

BAB V

PEMBERLAKUAN PRINSIP *NON-REFOULEMENT* PADA PENGUNGSI

Prinsip *non-refoulement* dikenal dan diakui sebagai tulang punggung perlindungan internasional terhadap pengungsi. Dengan perkataan lain, prinsip ini sangat penting bagi pengungsi karena prinsip ini merupakan pintu masuk bagi pengungsi untuk mengakses hak-hak yang dijamin oleh instrumen-instrumen Hukum Internasional. Kendati demikian, dalam praktik di banyak negara ditemukan bahwa prinsip *non-refoulement* tersebut diingkari pemberlakuannya dengan berbagai alasan. Sehubungan dengan itu, bab ini mengkaji secara detail guna menemukan jawaban atas permasalahan tersebut.

A. Awal Mula Prinsip Non-Refoulement dan Pengaturannya

1. *Session de Genève* – 1892

Term '*non-refoulement*' berasal dari kata bahasa Prancis '*refouler*' yang artinya mengembalikan atau mengirim balik (*to drive back*).¹ Prinsip tersebut secara harafiah dapat diartikan sebagai prinsip yang melarang untuk mengirim kembali (*forbidding to send back*).² Prinsip tersebut muncul pertama kali atas inisiatif kerja *international societies of international lawyer* yang menghasilkan sebuah peraturan internasional tentang penerimaan dan pengusiran orang asing di tahun 1892. Nama lain

¹ Harun Ur Rashid, "Refugee and the Legal Principle of Non-Refoulement (Rejection)", *Law and Our Rights*, Volume 197, Juli 2005, hlm. 10.

² Tamás Molnár, "The Principle of Non-Refoulement under International Law: Its Inception and Evolution in a Nutshell", *Corvinus Journal of International Affairs (COJOURN)*, Volume 1, Nomor 1, 2016, hlm. 51.

dari peraturan tersebut adalah *Règles Internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*.³

Peraturan Internasional tentang Penerimaan dan Pengusiran Orang Asing dihasilkan dengan beberapa pertimbangan bahwa meskipun negara memiliki kedaulatan atas wilayah negaranya (sehingga berhak untuk mengakui atau tidak mengakui keberadaan orang asing atau hanya mengakui mereka dalam kondisi tertentu), negara-negara di dunia, berdasarkan prinsip kemanusiaan, wajib untuk menggunakan hak tersebut dengan menghormati hak dan kebebasan orang asing yang ingin memasuki wilayah negaranya. Atau dengan perkataan lain, hak yang dimiliki negara tersebut perlu juga untuk diseimbangkan dengan prinsip kemanusiaan dan keadilan dengan memperhatikan keamanan negara, dan hak orang asing.⁴ Dengan pertimbangan tersebut, maka lewat peraturan ini dirumuskan beberapa prinsip yang dapat dijadikan sebagai rujukan untuk setiap perbuatan hukum di masa yang akan datang.

³ Peraturan ini dibuat pada Session de Genève – 1892 oleh *L'Institut de Droit international (Institute of International Law)*, dengan *Rapporteurs*: MM. L.-J.-D. Féraud-Giraud dan Ludwig von Bar.

⁴ Pertimbangan tersebut diterjemahkan dan dirangkum secara bebas dari teks aslinya yaitu sebagai berikut:

Considérant que, pour chaque Etat, le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance;

Considérant, toutefois, que l'humanité et la justice obligent les Etats à n'exercer ce droit qu'en respectant, dans la mesure compatible avec leur propre sécurité, le droit et la liberté des étrangers qui veulent pénétrer sur ledit territoire, ou qui s'y trouvent déjà;

Considérant que, à ce point de vue international, il peut être utile de formuler, d'une manière générale et pour l'avenir, quelques principes constants, dont l'acceptation ne saurait d'ailleurs impliquer aucune appréciation d'actes accomplis dans le passé;

Salah satu prinsip yang diatur dalam peraturan tersebut ialah prinsip *non-refoulement*. Prinsip tersebut dapat ditemukan pada Pasal 16 yang menyatakan sebagai berikut:

L'expulsé réfugié sur un territoire pour se soustraire à des poursuites au pénal, ne peut être livré, par voie détournée, à l'Etat poursuivant, sans que les conditions posées en matière d'extradition aient été dûment observées.

Apabila diterjemahkan secara bebas, maka ketentuan Pasal 16 di atas diartikan sebagai berikut:

Pengungsi yang diusir di suatu wilayah untuk menghindari penuntutan pidana, tidak dapat dikirim, dengan cara pengalihan, ke Jaksa Penuntut Negara, tanpa syarat yang ditimbulkan dalam masalah ekstradisi telah diamati dengan sepatutnya.

Ketentuan di atas menghendaki bahwa suatu negara yang didatangi oleh pengungsi tidak dapat memulangkan pengungsi tersebut ke wilayah negara asalnya kecuali jaminan yang ditetapkan sehubungan dengan ekstradisi telah memenuhi syarat dengan sepatutnya.⁵ Meskipun ketentuan ini tidak menggunakan istilah '*non-refoulement*', tetapi konsep dasar dari ketentuan tersebut pada pokoknya sama dengan prinsip *non-refoulement* yang dikenal dalam Hukum Pengungsi Internasional saat ini.

2. Era Fridtjof Nansen

Pasca *Session de Genève* – 1892 yang menjadi momentum dihasilkannya *Règles Internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, prinsip *non-refoulement* secara mengejutkan diatur dalam berbagai produk hukum, baik dalam level internasional seperti konvensi,

⁵ Tamás Molnár, *Loc. Cit.*

maupun secara regional. Fenomena ini muncul seiring dengan melonjaknya berbagai permasalahan sebagai akibat dari Perang Dunia I dan Perang Dunia II. Permasalahan yang dimaksudkan misalnya peristiwa revolusi di Rusia dan runtuhnya Kekaisaran Ottoman yang mengakibatkan terjadinya pengungsian secara besar-besaran pada tahun 1920. Tidak kurang 1,5 juta orang Rusia terpaksa mengungsi ke negara lain di Eropa.⁶ Tidak hanya di Rusia, pengungsian juga terjadi di Armenia pada tahun 1924, dan tahun 1928 timbul lagi masalah pengungsi Assyria, Assyro-Chaldea, Syria, Kurdi dan Turki.⁷

Pengungsian yang sebagaimana disebutkan di atas terjadi pada saat Liga Bangsa-Bangsa memegang kendali atas negara-negara di dunia. Oleh sebab itu, Liga Bangsa-Bangsa secara tanggap memberikan perlindungan dan bantuan dalam menyelesaikan masalah pengungsi. Langkah awal yang dilakukan Liga Bangsa-Bangsa pada saat itu adalah dengan menunjuk Fridtjof Nansen⁸ sebagai orang pertama yang menjabat di Komisi Tinggi untuk Pengungsi (*High Commissioner for Refugees*).⁹

⁶ Wayne S. Vucinich, "Reviews Work(s): Russian Refugees in France and the United States between the World Wars", *Russian History*, Volume 20, Nomor 1/4, 1993, hlm. 353. Lihat juga White, Elizabeth. "The Legal Status of Russian Refugees, 1921–1936", *Comparativ*, Volume 27, Nomor 1, 2017, hlm. 18-25.

⁷ Danièle Joly, Clive Nettleton, Hugh Poulton, *Refugee: Asylum in Europe?*, Minority Rights Publication, London, 1992, hlm. 116-126. Lihat juga Gabriele Yonan, *Lest We Perish: A Forgotten Holocaust: The Extermination of the Christian Assyrians in Turkey and Persia*, Unpublished paper, 1996, hlm. 54, 100, 114.

⁸ Nansen lahir di Norwegia pada tahun 1861 dengan latar belakang keluarga yang berasal dari Denmark. Pada tahun 1880, Nansen menjadi mahasiswa Zoologi di Universitas Christiania di Oslo dengan dibawah bimbingan gurunya, Prof. Robert Collet. Setelah bertahun-tahun menekuni bidang tersebut, Nansen menjadi Profesor Zoologi, kemudian Oseanografi. Kendati demikian, jasa Nansen sangatlah besar, sebab dia membantu Norwegia mengamankan kemerdekaannya dari Swedia dan mewakili negaranya di Liga Bangsa-Bangsa. Setelah Perang Dunia I, ia mengurus pemulangan 500.000 tahanan perang, menciptakan paspor Nansen untuk orang-orang tanpa

Liga Bangsa-Bangsa meminta Nansen untuk mengarahkan pemulangan tahanan perang. Ketika dia melakukan tugas ini pada bulan Mei 1920, dia menghitung bahwa masih ada 300.000 tahanan perang di wilayah Soviet.¹⁰ Pihak Soviet tidak akan bekerja sama dengan Liga Bangsa-Bangsa yang dianggap telah memperdayai mereka, kendati demikian, Soviet bersedia bekerja dengan Nansen secara tidak resmi. Nansen telah melakukan perjalanan yang luas di Rusia dan telah menulis mengenai keperihatinannya terhadap orang-orang Rusia yang membantunya mendapatkan kepercayaan diri kaum Bolshevik. Dia menggunakan prestise pribadinya untuk mengumpulkan dana yang diperlukan dan untuk mengkoordinasikan pekerjaan lembaga-lembaga seperti Palang Merah Internasional dan YMCA. Nansen berhasil mengatur serangkaian pertukaran tahanan. Efisiensinya dalam repatriasi tahanan perang dan tugasnya dengan pejabat Soviet menjadikan Nansen sebagai Komisaris Tinggi Pengungsi.¹¹

kewarganegaraan (*stateless persons*), dan mengawasi operasi bantuan yang melibatkan jutaan orang. Nansen menerima Hadiah Nobel Perdamaian pada tahun 1922 dan meninggal pada tahun 1930. Untuk selengkapnya dapat merujuk pada Abraham Ohry dan Karin Ohry-Kossov, "Fridtjof Nansen: Neuro-Anatomical Discoveries, Arctic Explorations, and Humanitarian Deeds", *Spinal Cord*, Volume 25, Nomor 1, 1987, hlm. 27, 30.

⁹ Martyn Housden, *White Russians Crossing the Black Sea: Fridtjof Nansen, Constantinople and Modern Reparation of Refugees Displaced by Civil Conflict 1922-1923*, *The Slavonic and East European Review*, Volume 88, Nomor 3, Juli 2010, hlm. 496. Lihat juga Kimberly A. Lowe, "The League of Red Cross Societies and International Committee of the Red Cross: a Re-Evaluation of American Influence in Interwar Internationalism", *Moving the Social*, Volume 57, 2017, hlm. 50.

¹⁰ Nansen Report to the League of Nations, *New York Times*, Nov. 19, 1920, hlm. 3 sebagaimana dimuat dalam James E. Hassell, "Russian Refugees in France and the United States between the World Wars", *Transaction of the American Philosophical Society*, Volume 81, Nomor 7, 1991, hlm. 16.

¹¹ *Ibid.* Lihat juga Francesca Piana, "Nansen, Fridtjof", *IO BIO, Biographical Dictionary of Secretaries-General of International Organizations*, disunting oleh Bob Reinalda, Kent J. Killie dan Jaci Eisenberg, versi 31 Juli 2018.

Konsep dari prinsip *non-refoulement* mulai dikenal pada awal abad ke-18 sampai pertengahan abad ke-19. Kendati demikian pada saat itu, istilah '*non-refoulement*' belum digunakan, melainkan hanya konsep dari *asylum*, dan prinsip non-ekstradisi yang ditujukan kepada para pelanggar politik (*political offenders*)¹² yang sudah dikenal dan diterapkan.¹³ Istilah '*refoulement*' baru muncul pertama kali pada tahun 1933 ketika Liga Bangsa-Bangsa mengesahkan Konvensi berkaitan dengan Status Pengungsi Internasional (*Convention Relating to the International Status of Refugees*) pada tanggal 28 Oktober. Hal tersebut dapat ditemukan pada Pasal 3 yang menegaskan sebagai berikut:

Each of the Contracting Parties undertakes not to remove or keep from its territory by application of police measures, such as expulsions or non-admittance at the frontier (refoulement), refugees who have been authorized to reside there regularly, unless the said measures are dictated by reasons of national security or public order.

It undertakes in any case not to refuse entry to refugees at the frontiers of their countries of origin.

*It reserves the right to apply such internal measures as it may deem necessary to refugees who, having been expelled for reasons of national security or public order, are unable to leave its territory because they have not received, at their request or through the intervention of institutions dealing with them, the necessary authorizations and visas permitting them to proceed to another country.*¹⁴ [Cetak tebal oleh peneliti]

¹² Lihat kembali Pasal 16 *Règles Internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*

¹³ Guy S Goodwin-Gill dan Jane McAdam, *The Refugee in International Law Thrid Edition*, Oxford University Press, Inc., New York, 2007, hlm. 6.

¹⁴ League of Nations, *Convention Relating to the International Status of Refugees*, 28 Oktober 1933, League of Nations, Treaty Series Vol. CLIX No. 3663.

Berdasarkan ketentuan Pasal 3 Konvensi disebutkan bahwa para pihak Konvensi sepakat untuk tidak memindahkan atau menjaga wilayahnya dengan menerapkan kebijakan seperti pengusiran atau pelarangan masuk ke perbatasan bagi para pengungsi yang telah disahkan untuk tinggal di sana secara teratur. Hal tersebut dapat diterapkan apabila ada alasan yang mendasar seperti keamanan nasional atau ketertiban umum. Para pihak berjanji dalam keadaan apapun mereka tidak akan menolak pengungsi masuk di perbatasan negara asal mereka. Meskipun negara dapat menolak kedatangan pengungsi karena alasan keamanan nasional atau ketertiban umum, hal tersebut tidak dapat dilakukan secara sembarangan. Negara harus menerapkan langkah-langkah internal yang dianggap perlu bagi para pengungsi tersebut untuk menjamin bahwa mereka telah menerima – baik atas permintaan mereka, maupun melalui intervensi lembaga tertentu yang berurusan dengan mereka – otorisasi dan visa yang diperlukan yang memungkinkan mereka untuk melanjutkan perjalanan ke negara lain.

Non-refoulement sangat perlu dibedakan dengan pengusiran (*expulsion*) atau deportasi (*deportation*) atau pemindahan secara paksa (*forced removal*). Sebagaimana dijelaskan oleh Riyanto dalam tulisannya yang berjudul “*The Refoulement Principle and Its Relevance in the International Law System*”, pengusiran atau deportasi dilakukan ketika warga negara asing terbukti melakukan tindakan yang bertentangan dengan kepentingan negara penerima, atau yang bersangkutan merupakan

seorang kriminal di suatu negara dan melarikan diri dari proses peradilan di negara tersebut. Sedangkan prinsip *non-refoulement* hanya berlaku bagi pengungsi dan pencari suaka.¹⁵

3. Pasca Perang Dunia II

Non-refoulement dianggap sebagai prinsip dasar hukum pengungsi internasional.¹⁶ Prinsip ini eksis sebagai konsep hukum yang menonjol selama lebih dari lima puluh tahun sebelum dikodifikasi selama periode pasca-Perang Dunia II.¹⁷ *Non-refoulement* secara resmi dikodifikasikan dalam Konvensi Jenewa 1951 yang mengatur tentang Status Pengungsi (*the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*), secara khusus pada Pasal 33 yang menyatakan bahwa:

(1) *No Contracting State shall expel or return ('refouler') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of the territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.*

(2) *The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.*

¹⁵ Penerapan prinsip *non-refoulement* tersebut pada awalnya hanya diterapkan bagi para pengungsi, namun seiring dengan berjalannya waktu, dalam praktik hal tersebut diperluas kepada para pencari suaka (*asylum seeker*). Sigit Riyanto, "The Refoulement Principle and Its Relevance in the International Law System", *Indonesian Journal of International Law*, Volume 7, Nomor 4, Juli 2010, hlm. 734.

¹⁶ Erika Feller, "Asylum, Migration and Refugee Protection: Realities, Myths and the Promise of Things to Come", *International Journal of Refugee Law*, Volume 18, Nomor 3-4, 2006, hlm. 523. Feller menyebutkan prinsip *non-refoulement* sebagai '*the most fundamental of all international refugee law obligations*' (kewajiban hukum pengungsi internasional yang paling mendasar).

¹⁷ Alice Farmer, "Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection", *Georgetown Immigration Law Journal*, Volume 23, Nomor 1, 2008, hlm. 5. Lihat juga Guy S Goodwin-Gill dan Jane McAdam, *Op. Cit.*, hlm. 117-119.

Ketentuan Pasal 33 Konvensi Jenewa 1951 di atas berisi penjelasan bahwa Konvensi Jenewa 1951 tidak memberikan hak kepada satu negara pun untuk mengusir atau mengembalikan pengungsi ke perbatasan wilayah-wilayah di mana hidup dan kebebasannya akan terancam karena alasan ras, agama, kebangsaan, keanggotaan pada kelompok sosial tertentu atau opini politiknya, dengan cara apa pun juga. Kendati demikian, hal ini dikecualikan apabila terdapat alasan-alasan yang cukup kuat bagi negara tersebut untuk menganggap bahwa pengungsi yang bersangkutan merupakan ancaman bagi keamanan negara di mana ia berada, atau bahaya bagi masyarakat negara itu setelah dijatuhi hukuman oleh putusan hakim yang bersifat final atas tindak pidana sangat berat.

Nehemiah Robinson, salah satu delegasi yang tergabung dalam Komite Pembentuk Konvensi Jenewa 1951 menyatakan bahwa *non-refoulement* digambarkan sebagai suatu prinsip yang membatasi hak kedaulatan suatu negara untuk mengembalikan orang asing ke negara asalnya.¹⁸ Negara terikat pada prinsip ini sekaligus menjamin bahwa para pencari suaka maupun pengungsi yang datang ke suatu negara untuk meminta perlindungan tidak akan diusir, meskipun negara tersebut belum tentu akan memberikan status pengungsi kepada pencari suaka.¹⁹ Bagi para pengungsi dan pencari suaka, *non-refoulement* sebagai tiket masuk ke

¹⁸ Komentari dibuat oleh delegasi Israel yang bernama Nehemiah Robinson, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session, 20th meeting, E/AC.32/SR.20, paragraf 49. Lihat Thomas Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge University Press, New York, 2011, hlm. 14.

¹⁹ Seline Trevisanut, "The Principle of Non-Refoulement and the De-Territorialization of Border Control at Sea", *Leiden Journal of International Law*, Volume 27, Nomor 3, 2014, hlm. 664.

wilayah perbatasan suatu negara karena prinsip ini dapat meyakinkan pencari suaka untuk tidak perlu takut akan penolakan atau pengusiran sebab sesungguhnya hal tersebut tidak akan terjadi berdasarkan prinsip *non-refoulement*. Sejalan dengan itu, Gregor Noll berpendapat bahwa prinsip *non-refoulement* dapat dideskripsikan sebagai hak untuk melampaui batas administrasi.²⁰ Hal tersebut tidak memperhatikan siap atau tidaknya negara untuk menerima pencari suaka atau pengungsi. Pencari suaka atau pengungsi yang datang ke wilayah negaranya tetap akan diizinkan masuk.

Hukum Hak Asasi Manusia Internasional telah menjadikan *non-refoulement* sebagai komponen integral dari larangan penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman yang kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat manusia, sebagaimana diabadikan dalam Pasal 7 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights*).²¹ Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa yang memantau pelaksanaan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik telah menafsirkan Pasal 7 sebagai pasal yang bertujuan untuk melindungi baik martabat maupun integritas fisik dan mental individu.²² Hal tersebut mengisyaratkan bahwa

²⁰ Gregor Noll, "Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law", *International Journal of Refugee Law*, Volume 17, Nomor 13, September 2005, hlm. 665.

²¹ European Union Agency for Fundamental Rights, *Scope of the Principle of Non-Refoulement in Cintemporary Border Management: Evolving Areas of Law*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016, hlm. 13.

²² Lihat UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 10 Maret 1992.

segala penyiksaan dan bentuk-bentuk perlakuan yang sewenang-wenang lainnya juga dilarang.²³ Sehubungan dengan hal tersebut, Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa menyampaikan pandangannya sebagai berikut:

*States Parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel or inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement.*²⁴

Prinsip *non-refoulement* juga secara eksplisit diatur dalam Pasal 3 Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Hukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi atau Merendahkan Martabat Manusia (*Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*)²⁵, yang menyatakan bahwa tidak ada satu pun negara pihak dalam Konvensi ini yang boleh mengusir, mengembalikan (*refouler*) atau mengekstradisikan seseorang ke negara lain apabila terdapat alasan yang cukup kuat untuk menduga bahwa orang tersebut berada dalam keadaan bahaya yang dapat menjadikannya sebagai sasaran penyiksaan. Prinsip *non-refoulement* tidak hanya terikat bagi negara-negara yang menjadi peserta dalam Konvensi maupun traktat internasional lainnya, sebab bagaimana pun juga prinsip ini telah dipertimbangkan sebagai ketentuan Hukum Kebiasaan Internasional, dan hal tersebut

Komentar tersebut diadopsi pada Sesi ke-44 Human Rights Committee yang menggantikan *General Comment 7 concerning Prohibition of torture and cruel treatment or punishment*.

²³ European Union Agency for Fundamental Rights, *Loc. Cit.*

²⁴ UN, Human Rights Committee, 1992, sebagaimana dikutip dalam *Ibid.*

²⁵ Selanjutnya akan disebut Konvensi Anti Penyiksaan.

mengikat semua negara di dunia²⁶ – terlepas dari faktor keikutsertaan negara tersebut dalam konvensi internasional.²⁷

Tabel 2. Ruang Lingkup Prinsip *Non-Refoulement* dalam Hukum Pengungsi dan Hukum Hak Asasi Manusia Internasional

Dasar Hukum	Larangan	Jenis Pelanggaran	Subjek yang dituju
Konvensi Jenewa 1951 tentang Status Pengungsi, Pasal 33	Larangan pengembalian (<i>prohibition of refoulement</i>)	Persekusi	Pengungsi – terlepas dari adanya pengakuan secara formal sebagai pengungsi selama orang tersebut berada di luar negara asalnya
Konvensi anti Penyiksaan, Pasal 3	Larangan pengembalian (<i>prohibition of refoulement</i>)	Penyiksaan	Setiap orang yang berada di bawah yurisdiksi suatu negara
Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik, Pasal 7	Larangan menundukkan individu untuk tindakan tertentu (<i>prohibition of subjecting individuals to specified acts</i>)	Penyiksaan, perlakuan atau hukuman yang tidak manusiawi atau merendahkan martabat	Setiap orang yang berada di bawah yurisdiksi suatu negara

Sumber: FRA, 2016.

²⁶ Dasar hukum mengenai kekuatan mengikat Hukum Kebiasaan Internasional tersebut dapat ditemukan pada Pasal 38 Konvensi Wina 1969. Pasal tersebut pada prinsipnya memberikan pengecualian terhadap asas '*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*', yang mana menurut asas tersebut suatu perjanjian tidak menciptakan baik kewajiban maupun hak bagi negara ketiga tanpa kesepakatannya. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa Hukum Kebiasaan Internasional yang terdiri dari unsur-unsur yang bersifat normatif merupakan praktik-praktik negara secara umum yang sudah diterima sebagai hukum dan dapat mengikat bagi semua negara. Lihat Sumaryo Suryokusumo, *Op. Cit.*, hlm. 97-98. Lihat juga Sindy Fathan, "Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations", *Indonesian Journal of International Law*, Volume 3, Nomor 1, Oktober 2005, hlm. 97.

²⁷ Jean Allain, "The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement", *International Journal of Refugee Law*, Volume 13, Nomor 4, 2001, hlm. 533-558. Lihat juga James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, hlm. 363-367; dan Guy S. Goodwin-Gill, "The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement", *International Journal of Refugee Law*, Volume 23, Nomor 3, 2011, hlm. 443-444.

Seperti yang ditunjukkan pada Tabel 2 di atas, ruang lingkup dan muatan materi prinsip *non-refoulement* yang tercermin dalam berbagai instrumen internasional berbeda-beda. Kendati demikian, secara keseluruhan, Hukum Pengungsi Internasional dan Hukum Hak Asasi Manusia melarang pengembalian yang dapat menimbulkan risiko terhadap penganiayaan dan penyiksaan, perlakuan atau hukuman yang tidak manusiawi atau merendahkan martabat seseorang.

Prinsip *non-refoulement* yang dilembagakan dalam Konvensi Jenewa 1951 tidak hanya mencakup pengungsi yang diakui tetapi juga para pencari suaka yang menunggu penentuan status. Lebih dari itu, prinsip ini melarang pengembalian seseorang ke negara di mana ia akan menghadapi risiko penganiayaan atau kerusakan serius sebagai akibat dari penolakan secara langsung maupun tidak langsung.²⁸ Maksud dari penolakan langsung adalah ketika pengungsi atau pencari suaka memasuki wilayah perbatasan suatu negara, dan negara tersebut mengembalikan mereka ke wilayah asalnya di mana individu tersebut akan terancam keselamatannya. Sedangkan penolakan tidak langsung itu terjadi ketika pengungsi atau pencari suaka diterima di suatu negara tetapi tidak dengan maksud menetap atau mendapat perlindungan, melainkan memindahkannya ke wilayah negara lain di mana individu akan terancam keselamatannya sebagai risiko pemindahan tersebut.²⁹

²⁸ James C. Hathaway, *Op. Cit.*, hlm. 233.

²⁹ Contoh dari penolakan tidak langsung ini misalnya dapat dilihat pada Kasus M.S.S. v Belgium and Greece [GC], Application No. 30696/09. Kasus ini memeriksa kompatibilitas *Dublin II*

Selain ketiga produk hukum sebagaimana disebutkan di atas, prinsip *non-refoulement* juga diatur dalam beberapa instrumen hukum Internasional. Bahkan hal tersebut telah muncul dan dipraktikkan oleh negara-negara sejak Perang Dunia I.³⁰ Adapun instrumen hukum yang dimaksud diantaranya sebagai berikut:

1. *Geneva Conventions relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949* (Konvensi Jenewa IV 1949).

Pada Pasal 45 Konvensi Jenewa mengenai Perlindungan Orang-Orang Sipil dalam Waktu Perang dinyatakan bahwa orang-orang yang dilindungi tidak dapat diserahkan kepada suatu negara bukan anggota Konvensi. Lebih lanjut dijelaskan bahwa orang yang dilindungi tersebut dalam keadaan apapun tidak boleh dipindahkan ke suatu negara di mana ia mempunyai alasan untuk khawatir bahwa ia akan dikejar-kejar karena pendapat politik atau keyakinan keagamaannya.

2. *Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees* (Prinsip Bangkok 1966). Prinsip Bangkok dibuat oleh Asian-

Regulation dengan *European Convention on Human Rights* (ECHR) mengenai transfer ke Yunani berdasarkan *Dublin II Regulation*. Pengadilan menemukan bahwa (1) terdapat pelanggaran Pasal 3 ECHR oleh Pemerintah Yunani yang berkaitan dengan kondisi penahanan pemohon, dan kehidupan pemohon di Yunani; (2) pelanggaran Pasal 13 jo. Pasal 3 ECHR terhadap Yunani karena Pemerintah Yunani tidak mengikuti prosedur penerimaan suaka yang seharusnya dalam kasus pemohon, dan risiko pengusirannya ke Afghanistan tanpa pemeriksaan serius atas manfaat dari permohonan suaka serta tidak mendapatkan akses pada pemulihan yang efektif atas pelanggaran yang dilakukan di hadapan otoritas nasional. Sedangkan untuk Pemerintah Belgia, Pengadilan menemukan bahwa (1) terdapat pelanggaran terhadap Pasal 3 dengan mengirim pemohon kembali ke Yunani dan tidak melindungi pemohon dari segala risiko terkait dengan kekuarangan dalam prosedur suaka di negara tersebut; (2) Pelanggaran Pasal 3 yang telah menjadikan pemohon sebagai tahanan dan kondisi kehidupan pemohon di Belgia yang melanggar ketentuan ECHR tersebut.

commit to user

³⁰ Lihat Harun Ur Rashid, *Loc. Cit.*

*African Legal Consultative Committee (AALCC)*³¹ pada tanggal 31 Desember 1966.³² Di dalam Prinsip tersebut, ketentuan mengenai *non-refoulement* diatur pada Pasal 3 dengan judul yang sama. Ketentuan tersebut pada pokoknya berisi hal yang sama dengan prinsip *non-refoulement* yang dilembagakan pada Pasal 33 Konvensi Jenewa 1951³³. Kendati demikian yang membedakan ketentuan tersebut dengan Pasal 33 Konvensi Jenewa 1951 adalah adanya jaminan suaka sementara bagi pencari suaka sebelum orang tersebut mencari suaka di negara lain.³⁴

³¹ Pembentukan AALCC berawal dari usulan yang disampaikan oleh Pemerintah Burma pada Konferensi Hukum Internasional yang diselenggarakan di New Delhi pada tahun 1954. Pemerintah Burma mengusulkan untuk mendirikan sebuah organisasi konsultasi regional di bidang Hukum Internasional, yang kemudian proposal tersebut mendapatkan dukungan di antara *Colombo Powers* dan menghasilkan pembentukan *Asian Legal Consultative Committee (ALCC)* pada tahun 1956 di New Delhi. Sebelumnya, AALCC bernama ALCC karena pada saat pembentukannya anggota dari komite tersebut adalah tujuh negara di Asia. Namun ketika negara-negara di Afrika menjadi anggota dari komite tersebut, namanya berubah menjadi AALCC pada tahun 1958. Lihat Ross Masud, "The Asian-African Legal Consultative Committee", *Journal of World Trade*, Volume 18, Nomor 1, 1984, hlm. 81.

³² B. Sen, "The Asian-African Legal Consultative Committee as a Forum for Co-operation in the Development of International Law", *The Turkish Yearbook*, Volume 16, 1976, hlm. 60. Lihat juga B. Sen, "Protection of Refugees: Bangkok Principles and After", *Journal of the Indian Law Institute*, Volume 34, Nomor 2, April-Juni 1992, hlm. 187-188.

³³ Adapun ketentuan Pasal 3 ayat (1) Prinsip Bangkok sebagai berikut:

No one seeking asylum in accordance with these Principles shall be subjected to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion which would result in his life or freedom being threatened on account of his race, religion, nationality, ethnic origin, membership of a particular social group or political opinion.

The provision as outlined above may not however be claimed by a person when there are reasonable grounds to believe the person's presence is a danger to the national security or public order of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

³⁴ Pasal 3 ayat (2) Prinsip Bangkok: "In cases where a State decides to apply any of the above-mentioned measures to a person seeking asylum, it should grant provisional asylum under such conditions as it may deem appropriate, to enable the person thus endangered to seek asylum in another country."

3. *The Declaration on Territorial Asylum* (Deklarasi Suaka Teritorial 1967). Pada tanggal 14 Desember 1967 Majelis Umum PBB mengadopsi sebuah Resolusi pada 1631st *plenary meeting* mengenai Deklarasi Suaka Teritorial. Deklarasi tersebut menegaskan kembali bahwa pemberian suaka merupakan suatu tindakan damai dan kemanusiaan yang tidak dapat dianggap sebagai tindakan yang tidak bersahabat oleh negara lain mana pun.³⁵ Karena pada prinsipnya hal tersebut memperhatikan tujuan yang dicantumkan dalam Piagam PBB yaitu untuk memelihara perdamaian dan keamanan internasional; untuk mengembangkan hubungan persahabatan antar negara dan untuk menyelesaikan masalah-masalah internasional; serta mendorong penghormatan terhadap HAM dan kebebasan mendasar bagi semua orang tanpa membedakan ras, jenis kelamin, bahasa atau agama. Sehubungan dengan penghormatan HAM dan kebebasan individu, pada Pasal 3 dinyatakan bahwa tidak seorang pun akan dikenakan tindakan seperti penolakan di perbatasan atau jika dia telah memasuki wilayah di mana dia mencari suaka mengalami pengusiran atau pemulangan kembali ke negara di mana dia dapat dipersekusi. Deklarasi ini merekomendasikan kepada negara anggota PBB untuk menghormati ketentuan tersebut.

4. *The 1969 OAU Convention Governing Specific Aspects of Refugee Problems in Africa* (Konvensi Organisasi Uni Afrika). Konsep *non-refoulement* di atur dalam Pasal 2 ayat (3) Konvensi Organisasi Uni Afrika yang menegaskan bahwa tidak ada seorang pun akan dikenakan tindakan seperti penolakan di perbatasan, pemulangan kembali atau pengusiran oleh Negara Anggota Uni Afrika, yang akan memaksa dia untuk kembali ke atau tetap di wilayah di mana hidupnya, integritas fisik atau kebebasannya akan terancam karena alasan persekusi. Persekusi yang dimaksud yaitu atas dasar ras, agama, kebangsaan, keanggotaan suatu kelompok sosial atau opini politik tertentu atau yang terpaksa meninggalkan negara asalnya atau tempat kediamannya untuk mencari perlindungan dari agresi eksternal, pekerjaan, dominasi asing atau peristiwa serius yang mengganggu ketertiban umum.³⁶

³⁶ Konvensi Organisasi Uni Afrika yang mengatur Aspek Khusus Masalah Pengungsi di Afrika 1969 mulai berlaku tanggal 20 Juni 1974. Ketentuan Pasal 2 ayat (3) tersebut dalam bahasa aslinya tertulis seperti berikut ini:

No person shall be subjected by a Member State to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion, which would compel him to return to or remain in a territory where his life, physical integrity or liberty would be threatened for the reasons set out in Article I, paragraphs 1 and 2.

Ketentuan di atas juga merujuk pada Pasal 1 ayat (1) dan (2) dari Konvensi Organisasi Uni Eropa. Pasal tersebut berbicara secara khusus mengenai definisi dari kata "Pengungsi/refugee". Adapun definisi dari kata tersebut berikut ini:

1. *For the purposes of this Convention, the term "refugee" shall mean every person who, owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.*
2. *The term "refugee" shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual*

5. *The 1969 American Convention on Human Rights* (Konvensi Amerika mengenai Hak Asasi Manusia). Pasal 22 ayat (8) menegaskan bahwa:

In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions.

Seorang warga negara asing tidak dapat dideportasi atau dikembalikan ke suatu negara dalam keadaan apa pun, namun terlepas dari itu, negara asalnya atau tidak selama di negara tersebut haknya untuk hidup atau kebebasan pribadinya dalam bahaya dilanggar karena alasan ras, kebangsaan, agama, status sosial, atau opini politiknya.

6. *The 1984 Cartagena Declaration* (Deklarasi Cartagena 1984). Deklarasi ini diadopsi oleh Kolokium tentang Perlindungan Pengungsi Internasional di Amerika Tengah, Meksiko dan Panama, yang diadakan di Cartagena, Kolombia dari tanggal 19 sampai dengan 22 November 1984. Deklarasi ini menegaskan kembali makna dan pentingnya prinsip *non-refoulement* sebagai batu penjurur perlindungan internasional para pengungsi. Tidak hanya itu, Deklarasi ini juga menekankan bahwa prinsip *non-refoulement* harus diakui dan dipatuhi sebagai norma *jus cogens* yang tidak dapat disimpangi.³⁷

residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality.

³⁷ Lihat bagian III angka 5 Deklarasi Cartagena 1984.

B. Kewajiban Negara pada Umumnya

Aristoteles, seorang pemikir negara dan hukum pada zaman Yunani, memberikan pengertian negara sebagai suatu kekuasaan masyarakat yang bertujuan untuk mencapai kebaikan tertinggi bagi umat manusia.³⁸ Sementara itu, Marsilius pada abad pertengahan menyampaikan pandangannya mengenai negara. Bagi dia, negara adalah suatu badan atau organisme yang mempunyai dasar-dasar hidup dan mempunyai tujuan tertinggi, yaitu menyelenggarakan dan mempertahankan perdamaian.³⁹ Selain pendapat kedua tokoh sebelumnya, para sarjana dan pemikir ketatanegaraan seperti Logemann juga mengatakan bahwa negara merupakan organisasi kemasyarakatan yang dengan kekuasaannya bertujuan untuk mengatur dan mengurus masyarakat tertentu.⁴⁰ Berdasarkan hal tersebut di atas, dapat dilihat bahwa pengertian negara sangat beranekaragam. Namun yang pasti ialah negara merupakan suatu organisasi yang terdiri dari berbagai fungsi, selain itu negara juga memiliki tujuan tertentu yaitu untuk mengatur dan menciptakan ketertiban serta perdamaian di dalam masyarakat tertentu.

Pembicaraan mengenai negara dalam pemikiran politik merupakan isu utama yang selalu menarik untuk diperbincangkan di era modernisasi seperti sekarang ini.⁴¹ Apalagi ketika negara diperhadapkan dengan isu-isu kemanusiaan seperti penerimaan pengungsi. Negara berada dalam kondisi

³⁸ G. S. Diponalo, , *Ilmu Negara*, Balai Pustaka, Jakarta, 1975, hlm. 23.

³⁹ Suhino, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, 1980, hlm. 64.

⁴⁰ Mukhtar Affandi, *Ilmu-Ilmu Kenegaraan*, Alumni, Bandung, 1971, hlm. 93.

⁴¹ Usman, "Negara dan Fungsinya (Telaah atas Pemikiran Politik)", *Al Daulah: Jurnal Hukum Pidana dan Ketatanegaraan*, Volume 4, Nomor 1, 2015, hlm. 131.

kebimbangan antara memilih untuk menerima pengungsi, atau menolaknya dan membiarkan pengungsi pergi ke wilayah lain tanpa arah dan tujuan.

Banyak sekali desakan-desakan yang ditujukan kepada negara-negara mengenai sikap yang mereka ambil dalam melihat persoalan pengungsi. Desakan-desakan ini berasal dari masyarakat internasional. Pada akhirnya, negara mau tidak mau harus segera bertindak, dan menentukan prioritas memilih kepentingan negara beserta warga negaranya sendiri, atau kepentingan masyarakat internasional yang mewakili pengungsi.

Di balik setiap desakan masyarakat internasional kepada negara, negara selalu diingatkan mengenai kewajiban-kewajibannya menurut Hukum Internasional. Sehubungan dengan itu, pada bagian ini perlu untuk membahas kewajiban-kewajiban tersebut dengan maksud agar dalam menilai patut atau tidaknya tindakan negara dapat diukur dengan kriteria yang jelas, yakni berdasarkan kewajiban-kewajiban negara. Kewajiban-kewajiban yang dimaksud salah satunya tercantum dalam *Montevideo Convention on Rights and Duties of States* (Konvensi Montevideo 1933).

Konvensi Montevideo 1933 merupakan perjanjian yang ditandatangani di Montevideo, Uruguay pada tanggal 26 Desember 1933 selama *the Seventh International Conference of American States* (Konferensi Internasional Ketujuh Negara-Negara Amerika). Konvensi ini mengkodifikasikan teori deklaratif kenegaraan sebagai teori yang diterima

menjadi bagian dari Hukum Kebiasaan Internasional.⁴² Pada Konferensi tersebut, Presiden Amerika Serikat, Franklin D. Roosevelt dan Sekretaris Negara, Cordell Hull, mendeklarasikan Kebijakan *Good Neighbor Policy* yang menentang intervensi bersenjata Amerika Serikat dalam urusan antar-Amerika. Konvensi tersebut ditandatangani oleh 19 negara, dan tiga negara diantaranya menerima dengan reservasi, yakni Brasil, Peru, dan Amerika Serikat.⁴³

1. Kewajiban Non-Intervensi

Di dalam Konvensi Montevideo 1933, salah satu kewajiban negara yang ditetapkan oleh para perumus Konvensi yaitu kewajiban untuk tidak mencampuri urusan dalam negeri maupun luar negeri negara lain.⁴⁴ Kewajiban tersebut dikenal dengan prinsip non-intervensi. Prinsip ini ditetapkan demikian karena diyakni bahwa suatu negara memiliki kedaulatan penuh yang didasari oleh paham kemerdekaan, dan persamaan derajat antar negara.⁴⁵ Non-intervensi merupakan jaminan pengakuan kedaulatan negara, dan jaminan perlindungan politik domestik suatu negara dari negara lain.⁴⁶

⁴² Hersch Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, New York, 1947, hlm. 419.

⁴³ Department of International Law OAS, "A-40: Convention on Rights and Duties of States", <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-40.html>, diakses 23 September 2019.

⁴⁴ Pasal 8 Konvensi Montevideo 1933 berisi ketentuan sebagai berikut: "*No state has the right to intervene in the internal or external affairs of another.*"

⁴⁵ Pasal 1 Piagam PBB. Lihat juga Danel Aditia Situngkir, "Eksistensi Kedaulatan Negara dalam Penerapan Yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional", *Jurnal Lex Librum*, Volume 4, Nomor 2, Juni 2018, hlm. 660.

⁴⁶ I. Halina, "Menyoroti Prinsip Non-Intervensi ASEAN", *Multiversa: Journal of International Studies*, Volume 1, Nomor 1, 2011, hlm. 14.

Istilah intervensi seringkali digunakan secara umum untuk memperlihatkan hampir seluruh tindakan campur tangan oleh suatu negara dalam urusan negara lain. Campur tangan ini dapat dilakukan dengan berbagai motif, atau tujuan yang hendak dicapai, baik maupun buruk. Kendati demikian, bagi Lauterpacht, intervensi itu harus dilakukan dengan tujuan yang baik yaitu untuk memelihara dan mengubah keadaan, situasi, atau barang di negara tersebut.⁴⁷

Intervensi lebih dilekatkan pada persoalan kebijakan negara daripada masalah hukum. Hal tersebut disampaikan oleh William Harcourt sebagai berikut:

*Intervention is a question rather of policy than of law. It is above and beyond the domain of law, and when wisely and equitably handled by those who have the power to give effect to it, may be the highest policy of justice and humanity.*⁴⁸

Erika dan Mangku dalam tulisannya yang berjudul “Meneropong Prinsip Non Intervensi yang Masih Melingkar dalam ASEAN”, mengatakan bahwa non-intervensi adalah kebijakan luar negeri yang menyatakan bahwa penguasa politik harus menghindari aliansi dengan negara lain, tetapi tetap mempertahankan diplomasi, dan berusaha untuk menghindari semua perang yang tidak terkait dengan pembelaan diri secara langsung. Hal tersebut didasarkan pada alasan bahwa suatu negara tidak boleh ikut campur dalam politik

⁴⁷ Oppenheim-Lauterpacht, *International Law: A Treatise Vol. 1, Second Edition*, Longmans Green and Co, 1967, hlm. 305. Lihat juga Huala Adolf, *Aspek-Aspek Negara dalam Hukum Internasional*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm. 30.

⁴⁸ Simon Chesterman, *Just War or Just Peace?: Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford University Press, New York, 2001, hlm. 39.

internal negara lain berdasarkan pada prinsip kedaulatan negara, dan penentuan nasib sendiri. Ungkapan serupa untuk hal ini adalah independensi strategis.⁴⁹

Suatu tindakan disebut intervensi apabila suatu negara bertindak mencampuri urusan negara lain, baik urusan dalam maupun luar negeri yang melanggar kemerdekaan negara tersebut.⁵⁰ Melanggar kemerdekaan negara yang dimaksud ialah negara yang dicampuri urusannya mendapatkan tekanan dan tidak secara bebas menentukan tindakan apa yang harus diambil sendiri olehnya. Kalau pemberian nasehat oleh suatu negara kepada negara lain mengenai pokok persoalan tertentu, bukan merupakan intervensi. Meskipun pada umumnya para ahli akan menyebutkan hal tersebut sebagai salah satu bentuk campur tangan.⁵¹ Selama nasehat tersebut diberikan berdasarkan permohonan negara yang bersangkutan, dan/atau tidak ada paksaan yang dirasakan oleh negara tersebut maka hal ini bukan intervensi.⁵²

⁴⁹ Erika dan Dewa Gede Sudika Mangku, "Menoropong Prinsip Non Intervensi yang Masih Melingkar dalam ASEAN", *Perspektif*, Volume 19, Nomor 3, September 2014, hlm. 180.

⁵⁰ Tony Yuri Rahmanto, "Prinsip Non-Intervensi bagi ASEAN ditinjau dari Perspektif Hak Asasi Manusia (*Non-Interference Principle in ASEAN Reviewed from Human Rights Perspective*)", *Jurnal HAM*, Volume 8, Nomor 2, Desember 2017, hlm. 149.

⁵¹ J. G. Starke, *Introduction to International Law*, sebagaimana diterjemahkan oleh Bambang Iriana Djaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional 2 Edisi Kepsepuluh*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007, hlm. 683.

⁵² Sugeng Istanto menyampaikan pandangannya bahwa untuk mengkualifikasikan suatu tindakan sebagai intervensi, harus merujuk pada dua persyaratan sebagai berikut, yaitu pertama, intervensi itu berkaitan dengan persoalan yang termasuk urusan yang seharusnya dapat diputuskan sendiri secara bebas oleh negara yang dicampuri; kedua, campur tangan tersebut dilakukan dengan paksaan, terutama kekerasan. Istanto memberikan contoh mengenai hal tersebut seperti yang terjadi dalam *Kasus joint demarche* tahun 1895 antara Rusia, Prancis, Jerman, dan Jepang. Dimana Rusia, Prancis, dan Jerman memaksa Jepang untuk mengembalikan

Menurut Brierly⁵³, intervensi atau campur tangan harus memenuhi beberapa unsur berikut ini yaitu:

- a. Berbentuk suatu perintah;
- b. Bersifat memaksa atau ancaman kekerasan dibalik perintah tersebut;
- c. Adanya implikasi tindakan untuk mengganggu kemerdekaan politik negara yang bersangkutan.

Meskipun intervensi dilarang untuk dilakukan oleh suatu negara, hal tersebut ada pengecualiannya. Negara dalam hal-hal tertentu dianggap berhak untuk melakukan intervensi menurut Hukum Internasional, yaitu:

- a. Intervensi kolektif berdasarkan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa;
- b. Intervensi tersebut dilakukan untuk melindungi hak, kepentingan, dan keselamatan pribadi warga negara yang bersangkutan di luar negeri;
- c. Intervensi dilakukan sebagai upaya untuk mempertahankan diri;
- d. Intervensi dilakukan pada negara yang melakukan pelanggaran berat atas Hukum Internasional⁵⁴ terhadap negara yang melakukan intervensi.⁵⁵

wilayah Cina, Liaotung, yang berdasarkan perjanjian internasional Shimonoseki diserahkan secara paksa kepada Jepang. Sugeng Istanto, *Hukum Internasional, Op. Cit.*, hlm. 46.

⁵³ J. L. Brierly, *The Law of Nations*, sebagaimana diterjemahkan oleh Moh. Radjab, *Hukum Bangsa-Bangsa: Suatu Pengantar Hukum Internasional*, Bharata, Jakarta, 1996, hlm. 26.

2. Kewajiban Tidak Berperang

Kewajiban lain yang harus dilakukan oleh negara ialah untuk tidak mengambil jalan kekerasan atau perang.⁵⁶ Konvensi Montevideo 1933 mengamanatkan bahwa negara-negara secara pasti menetapkan peraturan pelaksana dari kewajiban yang tercantum dalam Konvensi Montevideo 1933 seperti larangan penggunaan senjata dalam mengancam perwakilan diplomatik, atau dalam tindakan pemaksaan lainnya.⁵⁷ Di dalam Hukum Internasional, penggunaan kekerasan atau peperangan ini identik dengan penyelesaian sengketa internasional yang terjadi diantara negara-negara di dunia. Bahkan cara ini masih dianggap populer daripada penggunaan cara-cara damai.⁵⁸ Sehubungan dengan hal tersebut, Ion Diaconu sebagaimana dikutip oleh R. St. J. MacDonald dan Douglas M. Johnston menyampaikan pandangannya sebagai berikut:

⁵⁴ Contoh dari intervensi sebagaimana dimaksud pada poin ini misalnya yang terjadi pada kasus Timor Leste, kasus Bosnia-Herzegovina diawal kemerdekaannya, kasus pembantaian etnis di Rwanda, konflik antar partai di Kamboja. Kasus-kasus ini menunjukkan bahwa pemerintahan negaranya tidak dapat menangani konflik yang terjadi dinegaranya sendiri. Untuk mengatasi persoalan-persoalan tersebut, intervensi internasional pun kemudian dibutuhkan dengan maksud untuk menyelesaikan konflik dan membangun kembali pemerintahan yang efektif di negara-negara tersebut. Lihat Pandu Utama Manggala, "Intervensi Humaniter, Kedaulatan, dan Penegakkan Hukum Internasional di Negara Gagal", *Opinio Juris: Jurnal Hukum dan Perjanjian Internasional*, Volume 2, Nomor 17, Mei-Agustus 2011, hlm. 1.

⁵⁵ Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, *Op. Cit.*, hlm. 47.

⁵⁶ T. May Rudy, *Hukum Internasional 1*, PT Refika Aditama, Bandung, 2002, hlm. 26.

⁵⁷ Pasal 11 Konvensi Montevideo 1933.

⁵⁸ Ukas, "Analisis Yuridis tentang Sengketa dalam Prospektif Kajian Hukum Internasional", *Jurnal Cahaya Keadilan*, Volume 6, Nomor 2, Oktober 2018, hlm. 145.

*In many cases recourse to violence has been used and continues to be used in international relations, and the use of peaceful way and means is not yet the rule in international life.*⁵⁹

Kewajiban untuk tidak menggunakan kekerasan atau peperangan diatur sedemikian rupa agar kedamaian dunia tetap terjaga. Dengan perkataan lain, hal tersebut dimaksudkan untuk menghindari adanya hal buruk yang terjadi sehingga mengakibatkan penderitaan bagi seluruh umat manusia. Oleh karena itu, disarankan untuk menggunakan cara-cara damai dalam penyelesaian sengketa internasional seperti negosiasi, penyelidikan, mediasi, konsiliasi, arbitrase, pengadilan, penyelesaian sengketa melalui organisasi atau badan regional, maupun cara-cara damai lainnya sesuai dengan kesepakatan para pihak yang bersengketa.⁶⁰

Pemeliharaan perdamaian dan keamanan dunia merupakan tujuan yang hendak ditekankan oleh PBB.⁶¹ Pasal 2 ayat (4) Piagam

⁵⁹ R. St. J. MacDonald dan Douglas M. Johnston, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1983, hlm. 1905. Lihat juga Richard Falk, "Review: The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory by R. St. J. MacDonald dan Douglas M. Johnston", *The American Journal of International Law*, Volume 79, Nomor 1, Januari 1985, hlm. 182-183; Wladislaw Czapliński, "Review: The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory by R. St. J. MacDonald dan Douglas M. Johnston", *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Volume 19, Nomor 4, 1986, hlm. 492-493.

⁶⁰ Penyelesaian sengketa internasional tersebut terdapat dalam Pasal 33 ayat (1) Piagam PBB yang berisi ketentuan berikut ini:

The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.

Lihat juga Dewa Gede Sudika Mangu, "Suatu Kajian Umum tentang Penyelesaian Sengketa Internasional termasuk di dalam Tubuh ASEAN", *Perpektif*, Volume 17, Nomor 3, September 2012, hlm. 151.

⁶¹ Lihat Pasal 1 ayat (1) Piagam PBB yang menegaskan bahwa "Memelihara perdamaian dan keamanan internasional dan untuk tujuan itu melakukan tindakan-tindakan bersama yang efektif untuk mencegah dan melenyapkan ancaman-ancaman terhadap pelanggaran-pelanggaran

PBB menegaskan bahwa seluruh anggota PBB menjauhkan diri dari tindakan mengancam atau menggunakan kekerasan terhadap integritas wilayah atau kemerdekaan politik negara lain atau dengan cara apapun yang bertentangan dengan tujuan-tujuan PBB. Kata yang perlu diberi penegasan dalam Pasal 2 ayat (4) Piagam PBB⁶² adalah “*refrain*” yang artinya “menjauhkan diri” atau “menahan diri”. Hal ini berarti negara-negara harus berupaya secara aktif – bukan pasif – untuk menghindari dari tindakan mengancam atau penggunaan kekerasan.

Pada Piagam PBB juga memberikan pengecualian terhadap penggunaan kekerasan ini. Maksudnya, cara kekerasan ini dapat ditempuh asalkan hal tersebut dilakukan dalam rangka pelaksanaan Pasal 44 dan Pasal 51. Pasal 44 berkaitan dengan penggunaan kekuatan bersenjata yang diotorisasi oleh Dewan Keamanan PBB, sedangkan Pasal 51⁶³ mengenai penggunaan kekuatan bersenjata yang dilakukan secara unilateral oleh negara sebagai haknya untuk

terhadap perdamaian; dan akan menyelesaikan dengan jalan damai, serta sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan dan Hukum Internasional, mencari penyelesaian terhadap pertikaian-pertikaian internasional atau keadaan-keadaan yang dapat mengganggu perdamaian.”

⁶² Pasal 2 ayat (4) Piagam PBB “*All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.*”

⁶³ Pasal 51 ini mengatur mengenai *self-defense*. Sebelum Pasal ini diatur dalam Piagam PBB, Hukum Kebiasaan Internasional terlebih dahulu mengadopsi *anticipatory self-defense* yang berkembang pada mulanya dari Kasus Kapal Caroline antara Inggris dan Amerika Serikat. Kemudian, *anticipatory self-defense* ini diperdebatkan diantara para ahli mengenai keabsahannya, sehingga ada yang tidak setuju apabila dilakukan. Hanya saja hal tersebut dapat diberlakukan ketika ada ancaman aksi teroris dan senjata nuklir. Lihat K. Tibori Szabó, *Anticipatory Action in Self-Defence: Essence and Limits under International Law*, Asser Press, The Hague, 2011, hlm. 32-33. Lihat juga Ademola Abass, *International Law Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, New York, 2012, hlm. 378; dan *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports, tertanggal 8 Juli 1996, hlm. 226.

membela diri.⁶⁴ Apabila kekuatan bersenjata ini digunakan diluar kedua alasan tersebut, maka sudah pasti negara yang bersangkutan telah melanggar ketentuan Hukum Internasional.

3. Kewajiban untuk Melaksanakan Perjanjian Internasional

Negara-negara mempunyai kewajiban untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban perjanjian internasional yang telah dibuatnya dengan itikad baik (*good faith*). Hal yang sama juga diatur dalam Pasal 13 *Draft Declaration on Rights and Duties of States 1949* yang menyatakan sebagai berikut:

Every State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other sources of international law, and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for failure to perform this duty.

Teks tersebut di atas berasal dari Pasal 11 dan Pasal 12 *Draft Panama*. Ungkapan “perjanjian dan sumber-sumber Hukum Internasional lainnya” diadopsi dari bagian pembukaan Piagam PBB. Pada bagian pertama ketentuan Pasal 13 di atas merupakan penerapan kembali asas fundamental yang diakui di dunia hukum, yaitu *pacta sunt servanda*. Sedangkan untuk frasa penutup mereproduksi substansi pernyataan yang dikenal luas oleh *the Permanent Court of International Justice* (Mahkamah Permanen Internasional).⁶⁵

⁶⁴ Sheila Hillary Kando, Adijaya Yusuf, dan Hadi Rahmat Purnama, “Hak Bela Diri Menurut Hukum Internasional dalam *Operation Pillar of Defense* yang dilakukan oleh Tentara Israel terhadap Palestina (Tahun 2012), *Skripsi*, pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2014, hlm. 1.

⁶⁵ *Draft Declaration on Rights and Duties of States 1949 and Commentaries*. Lihat juga Permanent Court of International Justice, Series A/B: *Judgments, Orders and Advisory Opinions*, Fascicule No. 44, hlm. 24.

Pacta sunt servanda berasal dari bahasa latin yang berarti “*agreements should be kept*” atau “janji harus ditepati”.⁶⁶ Asas tersebut menegaskan bahwa perjanjian yang dibuat para pihak mengikat mereka sebagai undang-undang.⁶⁷ *Pacta sunt servanda* dianggap sebagai asas yang paling memegang peran penting dalam sejarah Hukum Internasional,⁶⁸ termasuk dalam Hukum Perjanjian Internasional.⁶⁹ Dikatakan fundamental karena asas ini menjadi dasar lahirnya suatu perjanjian, dan melandasi dilaksanakannya perjanjian tersebut sesuai dengan apa yang disepakati bersama diantara para pihak.⁷⁰

Kewajiban dalam perjanjian internasional dapat dilaksanakan oleh para pihak yang membuatnya apabila mereka memiliki itikad baik untuk memenuhinya. Prinsip itikad baik ini telah disinggung secara implisit dalam pembukaan Piagam PBB yang menyatakan

⁶⁶ Leah Alouch Odhiambo, “Application of The Legal Doctrine of Pacta Sunt Servanda on Kenya’s International Relations”, *Tesis*, Program Masters of Art in International Studies, The University of Nairobi, November 2016, hlm. 33.

⁶⁷ Selain asas *pacta sunt servanda*, terdapat juga asas-asas hukum lainnya yang dikenal dalam perjanjian internasional, antara lain asas *non-retroactive*, asas *rebus sic stantibus*, norma *jus cogens*, dan asas *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Lihat Harry Purwanto, “Keberadaan Asas Pacta Sunt Servanda dalam Perjanjian Internasional”, *Mimbar Hukum*, Volume 21, Nomor 1, Februari 2009, hlm. 157. Lihat juga I Wayan Parthiana, *Hukum Perjanjian Internasional Bagian 2*, Mandar Maju, Bandung, 2005, hlm. 279-284, 297-301.

⁶⁸ Jason Webb Yackee, “Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality”, *Fordham International Law Journal*, Volume 32, Nomor 5, 2008, hlm. 1596.

⁶⁹ Danel Aditia Situngkir, “Asas Pacta Sunt Servanda dalam Penegakan Hukum Pidana Internasional”, *Jurnal Cendekia Hukum*, Volume 3, Nomor 2, Maret 2018, hlm. 156. Lihat juga Zulkarnain Ridlwan, “Memelihara Asas Pacta Sunt Servanda atas Perjanjian Internasional (Telaah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 33/PUU-IX/2011)”, *Dimensi Hukum Internasional Seri Monograf*, Volume 2, 2014, hlm. 88.

⁷⁰ Harry Purwanto, *Loc. Cit.* Lihat juga I. Lukashuk, “The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation under International Law”, *American Journal of International Law*, Volume 83, Nomor 3, 1989, hlm. 513-518.

bahwa PBB bertekad untuk menghormati kewajiban yang timbul baik dari perjanjian maupun sumber Hukum Internasional lainnya dapat dilaksanakan.⁷¹ Demikian juga dalam Pasal 2 ayat (2) Piagam PBB telah dinyatakan secara jelas mengenai prinsip itikad baik tersebut, yaitu:

All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.

Selain kewajiban-kewajiban yang dijelaskan di atas, negara-negara juga mempunyai beberapa hak-hak dasar yang paling sering ditekankan yaitu:

1. Hak kemerdekaan;
2. Hak persamaan negara-negara atau persemaan derajat;
3. Hak yurisdiksi teritorial;
4. Hak membela diri atau hak untuk mempertahankan diri.

Hak-hak tersebut di atas perlu dipenuhi seiring dengan dilaksanakan kewajiban-kewajiban yang dibebankan kepada mereka. Hal ini menandakan bahwa tidak mungkin negara hanya menuntut haknya untuk dipenuhi tanpa melakukan kewajibannya, *vice versa*.

C. Kewajiban Negara berkaitan dengan Pengungsi

⁷¹ Mengenai asas *pacta sunt servanda* dan itikad baik ini juga diatur dalam Pasal 26 Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional yang berisi ketentuan berikut ini: “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.” (Setiap perjanjian yang berlaku adalah mengikat terhadap para pihak perjanjian tersebut dan harus dilaksanakan oleh mereka dengan itikad baik). Lihat Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Perjanjian Internasional*, Tata Nusa, Jakarta, 2008, hlm. 83.

Perlindungan hukum bagi seluruh masyarakat merupakan suatu kewajiban yang harus dilakukan oleh negara. Kewajiban tersebut didasari oleh pertimbangan sebagai bentuk penghormatan terhadap hak asasi manusia.⁷² Kendati demikian, negara tidak hanya dibebankan kewajiban untuk memberikan perlindungan hukum bagi warga negaranya, melainkan juga warga negara asing⁷³ yang berada dalam ruang lingkup wilayahnya. Hal ini termasuk pencari suaka, maupun mereka yang telah diberikan status sebagai pengungsi.⁷⁴

Setiap negara bertanggung jawab untuk menjamin agar hak warga negaranya dihormati. Oleh karena itu, perlindungan internasional hanya diterapkan apabila perlindungan nasional tidak diberikan atau tidak ada sama sekali. Pada saat itu, tanggung jawab yang semula berada pada negara asal individu beralih ke negara di mana individu mencari perlindungan. Sehubungan dengan itu, tiap negara mempunyai tugas umum untuk memberikan perlindungan internasional sebagaimana yang telah dipersyaratkan dalam Hukum Internasional, termasuk Hukum Hak Asasi Manusia, dan Hukum Kebiasaan Internasional.⁷⁵

⁷² Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi hak-hak asasi manusia oleh Mahkamah Konstitusi, Republik Indonesia: the Jimly Court 2003-2008*, Mandar Maju, Bandung, 2015, hlm. 142.

⁷³ Perlindungan kepada warga negara asing yang dibebankan kepada negara ini berkaitan dengan pelaksanaan prinsip kesetaraan (*equality*). Prinsip ini disebut sebagai perlakuan standar yang fundamental, alami, atau inheren yang telah memperoleh tempat permanen dalam ruang perlindungan forum internasional. Lihat Edwin Bochad, "The Minimum Standard of the Treatment of Aliens", *Michigan Law Review*, Volume 38, Nomor 4, Februari 1990, hlm. 448.

⁷⁴ M. Riadhussyah, "Tanggung Jawab Indonesia sebagai Negara Transit bagi Pengungsi Anak berdasarkan Hukum Internasional", *Jurnal Hukum IUS Quia Iustum*, Volume 23, Nomor 2, April 2016, hlm. 236.

⁷⁵ *Ibid.*

Bagi negara-negara pihak Konvensi Jenewa 1951, mereka mempunyai kewajiban untuk memberikan perlindungan sesuai dengan instrumen hukum tersebut. Perlindungan yang dimaksud ialah memberikan sepenuhnya apa yang menjadi hak dari para pengungsi menurut Konvensi Jenewa 1951. Hal tersebut wajib dilakukan oleh negara-negara tanpa diskriminasi yang berdasarkan agama, ras, atau negara asal.⁷⁶

Hak dan kewajiban merupakan kedua hal yang tidak dapat dipisahkan satu sama lain. Kalau ada hak maka disitu pula ada kewajiban. Mertokusumo dalam bukunya “Mengenal Hukum Suatu Pengantar” menyatakan bahwa hak dan kewajiban bukan merupakan kumpulan kaidah atau peraturan, sebab keduanya itu timbul karena hukum. Hukum yang memberi kewenangan itu kepada seseorang.⁷⁷ Oleh sebab itu, Mertokusumo mengatakan bahwa hak dan kewajiban merupakan perimbangan kekuasaan yang dikemas dalam bentuk hak individual di satu pihak yang tercermin pada kewajiban pada pihak lain.⁷⁸ Dengan perkataan lain, hak bagi pihak yang satu merupakan kewajiban bagi pihak lainnya, begitupula sebaliknya.

Pernyataan Mertokusumo sebagaimana tersebut di atas dapat dijelaskan dengan contoh yang diberikan oleh Hans Kelsen dalam bukunya yang berjudul “*General Theory of Law and State*”. Kelsen menegaskan bahwa seseorang yang mempunyai hak hukum untuk melakukan perbuatan tertentu, atau untuk tidak melakukan perbuatan tertentu, hal tersebut dapat dijalankan hanya karena dan selama orang lain mempunyai kewajiban hukum

⁷⁶ Pasal 3 Konvensi 1951.

⁷⁷ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2007, hlm. 49.

⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 42.

untuk tidak mengganggu orang tersebut dalam melakukan atau tidak melakukan perbuatan tertentu. Contohnya, apabila seseorang mempunyai hak untuk menggunakan sebuah jalan yang melintasi tanah milik orang lain, dari sudut pandang hukum hal tersebut dimaksudkan bahwa si pemilik tanah tersebut dan orang lain, karena alasan hukum, diwajibkan untuk tidak menghalangi orang tersebut menggunakan jalan itu. Jika si pemilik tanah dan orang lain menghalanginya, maka mereka telah melanggar kewajiban yang dibebankan kepada mereka oleh tatanan hukum. Dengan begitu kepada mereka yang menghalangi seseorang terpenuhi haknya – sekaligus melanggar kewajiban yang dibebankan kepadanya – terancam untuk dikenakan sanksi tertentu.⁷⁹

Apabila penjelasan mengenai hak dan kewajiban di atas dikaitkan dengan hubungan pengungsi dan negara, maka dapat juga dikatakan bahwa hak para pengungsi merupakan kewajiban bagi setiap negara untuk memenuhi, melindungi, dan menegakkan hak tersebut. Di dalam Konvensi Jenewa 1951 lebih banyak ditonjolkan mengenai hak para pengungsi, sedangkan mengenai kewajiban negara tidak begitu terlihat jelas. Maksudnya ialah di dalam kedua instrumen tersebut tidak menegaskan secara lugas apa saja kewajiban negara. Kendati demikian, hal tersebut bukan merupakan masalah besar, karena pada prinsipnya apabila terdapat hak bagi pihak yang satu maka timbul kewajiban bagi pihak lainnya. Tidak mungkin diatur mengenai hak tanpa kewajiban dalam suatu produk hukum. Apabila hal

⁷⁹ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russel and Russel, New York, 1971, sebagaimana diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Penerbit Nusa Media, Bandung, 2010, hlm. 110-111.

tersebut terjadi maka pada akhirnya ketentuan-ketentuan mengenai hak-hak tersebut tidak dapat dilaksanakan.⁸⁰

Indonesia melalui peraturan perundang-undangannya mendukung dan setuju bahwa tidak mungkin ada hak tanpa kewajiban, melainkan keduanya pasti akan muncul secara beriringan meskipun satu hal dicantumkan secara jelas dan yang lain tidak – seperti pada Konvensi Jenewa 1951. Hal ini disebut kewajiban dasar. Menurut pengertiannya, kewajiban dasar merupakan sekumpulan kewajiban yang apabila tidak dilaksanakan, tidak memungkinkan terlaksana dan tegaknya hak asasi manusia.⁸¹ Hal tersebut dapat ditemukan pada Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Pada Pasal 69 ayat (2) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia disebutkan bahwa kewajiban dasar ditimbulkan dari setiap hak asasi manusia seseorang, dan hal tersebut juga menimbulkan tanggungjawab untuk menghormati hak asasi orang lain secara timbal balik. Pemerintah bertugas untuk menghormati, melindungi, menegakkan, dan memajukannya.

Pada bagian ini akan dibicarakan mengenai kewajiban negara terhadap pengungsi, yang berarti juga akan berbicara mengenai hak-hak apa saja yang dimiliki oleh pengungsi. Hak-hak yang dimaksud yaitu sesuai dengan pasal-pasal dalam Konvensi Jenewa 1951 sebagai berikut:

1. Kebebasan menjalankan Agama

Pengungsi yang berada di dalam wilayah suatu negara akan diberikan perlakuan yang setidak-tidaknya sama dengan perlakuan

⁸⁰ Perlu diingat sekali lagi bahwa hak dan kewajiban merupakan dua hal yang saling berkaitan, dan tidak dapat diabaikan satu sama lainnya.

⁸¹ Lihat Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

yang diberikan oleh negara tersebut kepada warga negaranya mengenai kebebasan untuk menjalankan agama. Hal tersebut termasuk juga dengan kebebasan tentang pendidikan agama anak-anak dari pengungsi yang bersangkutan.⁸²

2. Pembebasan dari Resiprositas

Semua pengungsi berhak menikmati pengecualian dari resiprositas⁸³ legislatif di negara pihak Konvensi setelah periode tiga tahun bertempat tinggal di negara pihak tersebut.⁸⁴ Tiap negara pihak akan terus memberikan kepada pengungsi hak-hak dan keuntungan-keuntungan yang telah dimilikinya sejak Konvensi ini berlaku

⁸² Pasal 4 Konvensi 1951.

⁸³ Resiprositas pada bagian ini yang tercantum dalam Konvensi 1951 merupakan salah satu prinsip yang penting dan diakui dalam Hukum Internasional. Resiprositas tersebut mempunyai pengertian yang tidak jauh berbeda dari resiprositas yang dikenal dalam bidang ekonomi, maupun antropologi, yaitu sebagai perlakuan timbal balik yang dilakukan oleh satu negara terhadap negara yang lainnya. Dalam resiprositas ini pertukaran mengenai sesuatu tidak selamanya dalam nilai yang sama, tetapi lebih membutuhkan pada keseimbangan tertentu, sebagaimana yang dikatakan oleh Crespo yang dikutip oleh Luigino Bruni, Mario Gilli, dan Vittorio Pelligra, "Reciprocity: Theory and Facts", *International Review of Economics*, Volume 55, Nomor 1-2, 2008, hlm. 9. Lihat juga Francesco Paris dan Nita Ghei, "The Role of Reciprocity in International Law", *Cornell International Law Journal*, Volume 36, Nomor 1, 2003, hlm. 94 dan 119; dan Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, hlm. 88-89.

⁸⁴ Resiprositas merupakan sebuah konsep lebih banyak digunakan pada bidang ekonomi yaitu dalam sistem transaksi ekonomi. Lihat James G. Carrier, *A Handbook of Economic Anthropology*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2012, hlm. 279. Di dalam bidang ekonomi, resiprositas diartikan sebagai pola pertukaran sosial ekonomi, di mana ada kewajiban sosial ketika seorang individu memberikan dan menerima barang maupun jasa. Lihat Sjafrin Sairin, *et. al.*, *Pengantar Sosiologi Ekonomi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2002, hlm. 42-43. Resiprositas juga dikenal dalam antropologi, di mana hal tersebut diartikan sebagai pertukaran timbal balik antarindividu atau antarkelompok yang berhubungan secara simetris. Hubungan simetris ini adalah hubungan sosial, di mana para pihak yang ada dalam proses pertukaran itu mempunyai kedudukan yang sama. Hidayana memberikan contoh terhadap hal tersebut sebagai berikut: Pada acara kenduri selamat lahiran anak seorang petani, petani tersebut mengundang tetangga termasuk kepala desanya. Kemudian, di waktu lain kepala desa juga melakukan hal yang sama kepada petani tersebut. Di dalam aktivitas tersebut, keduanya menempatkan diri sebagai warga desa yang mempunyai kedudukan yang setara, meskipun diketahui sebagai warga desa mereka mempunyai kekayaan dan prestise sosial yang berbeda. Lihat Bambang Hidayana, "Konsep Resiprositas dalam Antropologi Ekonomi", *Jurnal Humaniora*, Volume 3, 1991, hlm. 22-23.

mengikat bagi negara tersebut. Hal ini dapat dinikmati apabila tidak ada resiprositas.⁸⁵

3. Pembebasan dari Tindakan Luar Biasa

Warga negara suatu asing dibebaskan dari tindakan-tindakan yang mungkin diambil terhadap pribadi, hak milik atau kepentingan-kepentingan pengungsi yang secara formal adalah warga negara dari negara asing itu.⁸⁶

4. Kepemilikan Properti Bergerak dan Tidak Bergerak

Menurut ketentuan Pasal 13 Konvensi Jenewa 1951, para pengungsi mempunyai hak yang sama dengan orang-orang pada umumnya mengenai perolehan properti bergerak dan tidak bergerak, maupun hak-hak lain yang berkaitan dengannya. Hal tersebut termasuk juga dengan sewa serta kontrak-kontrak lainnya yang berkaitan dengan properti bergerak dan tidak bergerak. Hak ini wajib diberikan oleh negara-negara pihak dengan standar yang sebaik mungkin, dan tidak kurang baiknya dari pada perlakuan yang diberikan oleh negara-negara kepada orang-orang umumnya.

5. Hak Karya Seni Perindustrian

Apabila pengungsi mempunyai hak milik perindustrian seperti desain atau model, penemuan, nama dan/atau merek dagang, hak-hak atas karya sastra, seni dan ilmu, maka kepadanya akan diberikan

⁸⁵ Lihat Pasal 7 Konvensi 1951.

⁸⁶ Lihat Pasal 8 Konvensi 1951.

perlindungan yang sama seperti yang diberikan kepada warga negara dari negara tersebut. Perlindungan ini tidak hanya berlaku di satu negara pihak, melainkan semua negara pihak dari Konvensi Jenewa 1951. Bahkan lebih lanjut disebutkan bahwa di suatu wilayah negara pihak lainnya, pengungsi tersebut akan diberikan perlindungan yang sama seperti yang diberikan di wilayah tersebut kepada warga negara dari negara di mana ia biasanya bertempat tinggal.⁸⁷

6. Hak Berserikat

Negara-negara pihak konvensi akan memberikan kepada para pengungsi yang tinggal secara sah di wilayahnya perlakuan yang paling menguntungkan yang diberikan kepada warga negara dari negara asing dalam keadaan yang sama mengenai asosiasi non-politis dan nirlaba serta serikat-serikat pekerja.⁸⁸

7. Akses ke Pengadilan⁸⁹

Setiap pengungsi mempunyai kebebasan untuk mengakses segala sesuatu yang berkaitan dengan pengadilan di wilayah negara pihak. Sehubungan dengan itu, para pengungsi akan menerima perlakuan yang sama seperti warga negara dalam hal yang berkaitan dengan akses ke pengadilan-pengadilan, termasuk bantuan hukum dan

⁸⁷ Lihat Pasal 14 Konvensi 1951.

⁸⁸ Lihat Pasal 15 Konvensi 1951.

⁸⁹ Lihat Pasal 16 Konvensi 1951.

pembebasan dari *cautio judicatum solvi*⁹⁰. Ketentuan hukum ini telah ditafsirkan sebagai ketentuan yang diperuntukkan bagi para pengungsi yang telah menetapkan sebuah tempat di mana ia biasanya tinggal, yang berarti bahwa pengakuan formal sebagai pengungsi diperlukan sebelum bantuan hukum berdasarkan ketentuan ini dapat digunakan.⁹¹

8. Hak atas Pekerjaan yang menghasilkan Upah

Para pengungsi yang tinggal secara sah di wilayah suatu negara pihak akan diberikan perlakuan yang paling menguntungkan yang diberikan kepada warga negara dari negara asing dalam keadaan yang sama mengenai hak untuk melakukan pekerjaan yang menghasilkan upah.⁹² Berdasarkan komentar Konvensi Jenewa 1951 yang diterbitkan oleh Divisi Perlindungan Pengungsi dari UNHCR pada tahun 1997, dijelaskan bahwa orang asing tidak diperbolehkan untuk bekerja apabila tidak memiliki izin kerja. Biasanya pemberian izin kerja ini terkadang didasarkan pada prinsip resiprositas atau timbal balik. Tanpa hal tersebut, orang asing tidak akan diizinkan

⁹⁰ Gustaf Möller mengatakan bahwa "*cautio judicatum solvi*" merupakan sebuah kewajiban yang dibebankan kepada penggugat dalam tindakan hukum untuk menyetor sejumlah uang dengan tujuan untuk menjamin kepada terdakwa penyelesaian tanpa komplikasi biaya dan pengeluaran yang mungkin diminta oleh penggugat yang tidak sesuai dengan perintah untuk membayar. Pendapat Möller ini berkaitan dengan Convention on International Access to Justice, dalam Proceedings of the Fourteenth Session (1980), Tome IV, Judicial co-operation, Hague Conference, Imprimerie Nationale, 1983, sebagaimana dikutip dalam The Permanent Bureau, "Information Document on Provision on Costs", pada Heague Conference on Private International Law, Dokumen Nomor 5, Juni 2016, hlm. 4. Lihat juga Bernhard Berger, "Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law", *ASA Bulletin*, Volume 28, Nomor 1, 2010, pada hlm. 7.

⁹¹ ECRE, "Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe", *Laporan*, European Council on Refugees and Exiles, Oktober 2010, hlm. 12. Lihat juga Jamse C. Hathaway, *Op. Cit.*, hlm. 909.

⁹² Lihat Pasal 17 ayat (1) Konvensi 1951.

untuk bersaing (bekerja) dengan warga negara dari negara yang bersangkutan.⁹³

Pada periode awal setelah Perang Dunia I, para pengungsi tunduk pada pembatasan sebagaimana disebutkan di atas yang sama dengan tenaga kerja asing pada umumnya. Namun, Komite Ahli Hukum Rusia dan Armenia dalam memorandumnya tertanggal 21 Mei 1928 menunjukan bahwa mengingat jumlah pengungsi yang relatif kecil, maka para pengungsi tersebut secara keseluruhan bukan merupakan ancaman serius bagi tenaga kerja nasional. Kemudian, di sisi lain hal tersebut jelas merupakan keuntungan negara suaka untuk memungkinkan para pengungsi bekerja untuk memenuhi kehidupan mereka. Sehubungan dengan memorandum tersebut, Komite menyarankan agar para pengungsi di negara tempat mereka tinggal tidak diterapkan ketentuan pembatasan yang berkaitan dengan tenaga kerja asing. Usulan tersebut diterima dan diadopsi sebagai Rekomendasi 6 dari *1928 Arrangement* 'Pengaturan tentang Status Hukum Pengungsi Rusia dan Armenia'.⁹⁴ Pengaturan yang sama juga dapat dilihat pada Pasal 7 ayat (1) Konvensi tentang Status Pengungsi Internasional 1933.⁹⁵

⁹³ Commentary on the Refugee Convention 1951, Articles 2-11, 13-37, dipublikasi oleh the Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees 1997, Oktober 1997, Pasal 17.

⁹⁴ Rekomendasi 6 dari Arrangement of 30 June 1928 relating to the Legal Status of Russian and Armenian Refugees menyatakan sebagai berikut: "*It is recommended that restrictive regulations concerning foreign labour shall not be rigorously applied to Russian and Armenian refugees in their country of residence.*" *commit to user*

⁹⁵ Commentary on the Refugee Convention 1951, *Loc. Cit.*

Para perancang Konvensi Jenewa 1951 tidak begitu puas dengan ketentuan sebagaimana disebutkan di atas. Oleh sebab itu, mereka juga mengusulkan beberapa pengecualian atau persyaratan tertentu sebagaimana dituangkan dalam Pasal 17 ayat (2)⁹⁶ Konvensi Jenewa 1951.⁹⁷ Ayat tersebut berisi ketentuan bahwa batasan yang diberlakukan untuk orang-orang asing untuk melindungi pasar kerja nasional tidak akan diterapkan pada pengungsi yang sudah bebas dari tindakan-tindakan tersebut; dan pada tanggal mulai berlakunya Konvensi Jenewa 1951 bagi negara pihak yang bersangkutan, atau yang memenuhi salah satu dari syarat-syarat berikut ini:

- a. Pengungsi tersebut bertempat tinggal selama tiga tahun di negara pihak tersebut;
- b. Pengungsi tersebut mempunyai suami atau istri yang berkewarganegaraan negara tempat tinggalnya. Bagi pengungsi yang telah meninggalkan istri atau suaminya tidak boleh memohon keuntungan-keuntungan dari ketentuan ini;
- c. Pengungsi tersebut mempunyai seorang anak atau lebih yang memiliki kewarganegaraan dari negara tempat tinggalnya.

9. Swakarya

Pasal 18 Konvensi Jenewa 1951 menyatakan para pengungsi mempunyai hak untuk melakukan usaha sendiri dalam pertanian,

⁹⁶ Ketentuan pada ayat (2) ini pada awalnya dirumuskan dalam Laporan Komisi Ahli untuk Komite Konsultasi antar Pemerintah untuk Pengungsi tertanggal 9 Januari 1933, dalam upaya untuk mencabut pembatasan tenaga kerja bagi para pengungsi yang memiliki hubungan khusus dengan negara suaka mereka. *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

industri, kerajinan dan perdagangan, dan untuk mendirikan perusahaan dagang dan industri. Hak tersebut diberikan oleh negara-negara pihak konvensi kepada pengungsi yang secara sah berada dalam wilayahnya. Artinya, Pasal 18 ini mensyaratkan adanya kehadiran seorang pengungsi secara fisik di wilayah negara tersebut selama tidak melanggar hukum.⁹⁸ Pemenuhan hak ini harus diberikan kepada pengungsi dalam keadaan yang sama seperti yang diberikan kepada warga negara asing pada umumnya.

Ketentuan sebagaimana dimaksud pada Pasal 18 Konvensi Jenewa 1951 berkaitan dengan swakarya muncul untuk pertama kalinya dalam Rancangan Konvensi mengenai Status Pengungsi dan Orang-Orang Tanpa Kewarganegaraan yang diajukan oleh Sekretariat Umum kepada Komite Ad Hoc mengenai Pengungsi dan Orang yang Tidak Berkewarganegaraan, secara khusus pada Pasal 14 yang menyatakan sebagai berikut:

*The High Contracting Parties undertake to accord to refugees (and stateless persons) regularly resident in their territory the most favourable treatment given to foreigners by virtue of treaties (or the treatment given to foreigners generally) as regards the right to engage in agriculture, industry, handicrafts and commerce and to establish commercial and industrial companies.*⁹⁹

10. Profesi Bebas

⁹⁸ Commentary on the Refugee Convention 1951, *Op. Cit.*, Pasal 18.

⁹⁹ UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Status of Refugees and Stateless Persons – Memorandum by the Secretary-General*, 3 Januari 1950, E/AC.32/2.

Para pengungsi yang tinggal secara sah di wilayah negara-negara pihak yang ingin menjalankan profesi bebas akan diberikan perlakuan yang paling menguntungkan dan tidak kurang baiknya daripada perlakuan yang diberikan kepada orang-orang asing dalam keadaan yang sama. Berdasarkan Komentar Pasal 19, ketentuan ini merupakan suatu hal yang baru dalam instrumen internasional yang menangani pengungsi. Persyaratan untuk hak ini terpenuhi adalah bahwa pengungsi yang bersangkutan harus memiliki ijazah yang diakui oleh otoritas yang berwenang dari negara di mana pengungsi tersebut tinggal secara sah. Kata “ijazah” jangan dipahami dalam arti yang sempit. Ijazah dalam konteks Pasal 19 ialah terdiri dari gelar, ujian, penerimaan, pengesahan/pengukuhan, maupun penyelesaian kursus tertentu yang diperlukan untuk pelaksanaan suatu profesi.¹⁰⁰

Istilah “profesi” mempunyai arti bahwa orang yang bersangkutan – dalam hal ini pengungsi harus memiliki kualifikasi tertentu, biasanya dikonfirmasi dengan ijazah dari universitas, atau lembaga serupa, atau lesensi dari lembaga negara, atau badan yang kompeten secara hukum lainnya yang memungkinkan dia untuk berpraktik. Sedangkan istilah “bebas” menunjukkan bahwa pengungsi tersebut bertindak sendiri, dan bukan sebagai agen negara atau karyawan yang digaji. Oleh sebab itu, pemegang ijazah akademik tertentu seperti pendeta, hakim, guru, ilmuwan, dikecualikan dari

penerapan istilah “bebas” pada Pasal 19 – sejauh mereka tidak mempraktikkan profesi selain jabatan semacam itu. Sehubungan dengan itu, Komentar Pasal 19 mengartikan profesi bebas mencakup praktik sebagai pengacara, dokter atau ahli bedah, dokter gigi, dokter hewan, insinyur, arsitek.¹⁰¹

11. Kesejahteraan Pengungsi

Kesejahteraan pengungsi yang dimaksud disini terdiri dari pemberian ransum¹⁰², perumahan¹⁰³, pendidikan umum¹⁰⁴, pertolongan umum¹⁰⁵, ketenagakerjaan dan jaminan sosial¹⁰⁶. Semua hak ini diberikan oleh negara pihak kepada pengungsi yang tinggal secara sah di wilayahnya dengan perlakuan yang paling menguntungkan, dan tidak kurang dari perlakuan yang diberikan kepada orang-orang asing, atau perlakuan yang sama dengan warga negara. Hal tersebut merupakan jaminan dari negara pihak kepada pengungsi mengingat bahwa kebutuhan pengungsi berbeda dengan warga negara atau orang asing pada umumnya.

12. Bantuan Administratif

Ketika seseorang berada di luar negeri, terkadang ia harus meminta bantuan otoritas kewarganegaraannya dalam berbagai

¹⁰¹ Kendati demikian, Draft Komentar untuk Sekretariat menyarankan bahwa Pasal 19 ini harus diartikan secara luas lagi sehingga profesi yang disebutkan tidak hanya mencakup hal-hal itu saja melainkan juga terdiri dari para ilmuwan dan lainnya, yang dalam arti luas dapat disebut “*professional men*”. *Ibid.*, Pasal 19, butir 4.

¹⁰² Lihat Pasal 20 Konvensi 1951.

¹⁰³ Lihat Pasal 21 Konvensi 1951.

¹⁰⁴ Lihat Pasal 22 Konvensi 1951.

¹⁰⁵ Lihat Pasal 23 Konvensi 1951.

¹⁰⁶ Lihat Pasal 24 Konvensi 1951.

bentuk, misalnya membuat dokumen untuk membuktikan identitas mereka, waktu dan tempat mereka dilahirkan, identitas orang tua mereka, status mereka (menikah, bercerai atau janda/duda), pendidikan, keterampilan dan ijazah yang mereka miliki dan lain sebagainya. Bantuan-bantuan ini diperlukan terutama untuk dapat menggunakan hak atau terlibat dalam kegiatan di negara tempat ia kunjungi saat itu. Bagi penduduk asli biasanya hal ini mudah untuk dilakukan, begitupula dengan warga negara yang dinaturalisasi, mereka akan mendapatkan bukti dokumen yang mereka butuhkan mungkin dengan penundaan tertentu tetapi tidak ada kesulitan yang luar biasa.¹⁰⁷

Kondisi berbeda dialami oleh para pengungsi. Ketika pengungsi keluar dari negara asalnya, hal itu mengindikasikan bahwa hubungan dengan negara asalnya terputus sebagai akibat dari tidak diberikannya perlindungan dari negara asal kepada pengungsi yang bersangkutan. Dengan keadaan demikian, sering kali pengungsi tidak dapat meminta bantuan kepada pihak yang berwenang untuk membuktikan identitas mereka, atau apapun yang berkaitan dengan diri mereka, termasuk pengesahan dokumen milik pribadi. Untuk memenuhi persyaratan dokumentasi yang dihadapi oleh para pengungsi, mereka harus diperbolehkan untuk mendapatkan dokumen pengganti. Kendati demikian, di negara-negara tertentu, terutama

negara dengan sistem *Common Law*, orang-orang yang tidak dapat menghasilkan dokumen asli, sesuai aturan diperbolehkan memberikan pernyataan tertulis, di mana mereka mengemukakan fakta-fakta yang relevan sebagai pengganti dokumen asli. Namun ada juga beberapa negara lainnya yang menerapkan kebijakan atau peraturan yang berbeda, yaitu orang yang bersangkutan harus menyerahkan dokumen atau sertifikat asli yang diterbitkan, atau paling tidak yang telah dilegalisasi oleh otoritas publik. Hal tersebut sesuai dengan pendapat Paul Weis sebagai perwakilan dari *International Refugee Organization* yang menyatakan bahwa:

*It depended upon the legal system in force in a given country. In common law States, like the United Kingdom, no new legislation or administrative procedures were required to protect refugees. In other countries, however, like France or Belgium, special provision had to be made.*¹⁰⁸

Berkaca pada kondisi sebagaimana disebutkan di atas, dapat dikatakan bahwa masing-masing negara menerapkan kebijakan yang berbeda. Hal tersebut tentu akan menyulitkan para pengungsi sebab mereka akan kesulitan untuk mendapatkan hak yang seharusnya diberikan kepada mereka. Sehubungan dengan hal tersebut, perancang Konvensi Jenewa 1951 memberikan suatu jaminan kepada pengungsi bahwa negara-negara pihak akan mengatur agar bantuan yang diperlukan oleh pengungsi – dari instansi-instansi negara asing yang kepadanya ia tidak dapat mengajukannya – diberikan kepadanya oleh

¹⁰⁸ UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, *Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the Nineteenth Meeting Held at Lake Success, New York, pada Rabu, 1 Februari 1950, pukul 11.00, 8 Februari 1950, E/AC.32/SR.9.*

instansi-instansi mereka sendiri atau suatu lembaga internasional.¹⁰⁹

Dokumen atau sertifikat yang disampaikan akan berlaku sebagai pengganti dokumen yang asli, dan dipercaya keabsahannya apabila tidak terdapat bukti sebaliknya.¹¹⁰

13. Kebebasan Berpindah Tempat

Pasal 26 Konvensi Jenewa 1951 mengatur permasalahan lama dan kontroversial yang berkaitan dengan perlakuan terhadap pengungsi, mengenai kebebasan berpindah tempat di dalam wilayah suatu negara di mana ia menerima perlindungan. Ada beberapa peraturan yang membatasi pergerakan pengungsi untuk tinggal di daerah-daerah tertentu. Hal tersebut dapat dilihat dalam hukum Prancis kuno yang berkaitan dengan pengungsi asing yang tinggal di Prancis tertanggal 21 April 1831. Menurut hukum tersebut, pemerintah mempunyai wewenang untuk membatasi para pengungsi yang tinggal di Prancis untuk pindah ke kota-kota tertentu yang ditunjukannya.

Asal mula Pasal 26 Konvensi Jenewa 1951 ini dapat ditemukan dalam Pasal 2 Konvensi 1938 yang menyatakan sebagai berikut:

¹⁰⁹ Lihat Pasal 25 ayat (3) Konvensi 1951.

¹¹⁰ Pengurusan dokumen atau sertifikat yang dimaksud juga akan dikenakan biaya yang menurut pemenyusun konvensi harus moderat dan sebanding dengan biaya-biaya yang dibebankan kepada warga negara untuk pelayanan yang sejenis. Sedangkan untuk orang-orang yang kurang mampu, besarnya biaya akan tergantung pada perlakuan khusus yang diberikan oleh negara-negara pihak tersebut. Lihat Pasal 25 ayat (3) dan (4) Konvensi 1951.

Without prejudice to the power of any High Contracting Party to regulate the right of sojourn and residence, a refugee shall be entitled to move about freely, to sojourn or reside in the territory the present Convention applies to, in accordance with the laws and internal regulations applying therein.

Apabila melihat ketentuan di atas, terkesan bahwa negara pihak tidak sepenuhnya menjamin adanya pemenuhan hak pengungsi untuk secara bebas memilih tempat tinggalnya. Peraturan perundang-undangan atau hukum nasional dari negara para pihak yang menjadi penghalang bagi para pengungsi untuk menikmati hak tersebut. Ketentuan ini bukan dianggap sebagai kewajiban mutlak yang harus dipenuhi oleh negara pihak, melainkan hanya berupa rekomendasi. Menariknya, ketentuan sebagaimana disebutkan di atas diminta untuk diadopsi dalam Draft Konvensi Jenewa 1951, namun Komite Ad Hoc menilai bahwa ketentuan ini perlu dilakukan sedikit perubahan¹¹¹ sehingga menjadi seperti berikut ini:

Each Contracting State shall accord to refugees lawfully in its territory the right to choose their place of residence and to move freely within its territory subject to any regulations applicable to aliens generally in the same circumstances.

Ketentuan yang baru sebagaimana terdapat dalam Pasal 26 menyatakan bahwa pengungsi yang berada secara sah (baik dari segi status pengungsinya, dan bukan termasuk orang yang melakukan tindak pidana atau kejahatan serius lainnya) di wilayah negara pihak mempunyai hak untuk memilih tempat tinggal mereka dan untuk

¹¹¹ Komite Ad Hoc diundang oleh perwakilan Belgia untuk mengadopsi ketentuan tersebut menjadi ketentuan di masa yang akan datang. Lihat Commentary on the Refugee Convention 1951, *Op. Cit.*, Pasal 26, butir 1.

berpindah tempat secara bebas dalam wilayah negara tersebut. Hak ini akan diberikan oleh negara pihak sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku bagi orang asing pada umumnya dalam keadaan yang sama. Dengan demikian, negara-negara pihak tidak dimungkinkan untuk mengatur pembatasan kebebasan memilih tempat tinggal hanya kepada pengungsi, dan ketentuan ini bukan sekedar rekomendasi melainkan *mandatory obligation*.¹¹²

14. Surat Identitas dan Dokumen Perjalanan

Negara pihak akan mengeluarkan surat identitas untuk setiap pengungsi di wilayahnya yang tidak mempunyai dokumen perjalanan yang berlaku.¹¹³ Hal yang sama juga berlaku bagi dokumen-dokumen perjalanan apabila pengungsi yang tinggal secara sah berdiam di wilayahnya hendak berpergian ke luar wilayahnya, kecuali apabila terdapat alasan-alasan keamanan nasional atau ketertiban umum yang memaksa mengharuskan lain.¹¹⁴ Selain itu, bagi pengungsi lain yang berada di wilayahnya yang tidak dapat memperoleh dokumen perjalanan di negara tempat tinggal mereka yang sah, negara-negara

¹¹² Ketentuan Pasal 26 Konvensi 1951 ini diketahui memiliki sifat *mandatory obligation* dapat dilihat pada penggunaan kata "*shall accord*". Kendati demikian, ketentuan ini bukan berarti dapat diberlakukan kepada pengungsi secara berlebihan sebab perlakuan yang diterima pengungsi berkaitan dengan kebebasan berpindah tempat ini disesuaikan dengan setiap peraturan yang berlaku untuk orang asing pada umumnya dalam keadaan yang sama. Jadi secara jelas Pasal 26 ini tidak menghendaki suatu negara pihak untuk memberlakukan pembatasan yang hanya berlaku untuk pengungsi. Lihat *Ibid.*, butir 2.

¹¹³ Pasal 27 Konvensi 1951.

commit to user

¹¹⁴ Lihat Pasal 28 ayat (1) Konvensi 1951.

pihak dapat mempertimbangkan untuk mengeluarkan dokumen perjalanan yang dimaksud.¹¹⁵

15. Pungutan Fiskal dan Pemindahan Aset

Para pengungsi tidak akan dibebankan bea, pungutan atau pajak-pajak, apapun deskripsinya yang lebih tinggi atau yang lain yang dikenakan pada warga negara dalam keadaan yang sama. Kendati demikian, hal ini tidak akan menghalangi pemberlakuan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan pengeluaran dokumen-dokumen administratif termasuk surat identitas untuk orang asing.¹¹⁶

Pengungsi juga diizinkan untuk memindahkan aset yang mereka bawa masuk ke dalam wilayah negara pihak ke negara lain di mana mereka telah diterima masuk dengan tujuan penempatan di negara ketiga. Negara pihak akan mempertimbangkan permintaan pengungsi untuk mendapatkan izin bagi pemindahan aset di mana aset itu berada dan yang dianggap perlu bagi penempatan mereka kembali di negara lain di mana mereka telah diterima masuk.¹¹⁷

Apabila penjelasan di atas ditelaah lebih dalam dapat dilihat bahwa terdapat satu pola umum antara hak pengungsi dan kewajiban negara pihak.

Pola yang dimaksud adalah seorang pengungsi berhak atas sesuatu, dan

¹¹⁵ *Ibid.* Dokumen perjalanan yang dikeluarkan untuk pengungsi berdasarkan persetujuan internasional sebelumnya oleh pihak-pihak pada perjanjian-perjanjian internasional akan diakui dan dianggap oleh negara-negara pihak sebagai dokumen perjalanan yang dikeluarkan dengan pasal 28 Konvensi 1951. Lihat Pasal 28 ayat (2) Konvensi 1951.

¹¹⁶ Lihat Pasal 29 Konvensi 1951.

¹¹⁷ Lihat Pasal 30 Konvensi 1951.

negara pihak memiliki kewajiban untuk memenuhi hak tersebut jikalau pengungsi tersebut berada secara sah di wilayah negara pihak. Artinya, keberadaan pengungsi di dalam wilayah tersebut harus diakui oleh hukum, maupun peraturan perundang-undangan yang berlaku. Kemudian, mengenai pengungsi yang tidak secara sah berada di wilayah negara pihak dilindungi dalam kerangka Pasal 31 Konvensi Jenewa 1951. Pasal tersebut menegaskan bahwa negara pihak tidak dapat menjatuhkan hukuman kepada para pengungsi dengan alasan karena (1) yang bersangkutan masuk atau keberadaannya secara tidak sah, yang datang langsung dari wilayah di mana hidup atau kebebasan mereka terancam; (2) pengungsi tersebut masuk ke atau berada di dalam wilayah negara-negara pihak tanpa izin. Para pengungsi ini dibebaskan dari hukuman asalkan mereka segera melaporkan diri kepada instansi-instansi atau lembaga setempat dan menunjukkan alasan yang layak atas masuknya atau keberadaan mereka yang tidak sah itu.

Tidak hanya penjatuhan hukuman yang dilarang oleh Konvensi kepada negara pihak, negara pihak juga dilarang untuk mengusir pengungsi yang berada secara tidak sah diwilayahnya.¹¹⁸ Hal tersebut sesuai dengan prinsip *non-refoulement* yang dilembagakan dalam Pasal 33 Konvensi Jenewa 1951. Kendati demikian, hal tersebut dikecualikan apabila terdapat alasan-alasan keamanan nasional atau ketertiban umum yang terungkap dari proses hukum yang semestinya.¹¹⁹ Secara umum, gagasan “keamanan nasional” atau

¹¹⁸ Lihat Pasal 32 ayat (1) Konvensi 1951.

¹¹⁹ Pengecualian ini dapat dilihat pada Pasal 32 ayat (1) dan 33 ayat (2) Konvensi 1951. Lihat juga Mariusz Balaban dan Paweł Mielniczek, "Balancing National Security and Refugee Rights Under

“keamanan negara” digunakan untuk menggambarkan tindakan serius yang membahayakan secara langsung maupun tidak langsung konstitusi atau pemerintah, integritas wilayah, kemerdekaan atau keadaan eksternal negara tersebut.¹²⁰ Contoh dari tindakan tersebut misalnya seseorang terlibat dalam kegiatan yang bertujuan memfasilitasi penaklukan negara tempat ia tinggal atau bagian dari negara tersebut, oleh Negara lain, ia mengancam keamanan negara tersebut. Hal yang sama berlaku jika ia bekerja untuk penggulingan Pemerintah di negara tempat tinggalnya secara paksa atau cara ilegal lainnya (seperti pemalsuan hasil pemilihan umum, paksaan memilih, dan lain sebagainya), atau jika ia terlibat dalam kegiatan yang diarahkan terhadap orang asing Pemerintah, yang akibatnya mengancam Pemerintah negara tempat tinggal dengan dampak yang serius. Spionase, sabotase instalasi militer dan kegiatan teroris¹²¹ adalah beberapa tindakan yang biasanya dicap sebagai ancaman terhadap keamanan nasional.¹²²

Alasan diingkarinya pemberlakuan prinsip *non-refoulement* sebagaimana disebutkan di atas, tidak dapat dilakukan hanya dalam bentuk klaim semata, tetapi perlu dibuktikan melalui proses hukum. Prosedur ini perlu dilakukan untuk menghindari subjektivitas negara penerima kepada pengungsi, misalnya apabila negara penerima memiliki sentimen tersendiri

Public International Law”, *Proceedings of the 2017 Winter Simulation Conference*, IEEE Press, 3-6 Desember 2017, hlm. 340.

¹²⁰ Sharryn Aiken, “Of Gods and Monsters: National Security and Canadian Refugee Policy”, *Revue Québécoise de Droit International*, Volume 14, Nomor 1, 2001, hlm. 35.

¹²¹ Megan A. Yasenchak, Jennifer Giglio, dan Margaret Paxson, “National Security and Human Rights”, *Conference Proceedings*, Kennan Institute of the Woodrow Wilson International Center for Scholars, 29 Juni 2006, hlm. 10-14.

¹²² Dvya Srikanth, “Non-Traditional Security Threats in the 21st Century: A Review”, *International Journal of Development and Conflict*, Volume 4, Nomor 1, 2014, hlm. 61-63.

pada namun tidak terbatas pada negara asal, suku, ras tertentu pengungsi. Kendati demikian, semua ini hanyalah *das sollen*-nya, sedangkan *das sein*-nya berbanding terbalik dari kondisi idealnya. Negara-negara cenderung subjektif memberlakukan prinsip *non-refoulement*. Masing-masing negara memiliki kriterianya sendiri. Hal ini akan dijelaskan lebih lanjut pada bab selanjutnya.

Hak-hak para pengungsi wajib disediakan atau dipenuhi oleh negara pihak. Tetapi hal tersebut bukanlah suatu jaminan bagi negara untuk memenuhinya setiap saat. Para pengungsi akan dipenuhi haknya apabila ia menaati undang-undang serta peraturan-peraturan di negara itu, dan melakukan tindakan-tindakan yang memelihara ketertiban umum.¹²³ Hal tersebut merupakan kewajiban para pengungsi kepada negara pihak. Kewajiban tersebut oleh Konvensi Jenewa 1951 disebut sebagai “Kewajiban Umum”.

Negara-negara di dunia tentu mempunyai pandangan yang berbeda dalam melihat persoalan pengungsi. Ada negara yang menerima pengungsi didasarkan pada pertimbangan hak asasi manusia, tetapi ada juga negara yang lebih mengutamakan kepentingan negaranya. Hal yang disebut terakhir lebih difokuskan pada pertimbangan bahwa pengungsi yang masuk ke wilayahnya akan menjadi atau menambah beban kepada negaranya, apalagi negara

¹²³ Lihat Pasal 2 Konvensi 1951.

tersebut merupakan negara berkembang. Beban yang dimaksud misalnya yaitu beban finansial.¹²⁴

Sehubungan dengan beban yang mungkin saja dirasakan oleh negara, sangat penting bagi negara-negara di dunia untuk mengadakan kerja sama internasional dengan rezim perlindungan pengungsi.¹²⁵ Rezim tersebut telah diterima sebagai kepercayaan bersama (*common trust*), sehingga untuk memastikan hal tersebut terpenuhi, tanggung jawabnya perlu dibagikan secara meluas.¹²⁶ Dengan kerja sama tersebut akan ada pembagian beban dan tanggung jawab yang lebih adil untuk menampung dan mendukung pengungsi yang datang ke wilayah suatu negara, sambil memperhitungkan kontribusi yang ada, dan kapasitas serta sumber daya yang berbeda di antara negara-negara yang ada.¹²⁷

Upaya kerja sama antar negara tersebut tidak akan tercapai apabila masing-masing negara tidak memiliki kesadaran untuk saling membantu. Oleh sebab itu, UNHCR sebagai organ yang mengurus pengungsi di bawah PBB diharapkan berperan sebagai aktor yang lebih proaktif lagi. Hal tersebut dikarenakan pembagian beban antar negara diatur oleh kerangka kerja normatif dan hukum yang lemah. Kontribusi negara untuk mendukung para pengungsi yang berada di wilayah negara lain hampir sepenuhnya bersifat

¹²⁴ Meltem Ineli-Ciger, "Why Do States Share the Burden During Refugee Emergencies", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume 5, Nomor 2, 2015, hlm. 73.

¹²⁵ UN Secretary General, "Safety and Dignity: Addressing Large Movements of Refugees and Migrants Report of the Secretary-General", dalam *UN General Assembly, 70th session*, New York.

¹²⁶ Maria Stavropoulou, *Influencing State Behavior for Refugee Protection: UNHCR and the Design of the Refugee Protection Regime*, UNHCR, Geneva, 2008, hlm. 2.

¹²⁷ Susan F. Martin, et. al., "International Responsibility-Sharing for Refugees: Perspective from Middle East and North Africa (MENA) Region", *Geopolitics, History & International Relations*, Volume 11, Nomor 1, 2019, hlm. 59.

diskresioner. Dengan demikian, pada taraf ini UNHCR dituntut untuk memainkan peran yang lebih lagi dalam fasilitasi politik, mengadakan serangkaian permohonan, konferensi, dan inisiatif lain untuk membujuk sebagian besar donor dan *resettlement states* untuk berkontribusi secara sukarela dalam mendukung akses pengungsi ke perlindungan dan solusi yang berkepanjangan (*durable solutions*).¹²⁸

Selain mengadakan kerja sama antar negara, negara-negara pihak Konvensi Jenewa 1951 menegaskan bahwa dirinya berjanji untuk bekerja sama dengan UNHCR, atau badan PBB lain yang mungkin menggantikannya. Berkaitan dengan hal tersebut, negara pihak akan memberikan informasi dan data statistik mengenai kondisi pengungsi, pelaksanaan Konvensi Jenewa 1951, dan peraturan perundang-undangan – termasuk kebijakan, keputusan yang berlaku, atau yang kemudian berlaku mengenai para pengungsi.¹²⁹ Informasi dan data statistik ini sangat penting bagi UNHCR untuk membuat laporan-laporan yang berkaitan dengan pengungsi kepada organ-organ PBB.¹³⁰

D. Hubungan Hukum Internasional dan Hukum Nasional

Hukum Internasional merupakan salah satu bagian dari hukum umum yang mengatur segala kegiatan yang berada dalam lingkup internasional.¹³¹

¹²⁸ Alexander Betts, "International Cooperation in the Refugee Regime", dalam Alexander Betts dan Gil Loescher (editor), *Refugee in International Relations*, Oxford University Press, Inc., New York, 2011, hlm. 57.

¹²⁹ Lihat Pasal 35 ayat (1) Konvensi 1951.

¹³⁰ Lihat Pasal 35 ayat (2) Konvensi 1951.

¹³¹ Andi Tenripadang, "Hubungan Hukum Internasional dengan Hukum Nasional", *Jurnal Hukum Diktum*, Volume 14, Nomor 1, Juli 2016, hlm. 67.

Di dalam berbagai literatur, Hukum Internasional dikenal dengan berbagai macam istilah, seperti Hukum Bangsa-Bangsa "*Law of Nations*"¹³² yang digunakan oleh J. L. Brierly¹³³ atau Hukum Antarnegara "*Zwischenstaatliches Recht*".¹³⁴ Kedua istilah tersebut mempunyai pengertian yang sama, yaitu sebagai kumpulan peraturan yang mengatur tentang hubungan antara negara yang satu dengan negara yang lainnya. Sekarang ini, kedua istilah tersebut dirasakan kurang tepat penggunaannya karena seolah-olah bahwa Hukum Internasional hanya berbicara mengenai negara dengan permasalahan yang berkaitan dengannya. Padahal permasalahan Hukum Internasional saat ini sangat kompleks, tidak terbatas pada hubungan negara dengan negara¹³⁵ melainkan juga negara dengan organisasi internasional, negara dengan individu¹³⁶, tahta suci¹³⁷, bahkan termasuk negara dengan aktor non-negara.¹³⁸ Kalau menurut Emmy Latifah

¹³² Emerich de Vattel dan Joseph Chitty, *The Law of Nations: Or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, PH Nicklin & T. Johnson, Philadelphia, 1835, hlm. iv. Selain itu, istilah ini juga dapat ditemukan dalam buku Stephen C. Neff, *War and the Law of Nations: A General History*, Cambridge University Press, New York, 2005; dan Daniel Patrick Moynihan, *On the Law of Nations*, Harvard University Press, London, 1990.

¹³³ Brierly mengatakan "*law of nations as the body of rules and principles of action which are binding upon civilized states to their relations with one another*". Apabila diterjemahkan secara bebas, Brierly mengartikan Hukum Bangsa-Bangsa sebagai kumpulan peraturan dan prinsip tindakan yang mengikat negara-negara beradab dalam hubungan mereka satu sama lain. Lihat J. L. Brierly, *Op. Cit.*, hlm. 1.

¹³⁴ Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, Alumni, Bandung, 2003, hlm. 4.

¹³⁵ Kt. Diara Astawa, "Sistem Hukum Internasional dan Peradilan Internasional", *Jurnal Pendidikan Pancasila dan Kewarganegaraan*, Volume 27, Nomor 1, Februari 2014, hlm. 24.

¹³⁶ Permasalahan dalam hubungan negara dengan individu ini dapat dilihat pada permasalahan pengungsi.

¹³⁷ Josef L Kunz, "The Status of the Holy See in International Law", *American Journal of International Law*, Volume 46, Nomor 2, 1952, hlm. 308-314.

¹³⁸ J. G. Starke, *Introduction to International Law*, Butterworths, London, 1984, hlm. 3. Lihat juga Gerhard von Glahn dan James Larry Taubee, *Law among Nations: An Introduction to Public International Law 10th Ed*, Routledge, New York, 2016, hlm. 4.

dan Moch Najib Imanullah, Hukum Internasional merupakan sistem aturan dan prinsip yang mengatur perilaku antara aktor internasional.¹³⁹ Jadi sifatnya lebih umum dan mencakup perkembangan saat ini.

Hukum Internasional dapat dimengerti lebih dilekatkan pada aturan hukum yang mengatur negara dengan negara karena negara merupakan subjek Hukum Internasional¹⁴⁰ yang tertua atau utama¹⁴¹ dibandingkan dengan subjek Hukum Internasional lainnya yang diakui saat ini. Berbicara mengenai negara, tentu tidak lepas dari hukum nasionalnya. Hukum nasional merupakan falsafah hukum, nilai-nilai, asas-asas dan norma hukum¹⁴² yang dibuat dengan tujuan untuk mengatur keberlangsungan hidup warga negara dalam ruang lingkup wilayah kekuasaan suatu negara. Ketika mengetahui tujuan pembentukan hukum nasional, akan muncul pertanyaan lanjutan mengenai dasar pembentukan Hukum Internasional jika tujuannya sama saja dengan hukum nasional yang hendak menciptakan ketertiban umum. Dengan perkataan lain, urgensi atau pentingnya keberadaan Hukum Internasional dalam sistem hukum pada umumnya itu dipertanyakan.

Saat ini terdapat lebih dari 200 negara dengan hukum nasionalnya masing-masing. Kemungkinan besar dengan jumlah yang begitu banyak,

¹³⁹ Emmy Latifah dan Moch Najib Imanullah, "The Roles of International Law on Technology Advances", *Brawijaya Law Journal: Journal of Legal Studies*, Volume 5, Nomor 1, April 2018, hlm. 105.

¹⁴⁰ Wladyslaw Czapliński, "Recognition and International Legal Personality of Non-State Actors", *Pécs Journal of International and European Law*, Volume 1, 2016, hlm. 7. Lihat juga Aneta Stojanovska-Stefanova dan Drasko Atanasoski, "State as a Subject of International Law", *US-China Law Review*, Volume 13, 2016, hlm. 25.

¹⁴¹ Fabian O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2008, hlm. 64-65.

¹⁴² Zulfan, "Restorasi Pembangunan Hukum Nasional yang Berdaulat (Restoration of Sovereign Law National Development)", *Kanun Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 16, Nomor 63, Agustus 2014, hlm. 252.

negara-negara di dunia akan mengatur persoalan tertentu secara berbeda. Hal ini dapat menimbulkan kebingungan maupun kekacauan di antara negara-negara dalam menentukan hukum mana yang akan digunakan dalam menyelesaikan persoalan hukum yang terjadi di antara negara-negara tersebut. Masing-masing negara akan bersikeras untuk menggunakan hukum nasionalnya karena dinilai lebih menguntungkan posisinya. Hukum Internasional hadir untuk menghindari adanya persoalan tersebut. Kemudian menurut Glahn dan Taulbee, di dalam lingkup kehidupan masyarakat internasional terdapat berbagai hal yang perlu di atur dalam Hukum Internasional misalnya mengenai dokumen perjalanan yang diperlukan, mengirim surat ke negara asing, atau membangun dan memelihara hubungan diplomatik. Hal tersebut perlu ditetapkan standar dan prosedur yang seragam, dan Hukum Internasional memberikan referensi umum itu.¹⁴³

Hukum nasional dan Hukum Internasional sering dikaitkan satu sama lain, bahkan hubungan dan kedudukan keduanya dipermasalahkan oleh para ahli hukum dari segi teori maupun praktis.¹⁴⁴ Erades, seorang pakar hukum Belanda, menyatakan bahwa hubungan Hukum Internasional dan hukum nasional merupakan sebuah hal yang telah, sedang dan akan terus dipermasalahkan oleh para ahli hukum.¹⁴⁵ Hal tersebut menunjukan bahwa

¹⁴³ Gerhard von Glahn dan James Larry Taulbee, *Op. Cit.*, hlm. 3.

¹⁴⁴ Chukwuemeka A. Okenwa, "Has the Controversy between the Superiority of International Law and Municipal Law been Resolved in Theory and Practice", *Journal of Law, Policy and Globalization*, Volume 35, 2015, hlm. 116.

¹⁴⁵ Lambertus Erades, "International Law and the Netherlands Lega Order", dalam H. F. Van Panhuys, *et. al.* (editor), *International Law in the Netherlands Volume III*, Oceana Publications Inc. Dobbs Ferry, New York, 1980, hlm. 376. Lihat juga Damos Dumoli Agusman, "Indonesia dan

persoalan diantara kedua hukum tersebut sangat kompleks sebagaimana disebutkan oleh O'Connell sebagai berikut:

*The problem of the relationship of international law and municipal law is an-all pervasive one. Almost every case in a municipal court in which a rule of international law is asserted to govern the decision raises the problem; and in many cases before international tribunals it must also be disposed of when deciding the jurisdictional competence of a state to affect alien interests through its own internal legal order.*¹⁴⁶

Sehubungan dengan perdebatan sebagaimana disebutkan di atas, para ahli mencoba untuk menjelaskan hubungan diantara kedua hukum tersebut. Menurut Istanto¹⁴⁷ hubungan diantara Hukum Internasional dan hukum nasional dapat dilihat pada tiga aspek berikut ini:

1. Sistem hukum pada Hukum Internasional dan hukum nasional;
2. Pengutamaan Hukum Internasional dan hukum nasional apabila terdapat pertentangan di antara Hukum Internasional dan hukum nasional; dan
3. Pemberlakuan Hukum Internasional dalam hukum nasional suatu negara.

Hubungan Hukum Internasional dan hukum nasional sebenarnya cukup dijelaskan pada aspek pertama yang disampaikan oleh Istanto, yaitu sistem hukum pada Hukum Internasional dan hukum nasional. Dengan mengetahui hal tersebut akan berimplikasi pada pengutamaan Hukum Internasional atau hukum nasional, dan dapat tidaknya Hukum Internasional diberlakukan

Hukum Internasional: Dinamika Posisi Indonesia terhadap Hukum Internasional", *Jurnal Opinio Juris*, Volume 15, Januari-April 2014, hlm. 8-9.

¹⁴⁶ Daniel P. O'Connell, "The Relationship between International Law and Municipal Law", *The Georgetown Law Journal*, Volume 48, Nomor 3, 1960, hlm. 431.

¹⁴⁷ Sugeng Istanto, *Hukum Internasional, Op. Cit.*, hlm. 7.

secara langsung ke dalam hukum nasional suatu negara. Kendati demikian, untuk mendapatkan gambaran yang jelas mengenai hubungan kedua hukum tersebut, peneliti akan berpatokan pada tiga hal yang disebutkan oleh Istanto.

1. Sistem Hukum pada Hukum Internasional dan Hukum Nasional

Terdapat dua aliran yang mencoba mendeskripsikan hubungan sistem hukum pada Hukum Internasional dan hukum nasional. Aliran yang dimaksud yaitu *monism* dan *dualism*.¹⁴⁸ Menurut *monism*, Hukum Internasional dan hukum nasional merupakan dua aspek hukum dari satu sistem hukum yang sama, yaitu hukum pada umumnya. Paham ini menekankan bahwa semua hukum yang dikenal selama ini merupakan satu kesatuan yang sifatnya mengikat, baik negara, individu maupun subjek hukum lainnya.¹⁴⁹

Dualism menyatakan hal yang berbeda dari penganut teori *monism*, di mana para ahli yang tergabung di dalam aliran ini seperti Triepel¹⁵⁰ dan Anzilotti menyatakan bahwa Hukum Internasional merupakan sistem hukum yang terpisah dengan sistem hukum nasional.¹⁵¹ Terdapat beberapa faktor yang membedakan kedua sistem hukum tersebut, yaitu sebagai berikut:

¹⁴⁸ Carl Landauer, "Antinomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross on the Charter", *European Journal International Law*, Volume 14, Nomor 4, 2003, hlm. 767-799.

¹⁴⁹ Veriena J. B. Rehatta, "Indonesia dalam Penerapan Hukum berdasarkan Aliran Monisme, Dualisme, dan Campuran", *Jurnal Sasi*, Volume 22, Nomor 1, Januari-Juni 2016, hlm. 55.

¹⁵⁰ Dina Sunyowati, "Hukum Internasional sebagai Sumber Hukum dalam Hukum Nasional (dalam Perspektif Hubungan Hukum Internasional dan Hukum Nasional di Indonesia)", *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 2, Nomor 1, Maret 2013, hlm. 76.

¹⁵¹ Rispalman, "Hubungan Hukum Internasional dengan Hukum Nasional", *Jurnal Dusturia*, Volume 7, Nomor 1, 2017, hlm. 19.

- a. Sumber hukum. Hukum Internasional dan hukum nasional mempunyai sumber hukum yang berbeda. Hukum nasional bersumber dari kemauan negara, sedangkan Hukum Internasional bersumber pada kehendak bersama (*gemeinwille*) dari negara-negara.¹⁵²
- b. Subjek hukum. Subjek hukum dari hukum nasional adalah individu, sedangkan subjek Hukum Internasional hanya negara-negara.¹⁵³
- c. Perbedaan dalam Struktur. Sebagai bagian dari kesatuan hukum, hukum nasional dan Hukum Internasional mempunyai struktur yang berbeda yaitu dari aspek pelaksanaan hukum, dan keabsahannya. Mengenai pelaksanaan hukum dalam kenyataannya seperti mahkamah dan lembaga eksekutif hanya ada dalam lingkungan hukum nasional, dan hal tersebut tidak dimiliki oleh Hukum Internasional. Sedangkan mengenai keabsahan hukum, validitas kaidah hukum nasional tidak terpengaruh oleh kenyataan bahwa kaidah tersebut bertentangan dengan Hukum Internasional. Dengan perkataan lain, dalam kenyataannya hukum nasional masih dianggap

¹⁵² J. G. Starke, *Introduction to International Law*, sebagaimana diterjemahkan oleh Bambang Iriana Djaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional 1 Edisi Kepsepuluh*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 97.

¹⁵³ *Ibid.*

berlaku secara efektif meskipun bertentangan dengan ketentuan Hukum Internasional.¹⁵⁴

Kusumaatmadja dan Agoes melihat terdapat beberapa kelemahan sehubungan dengan perbedaan kedua hukum yang disampaikan oleh penganut *dualism*. Hal pertama yang disoroti ialah mengenai sumber hukum. Kelemahan teori dasar penganut *dualism* ialah bahwa kemauan negara merupakan sumber segala hukum, baik itu hukum nasional maupun Hukum Internasional. Padahal menurut Kusumaatmadja dan Agoes, hukum ada dan berlaku karena manusia membutuhkannya. Tanpa hukum kehidupan yang teratur tidak akan pernah tercipta. Dengan demikian, adanya hukum dan daya mengikatnya tidak bersumber pada kemauan negara melainkan pada kondisi kebutuhan masyarakat akan hukum itu sendiri.¹⁵⁵

Penganut *dualism* juga tampaknya keliru apabila mengatakan bahwa subjek hukum yang diikat hukum nasional ialah hanya individu, sebab di dalam hukum nasional terdapat juga pembagian antara hukum perdata dan hukum pidana. Konsekuensinya adalah subjek hukum yang diatur oleh hukum-hukum tersebut juga akan berlainan, dan tidak melulu mengenai individu, tetapi bisa juga korporasi. Kemudian, tidak dapat dibenarkan juga apabila dikatakan bahwa subjek dari Hukum Internasional hanya negara, sebab saat ini

¹⁵⁴ Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Op. Cit.*, hlm. 57-58.

¹⁵⁵ *Ibid.*, hlm. 59.

Hukum Internasional telah berkembang sedemikian rupa dan telah muncul sejumlah subjek Hukum Internasional baru seperti individu¹⁵⁶ yang dapat dilihat pada bidang hukum antara lain Hukum Pidana Internasional, Hukum Pengungsi, dan Hukum Humaniter Internasional.

Hal ketiga yang disoroti Kusumaatmadja dan Agoes adalah perbedaan struktural hukum nasional dan Hukum Internasional. Bagi mereka, penganut *dualism* dalam menerangkan perbedaan pada aspek ini tidak didukung dengan alasan yang fundamental, melainkan lebih bersifat gradual. Apa yang disebutkan oleh *dualism* sebagai perbedaan struktural sebenarnya hanya merupakan bentuk gejala dari taraf integrasi yang berlainan antara masyarakat nasional dan internasional.¹⁵⁷ Struktur masyarakat internasional lebih didasarkan pada asas-asas kedaulatan, kemerdekaan, dan persamaan derajat antarnegara. Hal ini berarti tidak ada badan yang lebih tinggi daripada yang lainnya, dan semuanya bersifat koordinasi,¹⁵⁸ sedangkan untuk hukum nasional sebaliknya.

Kemudian ketika dikatakan bahwa hukum nasional tetap berlaku meskipun kaidah hukumnya bertentangan dengan Hukum Internasional perlu untuk ditinjau lagi. Pada kenyataannya di dalam

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*, hlm. 60.

¹⁵⁸ Levina Yustitiningtyas, "Masyarakat dan Hukum Internasional (Tinjauan Yuridis terhadap Perubahan-Perubahan Sosial dalam Masyarakat Internasional)", *Perspektif*, Volume 20, Nomor 2, Mei 2015, hlm. 95. Lihat juga G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law Sixth Edition*, Professional Books Limited, London, 1976, hlm. 10.

praktik, hukum nasional itu tunduk pada atau berkesesuaian dengan Hukum Internasional.¹⁵⁹ Peneliti sepakat dengan pendapat Kusumaatmadja dan Agoes berkaitan dengan hal yang disebut terakhir. Alasannya karena dalam praktiknya banyak dijumpai kaidah hukum nasional suatu negara, baik berupa peraturan perundang-undangan maupun kebijakannya diminta untuk dicabut karena bertentangan dengan Hukum Internasional, *in casu* perjanjian internasional.¹⁶⁰ Contohnya dapat dilihat pada sejumlah kasus yang dibawa dihadapan *Dispute Settlement Body World Trade Organization* (DSB WTO) yang melibatkan Indonesia dengan beberapa negara seperti Amerika Serikat, Jepang dan Uni Eropa.¹⁶¹ Negara-negara tersebut mengadukan Indonesia terkait kebijakannya mengenai industri otomotif (Mobil Nasional) yang diduga melanggar *Agreement Establishing the World Trade Organization (WTO Agreement)*. Pada akhir putusan tersebut, Indonesia dianggap telah melanggar Articles I

¹⁵⁹ Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Op. Cit.*, hlm. 60.

¹⁶⁰ Penyebutan perjanjian internasional pada bagian ini tidak untuk memperkecil ruang lingkup dari Hukum Internasional, sebab pada kenyataannya ketika berbicara mengenai Hukum Internasional tidak akan terbatas pada perjanjian internasional. Selain perjanjian internasional, ada juga Hukum Kebiasaan Internasional, prinsip-prinsip hukum umum, doktrin dan/atau putusan pengadilan yang menjadi sumber Hukum Internasional sebagaimana dapat ditemukan pada Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional.

¹⁶¹ Sengketa-sengketa WTO yang dimaksud ialah sengketa WTO No. DS54 (Indonesia v. European Communities mengenai *certain measures affecting the automobile industry* tertanggal 3 Oktober 1996), No. DS55 (Indonesia v. Japan mengenai *certain measures affecting the automobile industry* tertanggal 4 Oktober 1996), No. DS59 (Indonesia v. United States mengenai *certain measures affecting the automobile industry* tertanggal 8 Oktober 1996), No. DS64 (Indonesia v. Japan mengenai *certain measures affecting the automobile industry* tertanggal 29 November 1996). Lihat Triyana Yohanes, "Kekuatan Hukum Putusan Dispute Settlement Body World Trade Organization dalam Kaitannya dengan Keefektifan dan Keadilan Penyelesaian Sengketa World Trade Organization (Studi Kasus Sengketa World Trade Organization yang melibatkan Indonesia sebagai Negara sedang Berkembang)", *Disertasi*, Program Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, 2017, hlm. 255, 257, 481, dan 482.

dan II:2 GATT 1994, Article 2 TRIMs Agreement, Article 5(c) SCM Agreement. Sehubungan dengan putusan tersebut, melalui komunikasi tertanggal 15 Juli 1999, Indonesia memberitahukan DSB WTO bahwa Indonesia akan mengeluarkan kebijakan otomotif yang baru sesuai dengan rekomendasi dan aturan-aturan DSB.¹⁶² Selain itu, ada juga kasus yang terjadi pada tahun 2013 di mana Selandia Baru melaporkan Indonesia ke DSB WTO atas dugaan pelanggaran aturan perdagangan berupa penetapan hambatan non-tarif pada produk-produk impor hortikultura, hewan, dan produk hewan. Peraturan-peraturan¹⁶³ tersebut dianggap bertentangan dengan aturan WTO yang berlaku¹⁶⁴ dan konsekuensinya ialah peraturan-peraturan tersebut harus dicabut dan disesuaikan dengan aturan WTO.

Sengketa sebagaimana disebutkan di atas hanya merupakan sebagian kecil dari berbagai contoh kasus di mana hukum nasional dipertanyakan keabsahannya ketika ditemukan tidak sesuai dengan Hukum Internasional. Dengan demikian pendapat penganut *dualism* dianggap keliru. Kalaupun ditemukan terdapat beberapa kaidah hukum nasional yang bertentangan dengan Hukum Internasional, tetapi masih berlaku sampai dengan sekarang itu bukan mengenai

¹⁶² *Ibid.*, hlm. 258 dan 259.

¹⁶³ Septian Nur Yekti, "Kebijakan Developmental State Indonesia dalam Perdagangan Komoditas Hortikultura, Hewan, dan Produk Hewan", *Indonesian Perspective*, Volume 2, Nomor 1, Januari-Juni 2017, hlm. 40-43.

¹⁶⁴ Erwidodo, "Menyikapi Keputusan Panel DSB-WTO untuk Kasus Kebijakan Impor Produk Hortikultura, Hewan, dan Produk Hewan", dalam Tahlim Sudaryanto, *et. al.* (editor), *Ragam Pemikiran Menjawab Isu Aktual Pertanian*, IAARD Press, Jakarta, 2018, hlm. 122-128, dan 133.

perbedaan struktur hukum, melainkan lebih kepada kelemahan dari Hukum Internasional itu sendiri.¹⁶⁵

2. Pengutamaan Hukum Internasional atau Hukum Nasional

Sebagaimana diungkapkan di atas bahwa *dualism* tidak menyetujui bahwa hukum nasional dan Hukum Internasional berasal dari sistem hukum yang sama. Konsekuensinya ialah tidak mungkin kedua hukum tersebut akan bermasalah pada pokok persoalan hukum mana yang akan diutamakan jika saling bertentangan, sebab kedua perangkat hukum tersebut tidak bersumber pada perangkat hukum yang lain. Dengan kata lain, tidak ada hirarki diantara hukum nasional dan Hukum Internasional karena keduanya bukan hanya tidak bergantung satu sama lain, tetapi juga berdiri secara sendiri-sendiri.

Hal tersebut di atas berbeda dengan *monism*. Dikarenakan *monism* melihat hukum nasional dan Hukum Internasional sebagai perangkat hukum dari satu sistem hukum yang sama, maka dimungkinkan untuk adanya hirarki diantara kedua hukum tersebut. Persoalan hirarki ini yang kemudian menimbulkan pandangan yang berbeda diantara para ahli Hukum Internasional yang menganut *monism*.¹⁶⁶ Ada yang mengutamakan hukum nasional daripada Hukum Nasional atau yang disebut *monism* dengan primat hukum nasional. Sedangkan paham lainnya yaitu *monism* dengan primat

¹⁶⁵ Martin Dixon, *Textbook on International Law Seventh Edition*, Oxford University Press, Inc., New York, 2013, hlm. 15-16.

¹⁶⁶ Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Op. Cit.*, hlm. 60.

Hukum Internasional, di mana Hukum Internasional mempunyai kedudukan yang lebih tinggi daripada hukum nasional.

Menurut paham *monism* dengan primat hukum nasional, Hukum Internasional merupakan perpanjangan tangan dari hukum nasional untuk urusan luar negeri.¹⁶⁷ Dengan perkataan lain, paham ini melihat bahwa Hukum Internasional itu bersumber dari hukum nasional. Adapun alasan yang digunakan oleh penganut paham ini ialah sebagai berikut:

- a. Segala aktivitas kehidupan negara-negara di dunia tidak diatur oleh satu organisasi pun yang kedudukannya berada di atasnya.
- b. Wewenang negara untuk mengadakan perjanjian internasional merupakan dasar satu-satunya dan utama dari Hukum Internasional yang mengatur hubungan internasional. Dengan demikian, negara mempunyai wewenang konstitusional.¹⁶⁸

Melihat kembali kedua alasan di atas dapat dikatakan bahwa paham tersebut secara tidak langsung menggantungkan berlakunya Hukum Internasional pada kehendak atau kemauan negara.¹⁶⁹ Dengan demikian pandangan *monism* dengan primat hukum nasional ini tidak ada jauh bedanya dengan penganut *dualism* yang menyangkal kaidah Hukum Internasional yang mengikat negara tanpa melihat kehendak negara.

¹⁶⁷ Dina Sunyowati, *Op. Cit.*, hlm. 78.

¹⁶⁸ Malahayati, *Buku Ajar Hukum Perjanjian Internasional: Sebuah Pengantar*, Biena Edukasi, Lhokseumawe, 2012, hlm. 22.

¹⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 23.

Kehendak negara digunakan oleh penganut paham *monism* dengan primat hukum nasional karena mereka melihat Hukum Internasional dalam pengertian yang terbatas, yaitu hanya secara tertulis dalam bentuk perjanjian internasional. Padahal Hukum Internasional memiliki ruang lingkup yang lebih luas daripada itu sebagaimana tercantum dalam Pasal 38¹⁷⁰ ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional yaitu:

- a. Perjanjian internasional, baik yang khusus sifatnya, maupun umum yang diakui oleh negara-negara secara tegas;
- b. Kebiasaan internasional yang telah diterima sebagai hukum;
- c. Prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab;
- d. Keputusan pengadilan dan pendapat para sarjana dari berbagai negara sebagai sumber hukum pelengkap.¹⁷¹

¹⁷⁰ Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional berisi ketentuan sebagai berikut:

1. *The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:*
 - a. *international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states ;*
 - b. *international custom, as evidence of a general practice accepted as law;*
 - c. *the general principles of law recognized by civilized nations ;*
 - d. *subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.*
2. *This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.*

American Bar Association, "Statute of the International Court of Justice", *American Bar Association Journal*, Volume 31, Nomor 8, Agustus 1945, hlm. 403; dan Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, "Statute of the International Court of Justice", *The International Law Quarterly*, Volume 1, Nomor 1, 1947, hlm. 126.

¹⁷¹ Penjelasan mengenai masing-masing sumber hukum tersebut dapat dilihat dalam Rodrigo Wullur, "Kekuatan Mengikat Perjanjian Internasional sebagai Salah Satu Sumber Hukum Internasional menurut Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional", *Lex Administratum*, Volume 6,

Selain itu, tidak benar juga dikatakan bahwa tidak ada satu organisasi di atas negara-negara yang mengatur kehidupan negara-negara di dunia ini. Pada kenyataannya telah muncul berbagai organisasi internasional yang turut mengatur kehidupan negara-negara di dunia. Hal tersebut dapat dilihat pada fenomena munculnya Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB). PBB merupakan organisasi internasional publik yang cakupannya luas¹⁷² dan permasalahan yang ditanganinya juga sangat kompleks. PBB dikenal masyarakat internasional sebagai organisasi yang memiliki pengaruh dan peranan dalam mempertahankan kelangsungan hidup manusia di dunia¹⁷³, secara khusus dalam hal menjaga keamanan dan perdamaian internasional¹⁷⁴ sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 1 Piagam PBB¹⁷⁵.

Nomor 1, Januari-Maret 2018, hlm. 101-109; dan juga H. C. Gutteridge, "The Meaning and Scope of Article 38 (1) (c) of the *Statute of the International Court of Justice*", *Transactions of the Grotius Society*, Volume 38, 1951, hlm. 125-134.

¹⁷² PBB memiliki cakupan yang sangat luas dan substantif yang ditandai dengan sistem desentralisasi dengan beberapa lembaga khusus yang diorganisasikan ke dalam enam organ utama, yaitu Dewan Keamanan (*Security Council*), Majelis Umum (*the General Assembly*), Dewan Ekonomi dan Sosial (*the Trusteeship Council*), Mahkamah Internasional (*the International Court of Justice*), dan Sekretariat (*the Secretariat*). Lihat Werner J. Feld dan Robert S. Jordan, *International Organizations: A Comparative Approach*, Praeger, London, 1994, hlm. 48.

¹⁷³ Danial, "Peranan Dewan Keamanan Perserikatan Bngsa-Bangsa dalam Proses Penyelesaian Konflik Internasional", *Jurnal Ilmu dan Budaya*, Volume 32, Nomor 23, 2010, hlm. 2329.

¹⁷⁴ Ekpotuation Charles Ariye, "The United Nations and Its Peace Purpose: An Assessment", *Journal of Conflictology*, Volume 5, Nomor 1, 2014, hlm. 25.

¹⁷⁵ Adapun ketentuan Pasal 1 Piagam PBB yaitu sebagai berikut:

1. *To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;*

Sehubungan dengan hal tersebut di atas, PBB selama ini berperan memerangi segala bentuk tindakan pemerintahan suatu negara yang berdasarkan kebijakan maupun hukum nasionalnya yang bertentangan dengan tujuan PBB. Hal tersebut misalnya terjadi pada kasus Afrika Selatan dengan adanya *apartheid rule* yang dimulai dari tahun 1948 sampai dengan 1994. Pada masa itu, 90 persen penduduk asli Afrika Selatan merasa tertindas oleh *apartheid rule* yang diberlakukan oleh pemerintah Partai Nasional.¹⁷⁶ Hak-hak orang Afrika Selatan yang berkulit hitam hampir tidak ada atau tidak sama sekali mempunyai akses terhadap pendidikan maupun pekerjaan. Oleh sebab itu, mayoritas dari mereka masih berada dalam angka kemiskinan. Untuk memperbaiki situasi ini, masyarakat internasional yang dipimpin oleh PBB memberlakukan sanksi perdagangan terhadap republik Afrika Selatan untuk memberikan tekanan kepada rezim F. De Clerk. Upaya tersebut pada akhirnya berhasil dan berujung pada kemerdekaan Afrika Selatan pada tahun 1994.¹⁷⁷ Contoh yang disebutkan ini menunjukkan bahwa organisasi

-
2. *To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;*
 3. *To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and*
 4. *To be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends.*

¹⁷⁶ Nancy L. Clark dan William H. Worger, *South Africa: The Rise and Fall of Apartheid*, Second Edition, Routledge, New York, 2013, hlm. 3.

¹⁷⁷ Alfred Muthomi Mutiria, "An Assessment of the Impact of International Organizations in Africa", *Tesis*, Program Masters of Arts in Diplomacy, Insitute of Diplomacy and International Studies, November 2014, hlm. 30-31.

internasional sebagai unit sentral kehidupan internasional, dan tampaknya segala aktivitas negara di dunia juga diatur oleh organisasi internasional.¹⁷⁸ Aktivitas yang dimaksud tidak hanya bidang-bidang yang umum sifatnya seperti ekonomi, sosial, budaya, tetapi juga khusus seperti persoalan pengungsi¹⁷⁹, bahkan isu *climate change*¹⁸⁰.

Pandangan yang kedua yaitu *monism* dengan primat Hukum Internasional yang meletakkan Hukum Internasional dalam hirarki tertinggi dalam suatu piramida hukum yang universal.¹⁸¹ Hal ini menandakan bahwa hukum nasional memiliki kedudukan dibawah Hukum Internasional dan tunduk pada pemberlakuan Hukum Internasional.¹⁸² Hukum Internasional yang melakukan pendelegasian wewenang kepada hukum nasional agar dapat berlaku secara efektif.¹⁸³

Pandangan kedua yang dijelaskan di atas direpresentasikan oleh beberapa ahli hukum, diantaranya yaitu Lauterpacht. Lauterpacht berpegang pada pandangan bahwa Hukum Internasional memiliki kedudukan yang lebih superior apabila dibandingkan dengan hukum

¹⁷⁸ J. M. Rochester, "The Rise and Fall of International Organization as a Field Of Study", *International Organization*, Volume 40, Nomor 4, 1986, hlm. 777-813.

¹⁷⁹ Patrick Murphy Malin, "The Refugee: A Problem for International Organization", *International Organization*, Volume 1, Nomor 3, 1947, hlm. 443-459.

¹⁸⁰ Peran organisasi internasional dalam menyuarakan isu perubahan iklim dapat dilihat dalam tulisan Medani P. Bhandari, "The Role of International Organization in Addressing the Climate Change Issues and Creation of Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)", *Advances in Agriculture and Environmental Science*, Volume 1, Nomor 1, 2018, hlm. 19-31.

¹⁸¹ Wisnu Aryo Dewanto, "Akibat Hukum Peratifikasian Perjanjian Internasional di Indonesia: Studi Kasus Konvensi Palermo 2000", *Veritas et Justitia*, Volume 1, Nomor 1, 2015, hlm. 53.

¹⁸² Viona Wijaya, "Penguatan Kerja Sama Penegakan Hukum Global dan Regional", *Jurnal Rechtsvinding Online*, 31 Agustus 2017, hlm. 5.

¹⁸³ Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Op. Cit.*, hlm. 62.

nasional. Hal tersebut didasarkan pada argumentasi bahwa pembentuk Hukum Internasional menawarkan sesuatu yang lebih baik dalam hubungannya dengan penghormatan hak asasi manusia.¹⁸⁴ Selain Lauterpacht, Starke juga menyatakan pandangannya yang hampir sama dengan Lauterpacht. Starke tidak sependapat apabila hukum nasional yang lebih diutamakan daripada Hukum Internasional, sebab di dunia ini banyak sekali negara dengan hukum nasionalnya masing-masing. Hukum yang seharusnya menciptakan ketertiban malah menimbulkan anarki¹⁸⁵ karena masing-masing negara akan bersikeras agar hukum nasionalnya yang digunakan daripada negara lain. Apabila langsung ditetapkan bahwa Hukum Internasional yang akan diberlakukan, permasalahan seperti itu tidak akan terjadi.

Hukum Internasional pada dasarnya lebih diunggulkan daripada hukum nasional karena didasarkan pada dua hal sebagai berikut:

- a. Konstitusi negara dapat sewaktu-waktu dicabut atau diganti dengan konstitusi yang baru, dan apabila pemberlakuan Hukum Internasional didasarkan pada hal tersebut, maka tidak dapat dipungkiri bahwa Hukum Internasional tidak akan dapat berlaku lagi. Kendati demikian, Konferensi London 1831 telah menegaskan bahwa keberadaan Hukum Internasional tidak

¹⁸⁴ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, hlm. 33.

¹⁸⁵ J. G. Starke, *Introduction to International Law*, sebagaimana diterjemahkan oleh Bambang Iriana Djaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional 1 Edisi Kepsepuluh*, Op. Cit., hlm. 100.

bergantung kepada perubahan atau penghapusan konstitusi negara, bahkan termasuk revolusi yang terjadi pada suatu negara.¹⁸⁶

- b. Hukum Internasional secara langsung mengikat suatu negara baru tanpa ada persetujuan terlebih dahulu dari negara tersebut. Apabila persetujuan tersebut disampaikan semata-mata hanya sebagai pernyataan dari kedudukan hukum yang sudah ada. Selain itu, ada akibat hukum lain yang ditimbulkan dari mengikatnya Hukum Internasional, yaitu negara tersebut diwajibkan untuk menyesuaikan hukum nasionalnya, termasuk konstitusi negaranya dengan Hukum Internasional.¹⁸⁷

Alasan di atas tampaknya masuk akal apabila disesuaikan dengan ketentuan Pasal 27 Konvensi Wina 1969 yang menyatakan bahwa “*A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty [...]*”. Pasal ini menegaskan bahwa suatu negara tidak dapat menggunakan hukum nasionalnya sebagai alasan untuk tidak mematuhi suatu perjanjian internasional. Namun hal tersebut ada pengecualiannya sebagaimana dituliskan pada Pasal 46 Konvensi Wina 1969¹⁸⁸ dengan persyaratan sebagai berikut:

¹⁸⁶ Melda Kamil Ariadno, “Kedudukan Hukum Internasional dalam Sistem Hukum Nasional”, *Jurnal Hukum Internasional*, Volume 5, Nomor 3, April 2008, hlm. 511.

¹⁸⁷ *Ibid.*

commit to user

¹⁸⁸ Pasal 46 Konvensi Wina 1969 berisi ketentuan sebagai berikut:

- a. Ketentuan hukum nasional yang dilanggar itu adalah ketentuan mengenai wewenang untuk membuat perjanjian;
- b. Ketentuan yang dilanggar mempunyai arti yang penting dan mendasar;
- c. Pelanggaran tersebut harus benar-benar bukan saja untuk negara yang bersangkutan melainkan juga untuk pihak-pihak lainnya.¹⁸⁹

Meskipun hukum nasional dapat meniadakan pelaksanaan perjanjian internasional, hal tersebut tidak membuat hukum nasional lebih tinggi kedudukannya daripada hukum nasional, sebab hal tersebut juga didelegasikan wewenangnya oleh Hukum Internasional, dalam hal ini lewat perjanjian internasional.

Pandangan *monism* dengan primat Hukum Internasional ini juga mempunyai beberapa kelemahan yang diungkapkan oleh Kusumaatmadja dan Agoes. Pertama, pandangan *monism* tipe ini seolah-olah mengatakan bahwa Hukum Internasional lahir lebih dahulu daripada hukum nasional, padahal menurut kenyataan sejarah hukum nasional telah ada lebih dahulu sebelum munculnya Hukum Internasional. Kedua, tidak dapat dipertahankan dalil yang menyatakan bahwa Hukum Internasional yang menjadi dasar

-
1. *A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance;*
 2. *A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.*

¹⁸⁹ Sumaryo Suryokusumo, *Op. Cit.*, hlm. 113.

mengikatnya hukum nasional. Karena pada faktanya, wewenang suatu negara dalam mengatur kehidupan antar negara, seperti wewenang untuk mengadakan perjanjian internasional, sepenuhnya merupakan kompetensi dari hukum nasional – *in casu* Hukum Tata Negara – yang sepenuhnya mengatur prosedur dan kompetensi yang berkaitan dengan hal tersebut.¹⁹⁰

Terlepas dari adanya kelemahan pandangan *monism* dengan primat Hukum Internasional, peneliti berpendapat bahwa pandangan ini yang paling ideal ketika diterapkan dalam bidang Hukum Pengungsi Internasional. Sebagaimana diketahui bahwa negara-negara di dunia memiliki Hukum Nasional yang beranekaragam dalam mengatur pengungsi, mulai dari masuknya pengungsi di dalam wilayah suatu negara, penentuan status, sampai dengan pemberian hak-hak pengungsi. Keberagaman ini memiliki resiko adanya persinggungan kepentingan antara negara yang dituju dengan pengungsi yang masuk ke wilayah negaranya. Maksudnya ialah suatu negara memiliki tendensi untuk mengutamakan kepentingannya sendiri, *in casu* melindungi kepentingan warga negara dengan alasan keamanan nasional maupun ketertiban umum. Pada posisi ini tentu pengungsi tidak memiliki landasan hukum yang jelas atau tidak ada yang dapat menjamin bahwa ia akan diterima dan diperlakukan sebagaimana mestinya apabila Hukum Nasional yang diutamakan.

¹⁹⁰ Mochtar Kusumaatmadja dan Etty R. Agoes, *Op. Cit.*, hlm. 63.

Peneliti tidak menutup mata bahwa ada juga Hukum Nasional yang mengatur tentang perlakuan negara terhadap pengungsi dengan memberikan hak-hak mereka. Namun hal ini tidak secara komprehensif seperti yang diatur dalam Hukum Pengungsi Internasional. Hukum Pengungsi Internasional, paling tidak mengambil ketiga peran berikut, yaitu pertama sebagai *guardian* (penjaga) sekaligus penjamin bagi pengungsi; kedua, sebagai penyatu keberagaman Hukum Nasional tentang pengungsi; dan ketiga sebagai pengawas pelaksanaan perlindungan pengungsi.

3. Pemberlakuan Hukum Internasional dalam Hukum Nasional

Terdapat dua doktrin yang mencoba untuk membahas mengenai hubungan berlakunya Hukum Internasional dalam hukum nasional. Doktrin yang dimaksud yaitu doktrin transformasi, dan doktrin delegasi. Doktrin-doktrin tersebut baru membicarakan hubungan berlakunya sebagian Hukum Internasional, yaitu berupa perjanjian internasional.

a. Doktrin Transformasi

Doktrin transformasi lahir dari pandangan yang beranggapan bahwa sistem Hukum Internasional dan hukum nasional merupakan dua sistem hukum yang berbeda dan berdiri sendiri. Doktrin ini mengkonsepsikan bahwa Hukum Internasional dapat diberlakukan dalam suatu negara apabila kaidah hukum tersebut mendapatkan persetujuan terlebih

commit to user

dahulu dari badan legislatif negara. Maksudnya adalah kaidah hukum tersebut perlu untuk diubah bentuknya dan disesuaikan dengan bentuk yang ada dalam sistem hukum nasional.¹⁹¹ Akibat hukumnya adalah Hukum Internasional tidak dapat digunakan sebagai sumber hukum di pengadilan nasional sebelum ditransformasikan ke dalam hukum nasional.¹⁹²

Perubahan bentuk sebagaimana disebutkan di atas semata-mata dilakukan untuk mengharmonisasikan Hukum Internasional dengan hukum nasional karena kedua kaidah hukum tersebut berlainan satu sama lain. Istanto bahkan mengatakan bahwa proses perubahan tersebut sebagai syarat substantif bagi berlakunya Hukum Internasional dalam hukum nasional.¹⁹³ Doktrin ini tampak memposisikan kedaulatan hukum nasional sebagai unsur utama berlakunya Hukum Internasional. Atau dengan perkataan lain, doktrin ini membenarkan dan mendukung dalil dari teori voluntaris bahwa Hukum Internasional berlaku hanya karena adanya kehendak dari negara yang bersangkutan untuk tunduk pada ketentuan Hukum Internasional tersebut.¹⁹⁴

b. Doktrin Delegasi

¹⁹¹ Firdaus, "Kedudukan Hukum Internasional dalam Sistem Perundang-Undangan Nasional Indonesia", *Fiat Justisia Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 8, Nomor 1, Januari-Maret 2014, hlm. 45.

¹⁹² Malcolm N. Shaw, *Op. Cit.*, hlm. 139.

¹⁹³ Sugeng Istanto, *Hukum Internasional, Op. Cit.*, hlm. 11.

¹⁹⁴ Melda Kamil Ariadno, *Op. Cit.*, hlm. 507.

Doktrin delegasi dan transformasi sama-sama mengakui bahwa berlakunya Hukum Internasional ke dalam hukum nasional memerlukan suatu adopsi khusus. Namun yang membedakan kedua doktrin itu adalah adopsi dalam doktrin delegasi tidak memerlukan proses perubahan bentuk¹⁹⁵ melainkan adanya suatu pendelegasian dari kaidah-kaidah Hukum Internasional kepada konstitusi negara mengenai waktu dan cara ketentuan-ketentuan Hukum Internasional tersebut dimasukkan ke dalam hukum nasional.¹⁹⁶

Selain kedua doktrin di atas, terdapat juga satu doktrin lainnya yang menjelaskan tentang pemberlakuan Hukum Internasional ke dalam hukum nasional. Doktrin yang dimaksud adalah doktrin inkorporasi. Doktrin ini beranggapan bahwa Hukum Internasional merupakan bagian yang secara otomatis menyatu dengan hukum nasional.¹⁹⁷ Menurut doktrin ini, perjanjian internasional merupakan bagian dari hukum nasional yang mengikat dan berlaku secara langsung setelah penandatanganan dilakukan oleh keputusan negara.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Sugeng Istanto, *Hukum Internasional, Op. Cit.*, hlm. 11.

¹⁹⁶ J. G. Starke, *Introduction to International Law*, sebagaimana diterjemahkan oleh Bambang Iriana Djaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional 1 Edisi Kepsepuluh, Op. Cit.*, hlm. 102.

¹⁹⁷ Dina Sunyowati, *Op. Cit.*, hlm. 78.

¹⁹⁸ Rosmawati, "Pengaruh Hukum Internasional terhadap Perkembangan Hukum Nasional (*The Influence of International Law on the Development of National Law*)", *Kanun Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 61, Nomor 15, Desember 2013, hlm. 461.

Doktrin inkorporasi dianut oleh Inggris dan negara-negara dengan penganut sistem hukum Anglo Saxon, seperti Amerika yang membedakannya ke dalam dua bentuk yaitu sebagai berikut:

- a. Perjanjian internasional yang berlaku dengan sendirinya (*self executing treaty*), yaitu perjanjian internasional yang dibuat oleh pemerintah tanpa memerlukan persetujuan kongres (legislatif) berlaku sebagai hukum.

Perjanjian internasional yang tidak berlaku dengan sendirinya (*non self executing treaty*), yaitu perjanjian internasional yang berisi hal-hal penting dan mengharuskan adanya persetujuan kongres sebelum berlaku sebagai sumber hukum.¹⁹⁹

