

Problem tentang Sublimitas Supra-Dogma Hukum Adat dalam Hierarkhi Kaidah-Kaidah Hukum Internasional

Herman Bakir

Fakultas Hukum Universitas Eka Sakti Padang

E-mail: hermanbakir@unespadang.ac.id

Abstract

This descriptive research is specifically prepared to explore the dogma of Jus Cogens regarding its status as the highest legal source of International Customary Law, registering moments that the way this doctrine is institutionalized is such status; explore the ways in which Jus Cogens is applied to solving international disputes. The approach used to approach the object under study is a juridical-dogmatic approach, an approach commonly used in Legal Dogmatic studies in general. Meanwhile, the research method used in the overall context of this research is the normative-doctrinal legal research method. This is the name for the system that will teach this research to map core issues; collect data; and, information, conduct analysis, and then draw a set of conclusions. The Results: (a) Jus Cogens is a dogma that was born and developed from International Customs Law; (b) by considering the aspect of its radicalism, and its fundamentality, it can be said that it is in place if people accept/adhere to Jus Cogens as the Highest Norm in the tradition of International Law; and, (c) Jus Cogens has found its application space for the first time in the settlement of humanitarian cases that confront the government of Bosnia and Herzegovina v. the Government of State Union of Serbia and Montenegro

Keywords: Legal Dogmatics, Customary Norm, Jus Cogens, Supra-Authoitative, Humanity

Abstrak

Penelitian deskriptif ini secara terperinci diarahkan guna menjajaki keluasan, dan kedalaman konseptif dari sebuah dogma di lingkup Hukum Kebiasaan Internasional, yakni Jus Cogens, terutama terkait kedudukannya sebagai sumber hukum tertinggi dalam praktik Hukum Internasional, meregistrasi momen-momen yang cara bagaimana kategori dogmatis ini diinstitutionalisir dengan status sedemikian itu; menjajaki cara bagaimana Jus Cogens diterapkan untuk penyelesaian sengketa-sengketa Internasional. Pendekatan yang digunakan untuk mendekati objek yang diteliti adalah, pendekatan yang yuridis-dogmatis, pendekatan yang lazim digunakan dalam studi-studi Dogmatika Hukum pada umumnya. Sementara itu, metode penelitian yang digunakan pada konteks keseluruhan penelitian ini adalah metode penelitian hukum normatif-dogmatikal. Inilah sebutan untuk sistem yang akan mengampu penelitian ini untuk memetakan persoalan-

inti; menghimpun data; dan, informasi, melakukan analisis, untuk kemudian menarik seperangkat kesimpulan. Hasil Penelitian: (a) Jus Cogens adalah dogma yang lahir, dan tengah bertumbuh-kembang dari Hukum Kebiasaan Internasional; (b) Melihat pada radikalitas, serta fundamentalitasnya tentu memang sudah selainya jika Jus Cogens diterima/dianut oleh komunitas doktriner sebagai Kaidah Hukum Tertinggi (The Highest Norm) di dalam tradisi Hukum Internasional; dan, (c) Jus Cogens telah diterapkan secara intrayudisial untuk pertamakalinya dalam penyelesaian perkara kemanusiaan yang memperhadapkan pemerintah Bosnia Herzegovina v. pemerintah Serbia Montenegro.

Kata kunci: Dogmatika Hukum, Kaidah Kebiasaan, Jus Cogens, Supra-Otoritatif, Kemanusiaan

PENDAHULUAN

Mengingat proyeksi waktu yang relatif singkat (untuk sebuah penelitian), maka kali ini, dengan kesempatan ini, penulis berpikir untuk sekedar menyuguhkan sesuatu yang cenderung sederhana, sesuatu yang akan bisa dengan mudah diolah, serta, diselesaikan secara instan, atau sesuatu yang tidak akan terlalu jauh menyulitkan/merepotkan penulis dengan beragam resiko. Kali ini, persisnya, yang ditawarkan di sini, adalah sebuah tema yang boleh dibilang tergolong “lunak” untuk diskursus-diskursus Hukum Adat dalam pengertian umum, yakni dalam kaitannya dengan deskripsi sebuah “dogma”, atau “kredo”, atau “prinsip/doktrin” penting yang lahir, serta bertumbuh-kembang di dalam tradisi Kebiasaan Internasional. Dogma tersebut oleh kalangan dogmatisi hukum telah disepakati untuk dibakukan ke dalam sebuah ungkapan Latin, sebagai: *Jus Cogens*, atau, *Ius Cogens* (baca: “*yus ko-jengs*”—bhs. Inggris: *Peremptory Norm*). Dikatakan lunak tentu saja dengan sebuah pertimbangan bahwa projek-projek seperti ini barangkali dalam visi pembaca yang budiman masih terlalu sederhana (remeh-temeh; sepele) di banding tema-tema lain yang juga seringkali muncul mewarnai diskursus-diskursus Hukum Adat di tanah air. Tapi sekurang-kurangnya penulis masih menyimpan secerach keyakinan kalau hasilnya nanti paling tidak dapat menawarkan kita-kita di fakultas hukum semacam hiburan dogmatis, lepas dari sebarangpun tidak bernilainya ia dari prasangka moralitas akademis pembaca-pembaca yang budiman.

Tema-tema seperti ini sebenarnya sejak paruh kedua dari abad duapuluh lalu telah mulai cukup menyita perhatian dari beberapa insan pakar di jagad Hukum

International untuk berpanjang-lebar mengenainya, baik melalui buku-buku teks; artikel-artikel di jurnal-jurnal hukum internasional, di koran-koran, dan lain sebagainya. Sebut saja di antara insan-insan pakar yang ambil-bagian dengan pesta ini, antara lainnya adalah: Jerzy Sztcki (1974), Godefridus J. H. Hoof (1983), G. M. Danilenk (1983), Lauri Hannikainen (1988) dan lain sebagainya. Penulis ingin menghadirkannya kembali ke tengah-tengah pembaca dalam cara yang sedikit banyak berbeda, agar kita bisa sama-sama melihat status *Jus Cogens* sebagai *A Body of Higher International Law* (Pranata Hukum Internasional yang lebih tinggi statusnya), atau barangkali *The Highest Law* bagi segenap prinsip-prinsip, aturan-aturan, kaidah-kaidah yang mengatur perilaku intersubjektif dari subjek-subjek hukum internasional, masyarakat hukum lintas-negara (Kolb, 2015: 90 dan 92-93). Penelitian ini berkenaan dengan pendeskripsian sebuah dogma di dalam hukum (Hukum Adat/Kebiasaan Internasional), maka dapat dipastikan bahwa penelitian ini dimaksudkan untuk bertolak pada pengembangan paradigma sebuah Dogmatika Hukum. Pertanyaannya, “*Mengapa Dogmatika Hukum?*”.

Ihwalnya sederhana, bahwa penelitian ini dimaksudkan guna mengekspos sebuah “dogma” yang secara universal dianut di dalam tradisi ber hukum masyarakat manusia. Dogma dalam interpretasi ini dapat dibaca sebagai keyakinan, ideologi, nilai-nilai yang sangat dasar, radikal, dan universal di dalam hukum-kekuatan moral-intelektual yang akan telah dibakukan, disepakati kaum dogmatisi/doktriner sebagai aspirasi/kehendak terdalam dari hukum positif (yang semestinya pembentukan hukum, dan cara bekerjanya hukum memang harus demikian ihwalnya, seperti yang akan telah diajarkan setiap dogma.

Kebehasilan setiap proposisi dogma adalah hal yang tidak seharusnya diperdebatkan lagi, atau diragukan lagi, ia adalah kemutlakan yang menuntut untuk dianggap benar dengan sendirinya, tidak memerlukan pembuktian apapun terkait benar-salahnya. Ilmu yang secara khusus melakukan telaah, dan pembelajaran terhadap aspek (dogmatis) ini dengan penelitian ini diistilahkan, “Dogmatika Hukum”, *Rechtsdogmatik*, *Legal Dogmatics* (Pattaro, 2005: 2). Dogmatika Hukum yang kita anut bersama di sini menyatakan: “disiplin ilmu yang hadir secara mandiri untuk menawarkan seperangkat penjelasan yang sistematis, konseptif-terstruktur, metodis, dan logis-rasional terhadap sosok, bunyi, ataupun jalan pikiran dari keseluruhan ajaran/doktrin yang menyediakan

pedoman bagi cara lahir, terbentuk, serta, bekerjanya hukum di forum-forum pengolahan praktis”.

Titik tolaknya ialah untuk sebuah projek Dogmatika Hukum (objek material) yang dengan bersaranakan argumen-argumen *a priori* ingin menanggapi tiga pertanyaan deskriptif berikut ini, terkait dengan sebuah aspek dari Hukum Kebiasaan (objek formal), yakni: (a) Apa *Jus Cogens* itu, atau persisnya, apa yang akan telah dipersepsikan (dogmatisi-dogmatisi) Dogmatika Hukum (Hukum Kebiasaan Internasional) untuk mengkonseptualisir terminologi ini sebagai salah satu di antara sumber-sumber Hukum Internasional?; (b) Apa pentingnya *Jus Cogens* bagi kita, dan subjek-subjek hukum internasional lainnya, terutama selagi kita membandingkannya dengan kekuatan-kekuatan elementer lainnya, yang juga sebagai bagian tidak terpisahkan dari sistem Hukum Internasional?, dan; (c) Seperti apa cara dengan mana kaidah-kaidah *Jus Cogens* itu diterapkan ke dalam perkara-perkara Hukum Internasional, atau, dalam kasus-kasus seperti apa saja ia aplikabel, adakah yang berbeda dengan itu terutama saat kita memperhatikan hal-hal yang umum?.

Berdasar jumlah poin dalam rumusan permasalahan diturunkan di atas, agar paralel, maka, tujuan penelitian inipun akan dibatasi ke dalam tiga poin tujuan penelitian saja, yakni (a) Menjajaki pengertian *Jus Cogens* terutama dengan bertolak pada cara bagaimana Dogmatika Hukum melihatnya/menerimanya sebagai sebuah ide generis yang *a priori* dalam Hukum Adat Internasional; (b) Memastikan sebuah reputasi moralitas-sosial dari kaidah-kaidah *Jus Cogens* saat kategori-kategori imperatif itu diletakkan di dalam hierarkhie kaidah-kaidah Hukum Internasional, dan; (c) Melaporkan dari sudutpandang historis tentang bagaimana kaidah-kaidah *Jus Cogens* telah diinterpretasi, diterapkan, diberikan legitimatas logisnya secara intrayudisial di dalam jalan penyelesaian sengketa-sengketa Internasional.

Begitulah tiga poin permasalahan sekaligus tiga poin tujuan penelitian yang telah dipastikan rumusannya agar bisa dijawab dengan projek penelitian ini. Penulis menaruh ekspektasi besar bahwa setiap konsep yang membentuk proposisi-proposisi kritis tersebut di atas dapat lebih meyakinkan lagi pihak pembaca kalau projek di tangan pembaca ini “tidak seringan”, atau “tidak seenteng” yang dipersangkakan di awal tadi, melainkan sesuatu yang cukup berharga untuk dapat dipertimbangkan (direalisasikan) pengerjaannya.

METODE PENELITIAN

Secara strategis Proyek ini memisahkan diri ke dalam kelompok proyek-proyek penelitian deskriptif. Artinya, proyek ini secara khusus ingin menjajaki beragam kemungkinan yang relevan untuk diungkap, diperjelas, diklarifikasi secara setepat mungkin sehingga terbentuklah sebuah deskripsi kualitatif yang menyeluruh, dan memuaskan terkait dengan status *Jus Cogens* dalam praktik Hukum Internasional. Metode penelitian yang digunakan untuk meracik dalil-dalil yang membentuk konteks keseluruhannya adalah “metode penelitian hukum normatif-dogmatis”, artinya bahwa penelitian ini tidak sekedar bertolak untuk sebuah sudut pandang normatif, tapi juga dogmatis. Dengan kata “normatif” sendiri maksudnya, bahwa penelitian ini saat mengapresiasi objek yang diteliti (fitur hukum yang hendak dimurnikan) bertitik-tolak dari sebuah asumsi yang umum dalam penelitian-penelitian hukum normatif, bahwa hukum adalah seperangkat aturan-aturan tingkah laku yang mengikat/memaksakan subjek-subjeknya untuk patuh. Sementara dengan kata “dogmatis” menyatakan bahwa tataran permainan dalam proyek penelitian ini adalah “tataran dogmatis”, dalam artian bahwa penelitian ini tidak (murni) bersifat filosofis, tidak juga teoretis, dan tidak juga praktis.

Begitulah sistem (bermetode) yang akan mengampu jalannya proyek penelitian bidang Dogmatika Hukum ini dalam memetakan poin-poin untuk pertanyaan-inti; menghimpun data; dan, informasi “secara dokumentatif”, melakukan analisis “secara interpretatif”, untuk kemudian menarik kesimpulan (abduktif, induktif, serta deduktif) terhadap apa yang dipersoalkan dalam pertanyaan-inti dengan menjajaki jalan penalaran yang paling relevan dengan kebutuhan penelitian.

Tipologi pendekatan (cara mendekati) yang digunakan untuk mengapresiasi objek yang diteliti (usaha pemurnian hukum) adalah, “pendekatan yuridis-dogmatis”, sebuah pendekatan yang lazim digunakan dalam penelitian-penelitian untuk bidang Dogmatika Hukum secara umum. Kata “pendekatan yuridis-dogmatikal” mengandung maksud bahwa objek penelitian akan didekati dengan memanfaatkan sudut pandang seorang sarjana/ahli hukum yang ingin melihat hukum dari sebuah perspektif dogmatikal. Konkretnya, penelitian ini tidak sekedar mendekati objek dengan sebuah “jalan berpikir yuridis” (cara melihat seorang sarjana hukum), namun ini adalah tentang sebuah cara melihat yang dogmatis.

HASIL DAN PEMBAHASAN

Karakteristik yang Umum dari *Jus Cogens* sebagai Bagian dari Hukum Kebiasaan Internasional

Dalil pertama dapat disuguhkan, bahwa Hukum Kebiasaan/Adat Internasional menyatakan sebuah aspek dalam Hukum Internasional yang menuntut untuk dikaji/dipelajari secara dogmatis di dalam tradisi pembelajaran hukum, dan oleh karenanya, bacaan ini secara definitif adalah sebuah kajian dalam lingkup Dogmatika Hukum. Alasannya telah disinggung di bagian pendahuluan bahwa ini dikarenakan Hukum Adat/Kebiasaan Internasional sendiri merupakan tempat di mana mengorbitnya sistem dari “dogma-dogma”, atau, “doktrin/ajaran yang sakral/suci dari hukum”. Dikarenakan terkait padanya kebiasaan-kebiasaan yang terbentuk di lingkup pergaulan internasional, maka kategori-kategori dogmatis tersebut adalah sesuatu yang lahir, serta, bertumbuh-kembang dari kebiasaan-kebiasaan yang dianut dan dipertahankan masyarakat antar bangsa, antar negara. Cassese (2001: 153-159) menyebutkan bahwa setiap kaidah kebiasaan hanya akan memperoleh statusnya sebagai sumber hukum internasional sejauh ia telah memenuhi dua unsur berikut yaitu Unsur material yakni adanya, atau, terkait dengan suatu kegiatan internasional, dan; Unsur subjektif yakni adanya *Opinio Juris Sive Necessitatis* (Pendapat Hukum, atau Kesemestian).

Opinio juris sive necessitatis sendiri menyatakan sebuah keyakinan/kepercayaan tentang adanya sebuah perilaku yang ajeg (sudah menjadi kebiasaan) kemudian dianut sebagai sebuah kewajiban hukum. Sebagai contoh kita misalnya dapat memperhatikan konsep “kekebalan diplomatik”, bahwa katakanlah Kepolisian Republik Indonesia tidak diperkenankan oleh tradisi/kebiasaan (internasional) untuk menangkap katakanlah seorang duta besar dari Malaysia tanpa mendapat persetujuan dari pihak pemerintah Malaysia sendiri. Contoh lain yang bisa diperhatikan adalah dalam situasi perang misalnya, terutama terkait penggunaan bendera putih yang merupakan tanda bagi pihak lawan agar memberikan perlindungan kepada utusan yang dikirim untuk melangsungkan perundingan. Sekalipun sama-sama datang dari tipologi kaidah kebiasaan, antara *Opinio Juris* dengan *Jus Cogens* yang kita ingin jajaki di penelitian ini adalah dua hal yang berbeda. Tapi sebelum ke sana kita akan memastikan bahwa di luar dua tipologi dogma dalam Hukum Kebiasaan Internasional ini (*Jus Cogens*, dan, *Opinio*

Juris), kita masih akan menemukan dua tipologi dogma lainnya di dalam tradisi Hukum Internasional, yakni:

1. Dogma-dogma/ajaran yang umum (yang “dibakukan” doktriner-doktriner/dogmatisi-dogmatisi hukum, serta, majelis hakim di Mahkamah Internasional); dan,
2. Dogma-dogma yang dibentuk melalui persepakatan negara-negara yang terlibat dalam Perjanjian-perjanjian Internasional/Antar-Negara (Konvensi-konvensi Internasional).

Bersama dengan dogma-dogma hukum yang eksis, serta, dogma-dogma yang umum terkait Hukum Perjanjian/Perjanjian Internasional, dogma-dogma Kebiasaan Internasional telah dianggap oleh hakim-hakim di Mahkamah Internasional, dogmatisi-dogmatisi/doktriner-doktriner Dunia, Perserikatan Bangsa-bangsa, dan negara-negara anggota (PBB) sebagai sumber-sumber yang utama dalam cara terbentuk dan bekerjanya Hukum Internasional. Hukum Adat Internasional seperti halnya Hukum Adat, Hukum Pidana, Hukum Perdata, Hukum Tatanegara, yang merupakan aspek dalam hukum yang juga menuntut untuk didekati secara dogmatis. Aspek tadi (Hukum Adat Internasional) telah dipelajari dalam perkuliahan-perkuliahan di fakultas hukum sebagai salah satu di antara aspek-aspek yang penting dalam diskursus-diskursus (Dogmatika) Hukum Internasional (Leopard, 2010: 23). Pengertian ini dapat dilihat kesatuan tak terpisahkan antara dua hal, yakni antara Hukum Adat Internasional, dan Hukum Internasional.

Banyak negara di dunia yang prinsipnya menerima eksistensi dari dogma-dogma Hukum Adat Internasional, sekalipun seringkali muncul pendapat yang berbeda/berselisih di antara negara-negara tersebut mengenai terminologi ini, seperti misalnya terkait persepakatan tentang aturan-aturan mana saja yang seharusnya dapat dimasukkan di dalam kategori ini. Salah satu di antara kategori-kategori Kebiasaan Internasional yang telah dibakukan dalam konvensi-konvensi tingkat Dunia sebagai salah satu di antara sumber-sumber formal dari hukum internasional itu adalah *Jus cogens*, atau *Ius Cogens*, yang seringkali dioposisikan dengan *Jus Dispositivum* (Bianci, 2008: 492).

Jus Cogens bermula dari nilai-nilai kebiasaan (budaya lintas-negara), atau Hukum Kebiasaan (Internasional) yang kemudian diadopsi (diratifikasi) oleh sistem

hukum negara-negara di dunia. Dogma ini telah ditaati sebagai pedoman perilaku yang bersifat ajeg, atau tetap, sejak kurun waktu yang barangkali sudah dapat direka oleh Ilmu Sejarah tentang “kapannya?” Dogma ini terus menerus berevolusi (bertumbuh-kembang), dan dipipihkan di bawah hantaman palu godam Filsafat Hukum (Hukum Kodrat; Positivisme Hukum), Politik Hukum; Perbandingan Hukum; dan, Teori Hukum, untuk kemudian dilembagakan/dibakukan sebagai “dogma” yang menawarkan semacam skema tertentu bagi cara terbentuk, dan bekerjanya kaidah-kaidah hukum lain dalam cakupan Hukum Internasional. Serangkaian penelusuran kepustakaan, kita bisa memastikan bahwa Setiap kaidah-kaidah dalam kategori *Jus Cogens* adalah Hukum Kebiasaan, atau, Hukum Adat Internasional, namun begitu, tidak semua kaidah-kaidah Hukum Kebiasaan Internasional dapat dipisahkan sebagai *Jus Cogens*. Parker (1983: 417-426) seorang praktisi terkemuka jebolan *University of San Fransisco School of Law* pernah secara eksplisit, dan berpanjang lebar mendiskusikan ihwal ini di dalam salah satu tulisannya, *Jus Cogens: Compelling The Law of Human Rights*.

Jus Cogens sendiri merupakan “terminologi teknis” yang disematkan kepada seperangkat kaidah hukum internasional yang umum, dianggap sebagai yang paling superior di dalam hierarki kaidah-kaidah hukum internasional (Wallace dan Ortega, 2009: 33). *Jus Cogens* berintikan seperangkat kaidah kebiasaan yang memiliki karakter “supra-otoritatif”, alias sesuatu yang menyertakan pada dirinya daya paksa “yang lebih definitif” di banding kaidah-kaidah hukum internasional lain. Isi dari kaidah-kaidah supra-otoritatif ini menuntut kepatuhan yang ekstrem dari subjek-subjeknya (mis. lembaga pemerintahan, pengadilan, sebuah Negara; tahta suci; palang merah internasional; perusahaan multinasional; individu manusia; serta, pemberontak, dan pihak bersengketa).

Melihat watak yang supra-otoritatif ini maka tidak sebuah pemerintahan, dan pengadilan di kolong Langit ini yang diperkenankan untuk menerbitkan kebijakan-kebijakan (regulatif, administratif), ataupun vonis yang akan telah dirasakan menegasikan eksistensi dari kaidah-kaidah *Jus Cogens*, sebab *Jus Congens* itu sendiri secara harfiah berarti *Compelling Law*, atau, “hukum yang dipaksakan (keberlakuannya)” (Weissbrodt, 2008: 6). Kaidah-kaidah dengan status, atau derajat sebagai *Jus Cogens* tidak diperkenankan untuk diderogasikan oleh siapapun, dalam situasi dan kondisi seperti apapun juga (Brownlie, 1998: 515). Sehingga dalam hal

terjadinya konflik antara suatu *Jus Cogens* dengan kaidah lainnya (yang bukan *Jus Cogens*), maka kaidah yang memiliki derajat *Jus Cogens* itulah yang harus diutamakan, tanpa mempersoalkan sumber dari kaidah tersebut, tanpa mempersoalkan apakah kaidah tersebut terbentuk sebelum atau sesudah kaidah *Jus Cogens* yang ada, dan tanpa mempersoalkan apakah norma kaidah tersebut lebih spesifik dari norma *Jus Cogens* (Hoof, 1983: 310).

Jus Cogens oleh karenanya dapat membatalkan suatu traktat/perjanjian internasional, atau perjanjian antara Negara, bilateral, multilateral, sejauh dapat dibuktikan bahwa di dalamnya memuat klausul-klausul yang secara logis bertentangan dengan, atau mengkonflik bunyi dari kaidah-kaidah *Jus Cogens*. Traktat ataupun perjanjian-perjanjian bilateral, multilateral sedemikian itu harus dianggap sesat, atau tidak sah menurut hukum (*illegal*), lantaran aturan-aturan ini adalah kaidah yang fundamental dari Politik Hukum Internasional. Kekuatan negara mengadakan perjanjian internasional harus dikalahkan/ditundukkan selagi ia berkonflik dengan sebuah supra-kaidah kebiasaan dari *Jus Cogens*. *Jus Cogens* dengan kata lain adalah aturan-aturan, yang berkorespondensi dengan kaidah fundamental dari Politik Hukum Internasional, dan yang mana ia tidak boleh digantikan dengan yang lain, kecuali oleh kaidah pengganti dengan standar yang sama. Hal ini sekali lagi menunjukkan bahwa posisi kaidah-kaidah *Jus Cogens* secara hierarkhial superior terhadap seluruh kaidah-kaidah Hukum Internasional lainnya.

Dari titik ini, sesungguhnya, kita dapat mengidentifikasi dua fungsi kontrol yang disandang oleh kaidah-kaidah *Jus Cogens* aktivitas pemerintahan, dan pengadilan-pengadilan di setiap Negara di Dunia, yakni (Byers, 1997: 2-3, 211, 219-220):

1. *Jus Cogens* membatasi kemampuan pemerintahan sebuah negara untuk menciptakan, dan mengubah aturan-aturan Hukum Internasional;
2. Kaidah-kaidah *Jus Cogens* mencegah pemerintahan sebuah negara dari tindakan yang melanggar aturan-aturan main yang fundamental dari Politik Hukum Internasional lantaran menghasilkan aturan-aturan atau pelanggaran terhadap aturan-aturan dalam konteks Politik Hukum Internasional karena menghasilkan aturan-aturan atau pelanggaran dengan menerbitkan aturan-aturan yang secara serius akan mencederai tatanan Hukum Internasional.

Terkait superioritas ini, Hathaway (2005: 28) telah pula menguatkannya dengan menyebutnya, “*The Higher Preemptory Norms*”. Kemudian ada Lauterpacht dan Greenwood (2005: 705) menyebutkan “...*Jus Cogens hold the highest hierarchical position among all other norms, and principles...*”. Konsepsi *the highest norm* di sini secara langsung telah menganugerahkan status kepada *Jus Cogens* itu sendiri sebagai potensi normatif yang fundamental (*fundamentalnorm*), dalam artian bahwa apa yang instruksikan, atau prohibisikan akan menyediakan semacam fundasi bagi tegaknya sebuah Sistem Hukum Internasional. Ada tiga hal penting yang perlu diungkap terkait fungsi *Jus Cogens* sebagai *The Highest Norm* di sini, yakni:

1. *Jus Cogens* berfungsi sebagai sumber dengan mana setiap pembentuk kaidah-kaidah Hukum Internasional mengambil, menggali, ataupun menimba “elemen-elemen inti/dasar” yang diperlukan untuk tugas pembentukan itu;
2. *Jus Cogens* menjadi tempat untuk menemukan ketentuan-ketentuan yang akan menjadi sisi dari peraturan Hukum Internasional yang akan dirumuskan, serta,
3. *Jus Cogens* menyediakan semacam “dasar-ukuran” untuk menguji apakah isi dari segenap peraturan-peraturan Hukum Internasional yang tengah eksis/berlaku telah benar-benar mengarah kepada visi moral dari Hukum Internasional itu sendiri.

Jus Cogens telah menemukan fungsinya sebagai “sumber pengenalan”, serta diartikan sebagai “sumber asal”, serta, “sumber keyakinan” yang menjadi penyebab bagi timbulnya segenap aturan-aturan internasional yang berlaku hari ini. Boleh dibilang, *Jus Cogens* akan dilihat sebagai “*Una Stella Guida*” bagi cara dibentuk serta ditegakkannya (secara paksa) segala bentuk perintah, atau, larangan di dalam tradisi Hukum Internasional. Inilah kekhasannya bahwa sekali lagi kaidah-kaidah dengan spesifikasi *Jus Cogens* memiliki “sifat preemptorial” (mutlak positivitasnya), dalam artian bahwa *Jus Cogens* adalah sesuatu yang tidak dapat ditukar dengan yang lain, tidak boleh diderogasi/dinegasikan, atau dikesampingkan (Le Sueur, Sunkin, dan Murkens, 2013: 23).

Negara manapun di dunia ini dapat menerbitkan regulasi, putusan-putusan administratif, ataupun *vonnis* yang berkonflik/mengesampingkan dengan kaidah-kaidah

kebiasaan internasional lain, tapi khusus dalam hal kaidah-kaidah *Jus Cogens* ini, mereka tidak sama sekali diperkenankan untuk melahirkan peraturan-peraturan yang berkonflik, atau mengkonflik kaidah-kaidah *Jus Cogens*. Rezim pemerintahan setiap negara diharuskan menaruh respek setinggi-tingginya kepada prinsip-prinsip yang secara dalam telah berurat-berakar di lubuk kesadaran hukum dari komunitas internasional.

Perhubungan Logis antara Radikalitas, dan Fundamentalitas *Jus Cogens*, dengan Moralitas Kemanusiaan

Sebagai sebuah dogma (kebiasaan), *Jus Cogens* melebihi semua dogma hukum internasional lainnya, menuntut untuk diimani/dipercaya sebagai sebuah kehendak yang paling inner, serta paling luhur dari menggeliatnya setiap ide, atau gagasan di benak setiap doktriner hukum tentang pentingnya keberadaan dari sebuah sistem hukum positif internasional. Melihat sifat yang *inner* ini maka sudah barang tentu *Jus Cogens* adalah sesuatu yang bersifat idiil bagi segenap instruksi, prohibisi, permisi, serta dispensasi dalam aturan-aturan formal Hukum Internasional pada umumnya. Ia telah ditaati secara ajeg sejak kurun waktu yang sangat lama, sesuatu yang sudah dibiasakan untuk ditaati dari generasi ke generasi.

Pertanyaannya sekarang tentu saja adalah Mengapa *Jus Cogens* menjadi hal yang sedemikian signifikannya, sehingga para doktriner memberikannya status sebagai yang tertinggi dalam hierarki kaidah-kaidah Hukum Internasional, apa pertimbangan mereka. Hal ini tentu saja disebabkan sebuah fakta teoretis bahwa dalam *Jus Cogens* akan telah dipromosikan, diproklamirkan seperangkat kategori-kategori moral yang absolut, yang menginginkan tegaknya kepastian bagi perlindungan, serta pemuliaan harkat, dan martabat yang paling fundamental dari ras manusia di bumi dalam konteks keseluruhan mereka, tanpa melihat kepada apa, dan bagaimana agamanya, etnisnya, bangsanya, maupun kewarganegaraannya.

Sisi kemanusiaan telah dilihat sebagai salah satu *telos* bagi hukum, sebab prinsipnya, untuk tujuan itulah hukum berjalan pasti di jalan perlintasannya guna mendapatkan reputasi sosial yang memperoleh legitimasi secara moral. Hukum haruslah sesuatu yang berperikemanusiaan, berkeadilan, dan beradab. Rahardjo menyebutkan hukum merupakan aset kemasyarakatan yang digagas, dibuat, serta

dimutakhirkan oleh manusia untuk melayani segenap kepentingan manusia itu sendiri, terutama bagi tegaknya kepastian akan perlindungan hak-hak, dan kepentingan mereka; harkat, serta martabat mereka sebagai makhluk yang memiliki kehendak bebas (*free will*), bukan sebaliknya, manusia yang melayani hukum. Dengan jalan pikiran ini maka boleh dibilang bahwa pelembagaan *Jus Cogens* adalah semacam bentuk empati dari Politik Hukum Internasional, serta kekuatan yang lebih tinggi dari hukum, yang dapat memaksakan pemerintahan setiap Negara untuk menghormati segenap ras manusia dari sisi hak-hak mereka yang fundamental, harkat, serta, kemartabatan mereka.

Sampai akhir abad ke dua puluh lalu, belum ada konsensus di antara para pakar mengenai kaidah-kaidah mana saja yang seharusnya dikualifikasi sebagai *Jus Cogens* itu, dan bagaimana suatu kaidah dapat mencapai status tersebut. Hal ini telah sejak lama dibicarakan oleh kalangan pakar, semisal yang pernah ditegaskan Bassiouni (1996: 68) yaitu “*International crimes that rise to the level of Jus Cogens constitute Obligatio Erga Omnes which are inderogable*”. Sekurang-kurangnya dapat diinventarisir empat unit dari kategori kaidah-kaidah *Jus Cogens* yang sejauh ini telah dibakukan oleh masyarakat doktriner sebagai kaidah-kaidah tertinggi dari Hukum Internasional. Perhatikan, keempat-empatnya berisi “larangan hukum”, yang antara lainnya adalah:

1. Prohibisi terhadap Tindak Kekejian/Kejahatan Kemanusiaan (*Crime Against Humanity*) sebagai *Jus Cogens* (Ntoubandi, 2007: 213).
Kejahatan Kemanusiaan menunjuk kepada model kejahatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan sistematis terhadap populasi orang-orang sipil, atau masyarakat sipil.
Misalnya saja yang kita bisa ketahui sebagai tindak Kejahatan Kemanusiaan adalah “genosida”, atau, pembantaian secara sistematis terhadap satu etnis, atau pemeluk keyakinan/ideologi tertentu yang ditujukan untuk memusnahkan atau membuat punah keberadaan mereka dari muka bumi.
2. Prohibisi terhadap Kekejian/Kejahatan Rasisme, atau *Racism* (perlakuan diskriminatif terhadap ras-ras tertentu) sebagai *Jus Cogens* (Rehman, 2000: 120). Rasisme merupakan dogma yang mengajarkan bahwa perbedaan biologis yang melekat pada ras manusia menentukan pencapaian budaya, atau individu. Konkretnya dogma ini

mempromosikan ras-ras tertentu sebagai ras yang unggul terhadap semua ras lainnya, sehingga berhak untuk memandang rendah, atau mengintimidasi mereka, baik secara sosial, secara politis, secara ekonomi, dan secara yuridis.

3. Prohibisi terhadap Aksi Pembajakan di Laut Lepas sebagai *Jus Cogens* (McCormack, 2007: 40-41). Ini adalah bentuk lain dari tindak kejahatan yang merupakan kejahatan lintas batas negara. Pelaku pembajakan biasanya tidak individual, melainkan komunal, mereka terorganisir, rapi, serta dikendalikan dari negara mana saja. Pelakunya seringkali terdiri dari orang-orang dengan kewarganegaraan berbeda yang mempersenjatai diri dengan senapan dan peluncur roket, berkeliaran di lautan dengan perahu ringan bermanuver kecepatan tinggi yang didukung oleh “kapal induk”, yang memungkinkan untuk melancarkan serangan dari jarak hingga 500 mil laut. Efek negatif yang sangat dirasakan dari aksi pembajakan Laut Lepas ini adalah menghambat pengiriman bantuan asing, dan memberikan kontribusi ketidakstabilan di negara-negara yang sudah berkembang dan tidak stabil.

Misalnya adalah dalam kasus pengiriman bantuan pangan dari PBB ke Somalia di tahun 2007 lalu, yang dengan terpaksa harus dihentikan dikarenakan adanya ancaman yang dialami distributor dalam perjalanannya melewati perairan yang disesaki oleh gerombolan bajak laut.

4. Prohibisi terhadap Praktik Perdagangan Manusia (*Human Trafficking*) (Fard, 2016: 54). *Human Trafficking* atau perdagangan manusia mencakup aktivitas perekrutan, pengiriman, atau penampungan orang-orang dengan cara ancaman atau kekerasan demi tujuan eksploitasi, pelacuran, seks, penyalagunaan kekuasaan serta perbudakan yang hanya menguntungkan satu pihak saja.

Keberadaan dari kaidah-kaidah yang disebutkan di atas, sejak akhir abad ke sembilan belas telah mendapat pengakuan secara universal, dan telah mendapatkan rumusnya yang boleh dianggap mapan di tangan para dogmatisi hukum.

Pelebagaan Kaidah-Kaidah *Jus Cogens* sebagai Sumber Hukum Tertinggi

Pada tahun 1969, *Jus Cogens* untuk kali pertama diinstitutionalkan sebagai bagian dari klausul-klausul dalam Konvensi Wina tentang *Law of Treaties*. Pengakuan terhadap *Jus Cogens* yang disepakati dalam konvensi tersebut di atas dapat dibaca dalam pernyataan sebagai berikut “*Jus Cogens/Peremptory Norm of general International Law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character* (Jus Cogens dari hukum internasional yang umum adalah kaidah yang diterima dan diakui oleh masyarakat internasional sebagai kaidah yang mana terhadapnya tidak diperkenankan/dipermissikan dilakukan penderogasian, dan yang dapat hanya dimodifikasi dengan kaidah subsekuensial dari Hukum Internasional lainnya yang memiliki kesamaan secara karakter)”. (Vienna Convention on the Laws of Treaties, 1986, Pasal 53).

Pasal di dalam Konvensi Wina tersebut menganggap bahwa *Jus Cogens* sebagai kaidah yang dasar dari Hukum Internasional yang diterima dan diakui oleh negara-negara sebagai komunitas internasional secara keseluruhan. *Jus Cogens* tersebut tidak boleh dilanggar oleh norma lainnya dan hanya dapat dimodifikasi oleh suatu norma dasar hukum internasional yang mempunyai sifat yang sama. Definisi tersebut jelas memperlihatkan sifat dari norma *Jus Cogens* yaitu normanya harus merupakan norma yang berlaku secara umum terhadap semua sistem hukum yang ada; normanya harus diterima dan diakui oleh komunitas internasional yaitu negara, secara eksplisit; dan normanya tidak dapat diturunkan dalam keadaan apapun dan hanya dapat dimodifikasi oleh norma lain dalam hukum internasional yang memiliki karakter sama. *Jus Cogens* kemudian dikonfirmasi di tahun 1986 oleh Konvensi Wina, juga masih tentang *Law of Treaties*. Putusan Mahkamah Internasional dalam perkara Nikaragua secara jelas *Jus Cogens* dinyatakan sebagai dogma dalam Hukum Internasional.

Penerapan Kaidah-kaidah *Jus Cogens* dalam Penyelesaian Perkara-Perkara Internasional

Sebuah Putusan bersejarah pernah diterbitkan oleh majelis hakim di *International Court of Justice* (Mahkamah Internasional), atau disingkat ICJ, terkait

penyelesaian perkara “kejahatan genosida”, atau pembantaian massal terhadap ras manusia, yang melibatkan organ pemerintahan *Bosnia-Herzegovina vs. Serbia-Montenegro* sebagai pihak-pihak yang berperkara. Ini adalah contoh konkret di mana Dogma *Jus Cogens* diterapkan ke dalam sebuah peristiwa konkret yang menuntut jalan penyelesaian hukum internasional. ICJ tentunya berbeda dengan *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, disingkat ICTY, di Yugoslavia. Dengan memperhatikan ICJ maka jelas bahwa yang kita persoalkan di sini adalah “sengketa antar negara”, karena sebagaimana diketahui bahwa hanya negaralah yang boleh bertindak sebagai pihak-pihak berperkara di hadapan majelis hakim di Mahkamah (ICJ) tersebut di atas (Pasal 34 Ayat [1] statuta ICJ).

Momen ini merupakan pertama kalinya negara-negara anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa memperkarakan tindak kejahatan genosida di hadapan persidangan di Mahkamah Konstitusional. Penyelesaian atas perkara ini diajukan oleh otoritas pemerintahan Bosnia Herzegovina ke hadapan persidangan ICJ di tahun 1993. Pihak Bosnia menggugat Republik Federal Yugoslavia (Serbia Montenegro) dengan penerapan kaidah-kaidah dalam *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Pihak Bosnia menggugat pemerintah Serbia Montenegro dengan dakwaan telah memerintahkan militer Serbia di bawah pimpinan Jendral Ratko Mladic untuk secara sistematis, dan terstruktur melakukan sebuah tindakan dengan kategori *Crime Contra Humanum Genus* yang merupakan *Hostis Humani Generis* (musuh umat manusia). Konkretnya, Bosnia menggugat pemerintahan Serbia Montenegro dengan keterlibatannya dalam Tindak Kejahatan Genosida, alias aksi Pembantaian Massal terhadap sekurang-kurangnya delapan ribuan pengungsi warga Bosnia di wilayah Srebrenica (Bosnia Timur). Dilaporkan bahwa peristiwa pembantaian ini terjadi di sepanjang tahun 1992 s/ 1995.

Apa yang telah diperbuat Jenderal Ratko Mladic dan pasukannya dengan menghabiskan nyawa dari 8.000-an orang-orang dari etnis Bosnia-Kroasia yang mayoritas beragama Islam dapat dikatakan sebagai praktik genosida, karena pertama, tindakan tersebut ditujukan untuk memusnahkan suatu bangsa tertentu (dalam hal ini bangsa Bosnia-Kroasia), kedua tindakan tersebut dilakukan secara sistematis, dan disengaja (dibuktikan dengan adanya pasukan yang menyerbu, yang berarti juga membuktikan adanya rantai komando). Larangan, atau prohibisi dari melakukan tindak kejahatan

sedemikian itu (genosida) telah didoktrinkan sebagai suatu *Jus Cogens*. Oleh karenanya putusan majelis hakim ICJ yang menyatakan tindakan yang dilakukan oleh Jenderal Ratko Mladic adalah kejahatan genosida adalah benar adanya, dan secara yuridis-formil ihwal ini didasarkan pada dogma *Jus Cogens*, sumber hukum dari segala sumber hukum bagi seluruh kaidah-kaidah Hukum Internasional.

Langkah pertama yang ditempuh oleh otoritas ICJ waktu itu adalah meminta kepada kedua belah pihak untuk mencegah tindakan genosida (*ethnic cleansing*) di waktu yang akan datang, dan mencegah memburuknya sengketa. ICJ akhirnya mengeluarkan putusnya pada tanggal 26 Februari lalu (26 Februari 2007). Inti dari putusan tersebut yakni menyatakan Pemerintah Serbia dianggap tidak dapat dimintakan pertanggung jawaban terhadap kejahatan genosida yang melibatkan Jendralnya terhadap etnis atau bangsa lain, sebagaimana dikatakan Ketua pengadilan, Hakim Rosalyn Higgins dengan pendapat hukumnya, bahwa: “*Mahkamah mendapati aksi genosida di Srebrenica tidak bisa dikaitkan dengan badan-badan pemerintah tertuduh (Serbia).*” Sekalipun demikian, di sisi lainnya, majelis hakim di ICJ membenarkan bahwa tindakan Jenderal Ratko Mladic dan pasukannya (menyerbu warga sipil tidak bersenjata) di Srebrenica adalah tindakan yang dapat dikategorikan sebagai Genosida.

Intinya jelas bahwa putusan majelis hakim di ICJ yang menyatakan Negara Serbia-Montenegro tidak bersalah dalam kejahatan genosida tersebut, sebenarnya juga tidak dapat disalahkan, dikarenakan pertama, ICJ tidak dapat menemukan bukti kuat adanya keterkaitan antara tindakan yang dilakukan oleh Jenderal Ratko Mladic dengan Negaranya, sebuah pengambilan kebijakan pribadikah, atau malah pertimbangan penuh dari negara. Bahkan dalam pernyataannya, pemerintah Serbia secara eksplisit menyatakan bahwa pembantaian di Srebrenica merupakan perang dalam negeri antara kelompok-kelompok etnis Bosnia, dan membantah negara Serbia berperan dalam peristiwa tersebut. Meskipun kesulitan untuk membuktikan pemerintah Serbia bersalah, tetapi ICJ menyatakan pemerintahan Serbia telah melanggar hukum internasional karena lalai dalam mencegah terjadinya praktik genosida tersebut.

SIMPULAN

Berikut ini didisposisikan tiga poin kesimpulan yang telah dipertimbangkan sedemikian rupa untuk menjawab tiga poin pertanyaan dalam rumusan permasalahan di

bagian Pendahuluan, yakni *Jus Cogens* adalah sesuatu yang tidak sekedar doktrinal, tapi juga normatif, menyanggah status supra-otoritatif di dalam tradisi hukum kita, sebuah keajegan yang lahir, serta, bertumbuh-kembang dalam pergaulan antar negara.

Jus Cogens telah diterima/dianut sebagai Kaidah Hukum Tertinggi (*The Highest Norm*) di dalam hierarki Hukum Internasional, menempati level yang paling sakral, dan peremptorial dalam tercipta, dan tegaknya sebuah sistem Hukum Internasional. Ia bisa begitu lantaran orang melihat pada bagaimana yang oleh *Jus Cogens* dipromosikan tidak lain adalah nilai-nilai yang sedemikian fundamentalnya bagi kita, yakni tentang cara bagaimana hak-hak universal kita, harkat, dan martabat kita yang paling dasar sebagai bagian dari masyarakat manusia dimuliakan, serta sepenuhnya diberikan kepastian perlindungan oleh hukum.

Berdasarkan penelusuran sejarah dapat dipastikan bahwa untuk pertamakalinya, penerapan *Jus Congen* terjadi saat majelis hakim di Mahkamah Internasional memutuskan sengketa yang terjadi antara pemerintah Bosnia Herzegovina melawan pemerintah Serbia Montenegro, terkait dakwaan terhadap Tindak Kejahatan Genosida terhadap delapan ribuan warga sipil Bosnia yang tidak bersenjata.

DAFTAR PUSTAKA

- Brownlie, Ian, 1998, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, New York.
- Cassese, Antonio, 2001, *International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Crawford, James, 1979, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Danilenko, Gennady M, "International Jus Cogens: Issues of Law-Making", *European Journal of International Law*, 21 Januari 1991.
- Fard, Shahrads Nasrolahi, 2016, *Routledge Research in International Law, Reciprocity in International Law: Its Impact and Function*, Routledge Publisher, London-New York.
- Hatthaway, James C, 2005, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Kolb, Robert, 2015, *Peremptory International Law-Jus Cogens: A General Inventory*, Oregon Hart Publishing , Oxford and Portland.

- Lauterpacht, Elihu, & C. J. Greenwood, 1996, *The Research Centre of International Law University of Cambridge: International Law Reports*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Lauterpacht, Elihu; & C. J. Greenwood., et al., 2005, *Lauterpacht Research Center for International Law University of Cambridge: International Law Reports*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Le Sueur, Andrew, Maurice Sunkin, dan Jo Murkens, 2013, *Public Law: Text, Cases, and Materials 2e*, Oxford University Press, Oxford.
- Lepard, Brian D, 2010, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge.
- McCormack, Wayne, 2007, *Understanding the Law of Terrorism*, LexisNexis Matthew Bender, Binghamton, NY.
- Ntoubandi, Faustin Z, 2007, *Amnesty for Crimes Against Humanity Under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston.
- Pattaro, Enrico, 2005, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: The Law and The Right, Vol 1*, Springer Publisher, Dordrecht.
- Rehman, Javaid, 2000, *The Weakness in the International Law Protection of Minority Rights*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston.
- Van Hoof, G. J. H., 1983, *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer Law and Taxation Publisher, Deventer.
- Wallace, Rebecca dan Olga Martin-Ortega, 2009, *International Law*, Sweet & Maxwell Publisher, London.
- Weissbrodt, David S, 2008, *The Human Rights of Non-citizens*, Oxford University Press, New York.
- Bassiouni, M. Cherif, "International Crimes: 'Jus Cogens' and 'Obligatio Erga Omnes'", *Law and Contemporary Problems*, Vol 59 No 4, Tahun 1996.
- Bianci, Andrea, "Human Rights and The Magic of Jus Cogens", *The European Journal of International Law*, Vol 19 No 3, Tahun 2008.
- Byers, Michael, "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", *Nordic Journal of International Law*, Vol 66 Tahun 1997.