Ali Sastroamidjojo, 1971: 283-286)

- 1) Pelanggaran-pelanggaran peraturan perang yang berlaku dengan sah, oleh anggota angkatan bersenjata;
- 2) Semua tindakan permusuhan bersenjata yang dilakukan oleh oknum yang bukan anggota Angkatan Bersenjata musuh;
- 3) Spionase perang; dan
- 4) Tindakan-tindakan yang merupakan penggedoran

d. Kejahatan Agresi (*The Crime of Aggression*)

Agresi yang dilakukan suatu negara terhadap negara lainnya sudah merupakan perbuatan yang terlarang dalam hukum internasional pra-Perang Dunia. Oleh karena itu, dalam hal suatu negara melakukan agresi maka akan menimbulkan pertanggungjawaban internasional bagi para pelaku (Jawahir Thontowi, 2016:257). Kejahatan untuk pertama kalinya dinyatakan dalam sebuah instrumen hukum internasional dapat ditemukan dalam Piagam bagi Pengadilan Militer Nuremberg. Tapi, dalam piagam tersebut tidak dinyatakan secara eksplisit akan eksistensi dari “Kejahatan Agresi”. Eksistensi dari kejahatan ini hanya dapat dipahami dengan memahami pengertian dari “Kejahatan terhadap Perdamaian” secara tersirat. Jadi, kejahatan agresi bisa dikatakan sebagai sub-kategori dari kejahatan terhadap perdamaian (Antonio Cassese, 2003:111). Tapi Schabas memahami agresi sebagai pengganti dari istilah kejahatan terhadap perdamaian (William Schabas, 2001:21-23).

Kejahatan agresi tidak dielaborasi dalam *Rome Statute* Tahun 1998, tetapi acuannya adalah dalam Pasal 1 Resolusi PBB 3314 (XXIX) yang disahkan dalam Sidang Paripurna Majelis umum PBB pada 14 Desember 1974. Dalam Resolusi PBB tersebut, agresi didefinisikan sebagai penggunaan kekuatan bersenjata oleh suatu Negara terhadap kedaulatan, integritas teritorial atau kemerdekaan politis negara lain, atau dengan cara lain yang tidak konsisten dengan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa. Selanjutnya, pada Pasal 3 disebutkan bahwa:

“Setiap tindakan berikut, merupakan tindakan agresi:

- 1) Invasi atau serangan angkatan bersenjata suatu negara ke wilayah negara lain, atau pendudukan militer, meskipun sementara, sebagai akibat dari invasi atau serangan, ataupun aneksasi dengan penggunaan kekuatan dari wilayah negara lain atau bagainnya;
- 2) Pengeboman angkatan bersenjata suatu negara ke wilayah negara lain atau penggunaan senjat apapun oleh suatu negara terhadap wilayah negara lain;

- 3) Blokade pelabuhan atau pesisir pantai suatu negara oleh angkatan bersenjata negara lain;
- 4) Sebuah serangan oleh pasukan bersenjata suatu negara terhadap pasukan darat, laut, dan udara, atau armada laut dan udara negara lain;
- 5) Penggunaan angkatan bersenjata salah satu negara di dalam wilayah negara lain dengan persetujuan negara penerima, yang bertentangan dengan ketentuan yang disebutkan dalam perjanjian atau perpanjangan kehadiran mereka di wilayah tersebut melebihi batas waktu berlakunya perjanjian;
- 6) Tindakan suatu negara yang mengakibatkan penggunaan wilayahnya, untuk keperluan negara lain, untuk dimanfaatkan untuk melakukan tindakan agresi terhadap negara ketiga; dan
- 7) Melakukan pengiriman gerombolan bersenjata, kelompok, laskar atau tentara bayaran atas nama negara untuk melakukan tindakan kekerasan terhadap negara lain yang menimbulkan tingkat keparahan seperti yang termaktub dalam daftar di atas.”

3. Pertanggungjawaban (*Responsibility*)

a. Pertanggungjawaban Negara (*State Responsibility*)

Munculnya konsep tanggung jawab negara bisa dilihat dari adanya prinsip persamaan derajat, kedaulatan negara dan hubungan damai dalam hukum internasional. Berdasarkan prinsip tersebut suatu negara yang haknya telah dilanggar oleh negara lain dapat menuntut pertanggungjawaban (Malcolm N. Shaw, 1997:541). Tanggung jawab negara timbul karena negara sebagai subjek hukum, pihak yang dapat dibebani hak dan tanggung jawab.

Tindakan salah secara internasional timbul dari pelanggaran oleh suatu negara atas kewajiban internasional yang sangat esensial bagi perlindungan kepentingan mendasar dari masyarakat internasional yang diakui oleh seluruh masyarakat internasional sebagai kejahatan. Kejahatan internasional demikian antara lain, dapat timbul dari:

- 1) Pelanggaran berat atas kewajiban internasional yang sangat penting untuk pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional, seperti kewajiban yang melarang agresi;
- 2) Pelanggaran berat atas kewajiban internasional yang sangat penting untuk menjamin hak menentukan nasib sendiri bangsa-bangsa (*self-determination of peoples*), seperti kewajiban yang melarang pembentukan dan tindakan mempertahankan kekuasaan penjajahan dengan kekerasan;
- 3) Pelanggaran berat dalam skala luas terhadap kewajiban internasional yang sangat penting untuk melindungi umat manusia seperti kewajiban yang melarang perbudakan, pembunuhan massal (*genocide*) dan *apartheid*;
- 4) Pelanggaran berat atas kewajiban internasional yang sangat penting untuk melindungi dan melestarikan lingkungan manusia, seperti kewajiban yang melarang pencemaran ruang angkasa atau laut secara besar-besaran (De Rover C, 2000:23).

Draft artikel tanggung jawab negara yang berhasil dirampungkan oleh *International Law Commission* (selanjutnya disebut ILC) tidak memberikan definisi tentang tanggung jawab negara. Pasal 1 draft artikel tersebut hanya memberikan penjelasan kapan tanggung jawab negara timbul, yaitu saat suatu negara melakukan tindakan yang salah secara internasional (*internationally wrongful act*). Tindakan yang salah secara internasional dapat berupa berbuat (*action*) atau tidak berbuat (*omission*) sesuatu yang memenuhi dua elemen yang ditentukan dalam Pasal 2, yaitu:

- 1) Dapat dilimpahkan kepada negara berdasarkan hukum internasional;
- 2) Melakukan pelanggaran kewajiban terhadap hukum internasional.

Unsur dapat dilimpahkan muncul karena dalam praktik negara sebagai suatu entitas abstrak tidak dapat bertindak sendiri, harus melalui individu sebagai organ negara, perwakilan negara atau pejabat negara (Mohammad Burhan Tsani, 1990:48). Tindakan yang dapat dilimpahkan adalah:

1) Menurut Pasal 4 draft artikel tersebut menyebutkan : tindakan dari semua organ negara (*state organ*), baik legislatif, eksekutif, yudikatif atau apapun fungsinya, apapun posisinya dalam struktur organisasi negara dan apapun karakternya sebagai organ pemerintah pusat atau territorial unit dari suatu negara. Termasuk dalam organ adalah setiap orang atau kesatuan (*entity*) yang mempunyai status organ negara dalam hukum nasional.

2) Menurut Pasal 5 draft artikel tersebut menyebutkan : tindakan individu atau *entity* yang meskipun bukan organ negara atau di luar struktur formal pemerintah pusat atau daerah, tetapi telah dikuasakan secara sah untuk melaksanakan unsur-unsur kekuasaan instansi tertentu pemerintah.

Pelanggaran kewajiban internasional terjadi apabila tindakan negara tidak sesuai dengan apa yang ditentukan oleh kewajiban itu sendiri sebagaimana yang diatur dalam Pasal 12 draft artikel tersebut. Tindakan yang tidak sesuai kewajiban internasional dan diatribusikan kepada negara merupakan tindakan salah secara internasional yang menghasilkan tanggung jawab negara (Bodansky and Crook, 2002: 773).

Meski tidak diatur secara spesifik dalam Draft Artikel Tanggung Jawab Negara tahun 2001, Pasal 40 menyebutkan bahwa negara bertanggung jawab atas tindakannya yang melanggar kewajiban internasional yang termasuk kategori *peremptory norms*. Hukum pidana internasional mengatur tentang tanggung jawab atas tindak pidana yang termasuk kategori *peremptory norms* seperti genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan terhadap perdamaian. Meski demikian, sesuai dengan Pasal 58, tanggung jawab tersebut tidak menghilangkan tanggung jawab individu pelaku tindak pidana internasional.

b. Pertanggungjawaban individu (*Individual responsibility*)

Sesuai dengan Artikel Tanggung Jawab Negara Tahun 2001 seseorang yang bertindak atas nama suatu negara juga dapat dipertanggung-jawabkan secara individual. Meskipun suatu negara bertanggung jawab atas suatu perbuatan yang dipersalahkan (*a wrongful act*) yang dilakukan oleh para

pejabatnya, para pejabat itu secara individual juga dapat dipertanggungjawabkan secara pidana untuk perbuatan yang sama, khususnya yang menyangkut pelanggaran terhadap hukum sengketa bersenjata (hukum humaniter) dan tindak pidana internasional lainnya.

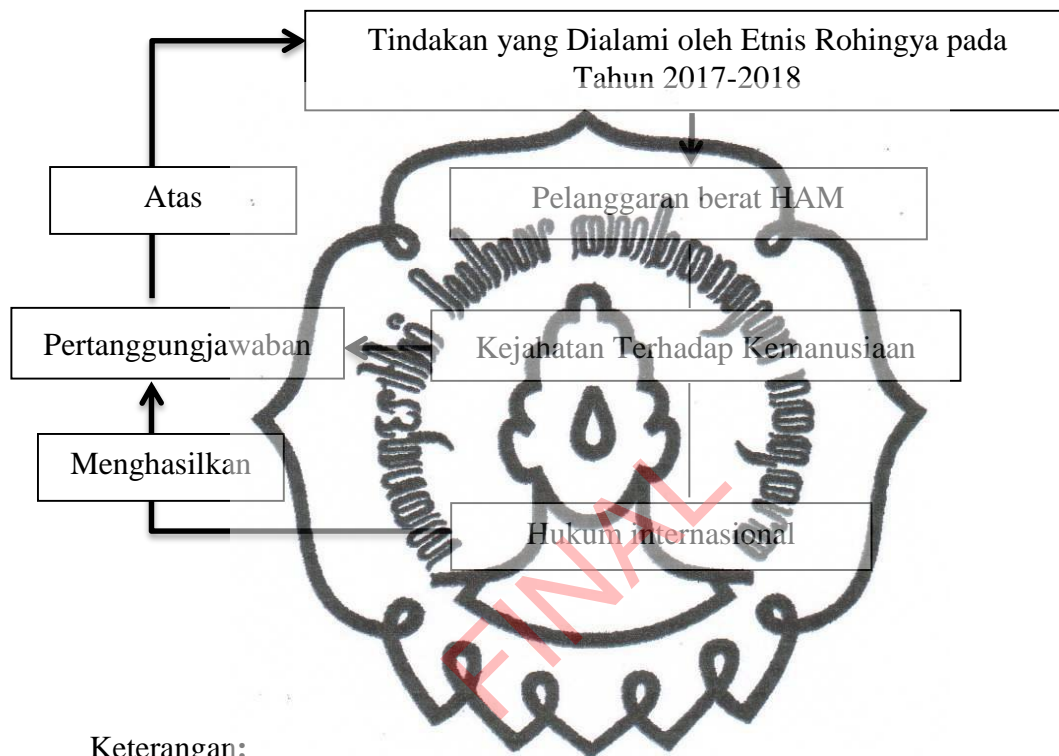
Dalam putusan yang dibuat oleh Mahkamah Militer Internasional di Nuremberg dinyatakan, telah lama diakui bahwa hukum internasional mengenakan kewajiban dan tanggung jawab terhadap para individu. Mereka memiliki kewajiban internasional melebihi kepatuhan terhadap kewajiban yang dibebankan oleh negaranya. Orang-orang yang melanggar hukum perang tidak dapat memperoleh kekebalan ketika bertindak atas kewenangan dari negara, jika negara dalam mensahkan tindakan tersebut bertindak di luar kewenangannya menurut hukum internasional (Andrey Sujatmoko, 2015:15).

Pertanggungjawaban pidana secara individu sudah ada saat dibentuknya Pengadilan Nuremberg (*Nuremberg Trials*) dan Pengadilan Tokyo (*Tokyo Trials*) saat mengadili para tersangka kejahatan perang dalam perang dunia ke-2, serta saat itu individu sebagai pihak dalam pengadilan internasional/tersangka kejahatan internasional. Perkembangan dari prinsip *individual responsibility* dihadapan pengadilan internasional yang menjadi dasar ICTY, ICTR, dan Konvensi Jenewa 1949 untuk mengadopsi sistem pertanggungjawaban individu dalam hal kejahatan internasional.

Pasal 25 *Rome Statute* Tahun 1998 menjelaskan mengenai ketentuan yuridiksi atau orang, seseorang yang melakukan kejahatan didalam yurisdiksi mahkamah bertanggung jawab secara individual dan dapat dikenai hukuman atas pelanggaran yang dilakukannya. *Rome Statute* Tahun 1998 tidak mengecualikan seseorang dari tanggung jawab pidana dibawah statuta ini. Pejabat negara akan bertanggungjawab terhadap segala tindakan yang dilakukan atas nama Negara.

B. Kerangka Pemikiran

Gambar 1. Skema Kerangka Pemikiran



Keterangan:

Bagian kerangka pemikiran di atas menjelaskan alur penulis dalam menganalisis, menjabarkan, serta meneliti permasalahan yang dikaji berawal dari tindakan yang dialami oleh etnis Rohingya di Myanmar. Tindakan-tindakan yang dialami oleh etnis Rohingya di Myanmar berupa perusakan harta benda, penganiayaan, pembunuhan hingga tindakan persekusi terhadap anggota/keompok masyarakat yang berasal dari etnis Rohingya antara kurun waktu tahun 2017-2018.

Tindakan-tindakan yang dilakukan tersebut termasuk kedalam kategori pelanggaran HAM berat, yaitu kejahatan terhadap kemanusiaan. Kejahatan terhadap kemanusiaan yang dialami oleh etnis Rohingya di Myanmar tersebut bertentangan dengan aturan-aturan hukum internasional, yaitu: *Universal Declaration of Human Rights* (DUHAM) 1948; *Rome Statute on the International*

Criminal Court 17 Juli 1998, International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR) 16 Desember 1966, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD) 20 November 1963 dan Artikel Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001.

Di dalam Artikel *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* 2001 diatur bagaimana pertanggungjawaban negara atas kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan kepada etnis Rohingya yang terjadi dalam kurun waktu tahun 2017-2018.

