

IDENTIFIKASI DAN VALIDITAS NORMA-NORMA JUS COGENS DALAM HUKUM INTERNASIONAL

Hendro Valence Luhulima¹

Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada
Jalan Sosio Justicia No. 1 Bulaksumur, Sleman, DIY

Abstract

Jus cogens is a norm of international law which has been recognized and accepted by the international community. However, the norm is still difficult to identify, since there is no clear requirements to determine a norm as jus cogens. This weakness will be exploited by certain countries to determine jus cogens in the opposing legal regime. In this regard, this paper examines the requirements and validity of jus cogens based on international treaties, the opinions of international jurists, and court decisions in certain cases.

In determining the qualification of a norm as jus cogens must meet three requirements namely, double consent requirements; universality; and substance of the norm. When a norm that has qualified as jus cogens can directly bind all countries regardless of its participation in international treaties that recognize the norm of jus cogens. It is intended to maintain order in the level of international law, in accordance with the original purpose of the establishment of that norm.

Keywords: Jus cogens; international law; Vienna Convention 1969

Abstrak

*Jus cogens adalah norma hukum internasional yang telah diakui dan diterima oleh masyarakat internasional. Meskipun demikian, norma tersebut masih sulit untuk diidentifikasi, karena tidak ada persyaratan yang jelas untuk menentukan suatu norma sebagai jus cogens. Hal ini dikhawatirkan akan dimanfaatkan oleh negara-negara tertentu untuk menentukan jus cogens dalam rezim hukum yang berlawanan. Berkaitan dengan hal tersebut, tulisan ini mengkaji persyaratan dan validitas dari jus cogens dengan berlandaskan pada perjanjian-perjanjian internasional, pendapat ahli hukum internasional, maupun putusan hakim dalam kasus-kasus tertentu. Hasil dari penulisan ini yaitu, pertama, dalam menentukan kualifikasi suatu norma sebagai jus cogens harus memenuhi tiga persyaratan yaitu, persyaratan *double consent*, universalitas, dan substansi dari norma tersebut. Kedua, suatu norma yang telah memenuhi syarat sebagai*

¹ Mahasiswa Pascasarjana Program Studi Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada. Alamat korespondensi: hendro.luhulima@yahoo.co.id atau hendro.valence.l@mail.ugm.ac.id.

jus cogens dapat secara langsung mengikat semua negara tanpa mempertimbangkan keikutsertaannya dalam perjanjian internasional yang mengakui norma *jus cogens* tersebut. Hal ini dimaksudkan untuk menjaga ketertiban dalam tataran hukum internasional, sesuai dengan tujuan awal pembentukan norma tersebut.

Kata Kunci: *Jus cogens*; hukum internasional; Konvensi Wina 1969

A. Pendahuluan

Perjanjian internasional dalam era kontemporer semakin kuat eksistensinya sebagai instrumen utama dalam pelaksanaan hubungan antar negara maupun organisasi internasional. Hal ini dikarenakan fenomena saling ketergantungan pada era globalisasi ini tidak dapat dihindari. Sejalan dengan hal tersebut, Boer Mauna menyatakan pendapatnya bahwa.²

“Dalam dunia yang ditandai saling ketergantungan dewasa ini, tidak ada satu negara yang tidak mempunyai perjanjian dengan negara lain dan tidak ada satu negara yang tidak diatur oleh perjanjian dalam kehidupan internasionalnya.”

Melalui perjanjian internasional, negara dan organisasi internasional menetapkan dasar kerjasama untuk mengatur berbagai hal dan menyelesaikan permasalahan tertentu, seperti di bidang Hak Asasi Manusia, dan ekonomi internasional. Intinya, muatan materi yang diatur menyesuaikan kebutuhan dan kesepakatan para pihak. Kesepakatan (*consent*) merupakan salah satu hal yang sangat penting dalam

eksistensi perjanjian internasional.³

Perihal pelaksanaan suatu perjanjian internasional, para pihak terikat dengan asas *pacta sunt servanda* sebagaimana tercantum dalam ketentuan Pasal 26 Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional. Asas ini menghendaki adanya pelaksanaan perjanjian internasional dengan itikad baik (*good faith*).⁴ Konsekuensinya, perjanjian tersebut mengikat para pihak sebagai undang-undang, sehingga harus dilaksanakandengan penuh rasa tanggung jawab dan memperhatikan kepentingan para pihak sebagaimana yang telah

² Boer Mauna, 2005, *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, Edisi kedua, Alumni, Bandung, hlm. 82.

³ John O'Brien mengemukakan beberapa prinsip yang menjadi dasar dari adanya perjanjian internasional. Pertama, perjanjian internasional muncul diakibatkan oleh persetujuan. Kedua, negara yang memberikan persetujuannya terikat untuk memberlakukannya sebagaimana yang diinginkan perjanjian internasional terhadap pihak lain. Ketiga, dalam hal perjanjian internasional tersebut mengkodifikasi kebiasaan, maka para negara peserta terikat oleh perjanjian internasional yang menurut prinsip-prinsip umum. Keempat, dalam hal bukan negara peserta, yang dimaksud oleh prinsip ketiga, maka perjanjian internasional tetap mengikat sebagai akibat dari kebiasaan. Kelima, perjanjian internasional multilateral pada umumnya dibentuk di bawah *International Law Commission* dengan tujuan untuk terciptanya pembentukan hukum internasional yang progresif, yang tentunya melibatkan kodifikasi atas hukum kebiasaan. John O'Brien, 2001, *International Law*, Cavendish, London, hlm. 80.

⁴ Malcolm D. Evans (ed.), 2003, *International Law*, Oxford University Press, New York, hlm. 143.

disepakati dalam perjanjian tersebut.⁵ Para pihak dilarang menggunakan hukum nasionalnya sebagai dalil untuk membenarkan tindakan mereka yang gagal memenuhi kewajiban dari perjanjian internasional yang dibuat sebagaimana yang diatur dalam Pasal 27 Konvensi Wina 1969.

Perjanjian internasional dalam kondisi tertentu tidak dapat dilaksanakan. Kondisi yang dimaksud yaitu berkaitan dengan hal-hal yang mengakibatkan tidak sahnya suatu perjanjian dalam Konvensi Wina 1969, seperti adanya kekeliruan (*error*);kecurangan (*fraud*);Kelicikan yang dilakukan oleh wakil dari suatu negara (*corruption*);paksaan (*coercion*);ancaman atau penggunaan kekerasan; tidak memungkinkannya untuk melaksanakan suatu perjanjian karena hilangnya objek perjanjian; dan perubahan keadaan mendasar, sebagaimana yang diatur dalam Pasal 46-50 dan Pasal 60-62 Konvensi Wina 1969. Kondisi ini berkaitan dengan timbulnya suatu peristiwa atau karena berlakunya suatu asas hukum lain yang mengakibatkan perjanjian tersebut ditunda pelaksanaannya bahkan dinyatakan batal.⁶ Berkaitan dengan hal tersebut, maka muncul norma dasar hukum internasional umum(*peremptory norm of general international law*) atau yang lebih dikenal dengan *jus cogens*.

Keberadaan *jus cogens* yang dilembagakan dalam Konvensi Wina

1969, khususnya dalam Pasal 53, pada perkembangannya tidak hanya terbatas dalam ruang lingkup perjanjian internasional, melainkan telah merambat ke semua aspek kehidupan antar negara sebagai anggota masyarakat internasional. Hal ini berimplikasi terhadap pembatasan kebebasan negara untuk bertindak – dalam lingkup wilayah yuridiksinya – maupun membuat suatu perjanjian yang mengikat dirinya. Dapat dikatakan bahwa *jus cogens* memiliki kekuatan yang sangat besar, dan tampaknya telah dianggap memiliki eksistensi yang tidak ada duanya.

Pengakuan *jus cogens* sebagai norma hukum internasional tidak langsung membuatnya terhindar dari permasalahan. Ketiadaan kualifikasi suatu norma sebagai *jus cogens*, membuat *jus cogens* tidak mudah untuk diidentifikasi.⁷ Barangkali hal inilah yang dialami oleh *International Law Commission* (ILC) dalam merancang Pasal 53 Konvensi Wina 1969. Walaupun demikian, ada beberapa ahli yang mencoba memberikan contoh atau batasan-batasan *jus cogens*, seperti yang dikemukakan oleh Waldock dan L. Rozakis.

Menurut Christos L. Rozakis dalam buku *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Waldock merumuskan beberapa hal dalam suatu perjanjian internasional yang dapat membatalkan pemberlakuan perjanjian itu sendiri karena melanggar *jus cogens*,

⁵ Harry Purwanto, "Keberadaan Asas Rebus Sic Stantibus dalam Perjanjian Internasional", *Jurnal Opinio Juris*, Volume 13, Mei-Agustus, 2013, hlm. 51.

⁶ *Ibid.*, hlm. 53.

⁷ Lihat UN.DOC.A/Conf.39/11, *Op. Cit.*, hlm. 301, dan UN.DOC.A/Conf.39/1 Add 1, hlm. 93-94, 97 dan 103.

misalnya penggunaan kekerasan yang bertentangan dengan prinsip-prinsip dalam Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa, tindakan yang dikategorikan oleh hukum internasional sebagai kejahatan internasional, tindakan yang menurut hukum internasional dimintakan kerjasama dalam penjatuhan sanksinya atau penindasannya oleh setiap negara.⁸ Sedikit berbeda dengan Waldock, L. Rozakis langsung memberikan contoh *jus cogens* secara konkrit, yaitu larangan penggunaan kekerasan, prinsip kebebasan laut, dan hak-hak asasi manusia, termasuk hak penentuan nasib sendiri suatu bangsa (*self-determination*).⁹

Selain Waldock dan Rozakis, Nahklik juga menyampaikan pendapatnya tentang *jus cogens*. Ia mengajukan sikap yang menyatakan bahwa *jus cogens* dapat diamati sebagai praktek yang konkrit. Larangan melakukan genosida, pengakuan atas kebebasan laut lepas, atau kepatuhan terhadap Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa disebutnya sebagai gambaran konkrit dari *jus cogens*.¹⁰

Dari beberapa contoh di atas, timbul pertanyaan apakah contoh atau batasan-batasan *jus cogens* tersebut memang tepat? Untuk menjawab pertanyaan ini perlu merujuk pada syarat atau kualifikasi bagi suatu norma untuk dapat menjadi *jus cogens*. Yang menjadi

persoalan adalah bahwa syarat-syarat tersebut tidak jelas. Ketidakjelasan ini yang membuat *jus cogens* dikategorikan sebagai norma yang kontroversial karena dapat digunakan secara sewenang-wenang oleh negara-negara tertentu untuk menentukan *jus cogens* dalam rezim hukum yang berlawanan.

Permasalahan yang melekat pada *jus cogens* tidak hanya berkaitan dengan syarat-syarat yang telah disebutkan sebelumnya, tetapi juga berkaitan dengan pemberlakuannya. Dalam hal ini, apakah *jus cogens* yang ditentukan dan diakui akan secara langsung mengikat semua negara secara keseluruhan ataukah hanya mengikat negara-negara yang mengakuinya saja? Mengenai hal tersebut, terdapat perbedaan pendapat diantara para ahli hukum internasional.

Artikel ini akan menguraikan beberapa hal yaitu *pertama*, pengertian *jus cogens* secara definitif menurut pandangan beberapa ahli hukum internasional dengan maksud untuk memperjelas pengertian *jus cogens* dalam hukum internasional. *Kedua*, fungsi dari *jus cogens* itu sendiri. *Ketiga*, penulis akan mencoba menyimpulkan beberapa hal yang menjadi persyaratan bagi suatu ketentuan untuk disebut sebagai *jus cogens* berdasarkan ketentuan Pasal 53 Konvensi Wina 1969 dengan di dukung oleh pendapat beberapa ahli hukum internasional.

Uraian ini diakui oleh penulis hanya sebagai pedoman untuk mengurangi kesulitan dalam mengidentifikasi *jus cogens* bukan menghilangkan kesulitan penentuan norma *jus cogens*. Di akhir

⁸ F. A. Whisnu Sutemi, 1989, *Identifikasi dan Reformulasi Sumber-Sumber Hukum Internasional*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 105.

⁹ *Ibid.*, hlm. 106.

¹⁰ S.E Nahklik, "The Grounds of Invalidity and Termination of Treaties", *American Journal of International Law*, Volume 65, Nomor 5, Oktober, 1971, hlm. 745.

tulisan ini penulis akan menjelaskan mengenai validitas norma *jus cogens* berkaitan dengan syarat-syarat yang telah penulis uraikan sebelumnya. Pembahasan ini dimaksudkan untuk menjawab permasalahan hukum mengenai bagaimana suatu norma dalam hukum internasional dapat diidentifikasi sebagai *jus cogens* dan bagaimana validitas dari *jus cogens* tersebut. Dengan demikian, diharapkan dapat memberikan kontribusi yang baik dalam rangka pembentukan hukum internasional yang lebih demokratis, yakni tidak berdasarkan kesewenangan semata.

B. Pembahasan

1. Konsep *Jus Cogens* Dalam Hukum Internasional

Dalam hukum internasional dikenal sebuah konsep yang disebut sebagai *jus cogens* atau norma pemaksa dalam hukum internasional (*peremptory norm of international law*). *Jus cogens* diartikan secara sederhana sebagai ketentuan hukum internasional yang telah diterima dan diakui oleh masyarakat internasional, dan ketentuan tersebut tidak dapat disimpangi, atau dikecualikan oleh ketentuan hukum lain. Meskipun konsep ini dikatakan bersumber pada periode di mana doktrin hukum alam dikembangkan, tetapi sebenarnya konsep ini pertama kali dikembangkan oleh kelompok yang disebut *stoics* pada abad ke IV setelah masehi.¹¹

¹¹ Rafael Nieto-Navia, 2003, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, Kluwer Law International, The Hague, hlm. 597.

Kaum *Stoics* mengembangkan sebuah teori yang menyatakan bahwa hukum harus diterapkan pada skala internasional berdasarkan *universal reasoning*, dan bukan pada kebangsaan atau ras individu melainkan untuk kepentingan umum.¹² Pemikiran ini kemudian berlanjut hingga abad ke XVI di mana Grotius dan penulis-penulis klasik lainnya menyatakan bahwa ada prinsip tertentu yang setara dengan *jus naturale necessarium* (*necessary natural law*) yang tidak dapat diubah, bahkan oleh Tuhan sekalipun. Dengan demikian suatu perjanjian maupun kebiasaan dianggap tidak sah apabila melanggar 'hukum yang penting' ini. Prinsip ini berlaku bagi negara-negara di dunia tanpa kecuali.¹³ Pada tahun 1953, konsep ini diperkenalkan oleh Hersh Lauterpacht dalam rancangan konvensi tentang perjanjian internasional sebagai suatu prinsip dalam tertib hukum internasional¹⁴, yang kemudian diterima oleh masyarakat internasional dalam Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional sebagai *jus cogens*.

Jus cogens diatur dalam Pasal 53 Konvensi Wina 1969, Bagian V perihal pembatalan, berhenti berlaku dan penundaan berlakunya perjanjian. Ketentuan pada pasal tersebut menyatakan sebagai berikut.

"A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, hlm. 598.

¹⁴ Jean Allain, "The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement", *International Journal of Refugee Law*, Volume 13, Nomor 4, Tahun 2001, hlm. 534-538.

a peremptory norm of a general international law. For the purpose of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of states as a whole as norm from modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”

Berdasarkan ketentuan tersebut, yang dimaksud dengan *jus cogens* adalah norma yang diterima dan diakui oleh masyarakat internasional secara keseluruhan, sebagai norma yang tidak dapat dilanggar (*a norm from which no derogation is permitted*) dan hanya dapat diubah oleh suatu norma dasar hukum internasional umum baru yang mempunyai sifat yang sama. Pasal 64 Konvensi Wina 1969 juga menetapkan bahwa dalam hal timbulnya suatu *jus cogens* yang baru, semua perjanjian internasional yang bertentangan dengan *jus cogens* tersebut menjadi batal.¹⁵ Adapun bunyi Pasal 64 Konvensi Wina 1969 adalah

“ If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminate.”

Mengenai pengertian norma dasar atau yang pada umumnya dikenal sebagai *jus cogens* itu sendiri belum ada kesepakatan. Terdapat perbedaan pendapat para ahli hukum internasional, antara yang menerima norma dasar ini

dan yang menolaknya. Schwarzenberger merupakan tokoh yang menolak dengan keras *jus cogens* dalam hukum internasional. Ia berpendapat bahwa *jus cogens* tidak dapat diberlakukan atau dikenakan kepada semua pihak atau perjanjian internasional yang dibuat. Menurutnya, pengakuan konsep *jus cogens* dalam hukum internasional hanya sebatas merupakan *de lege ferenda buka de lege lata*.¹⁶ Schwarzenberger mengakui bahwa melalui konsensus bilateral dan multilateral suatu peraturan yang bersifat *jus cogens* dapat dibentuk *inter partes*. Dengan demikian akibat hukumnya hanya terbatas pada pihak-pihak yang membuat perjanjian.

Schwarzenberger, pada tahun 1965, menuliskan bahwa hukum internasional pada tingkat masyarakat internasional tidak mampu membuktikan eksistensi *jus cogens*.¹⁷ Ia berkeyakinan bahwa konsep *jus cogens* hanya dapat dijumpai pada sistem-sistem hukum yang dilengkapi dengan badan-badan esekutif, legislatif, maupun yudikatif yang memiliki kekuatan hukum penuh. Hukum internasional tidak memiliki kelengkapan¹⁸ sebagaimana yang dimaksud oleh Schwarzenberger, sehingga dalam hal ini menurutnya hukum internasional tidak mengandung peraturan-peraturan yang memiliki

¹⁵ Budiono Kusumohamidjojo, 1986, *Suatu Studi terhadap Aspek Operasional: Konvensi Wina Tahun 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional*, Binacipta, Bandung, hlm. 46.

¹⁶ G. J. H. Van Hoof, 1983, *Rethinking the Sources of International Law*, Usselstein, Netherlands. Terjemahan oleh Hata, 2000, *Pemikiran Kembali Sumber-Sumber Hukum Internasional*, Yayasan Hak Asasi Manusia, Demokrasi dan Supremasi Hukum, Bandung, hlm. 316.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ D.J. Harris, 2004, *Cases and Materials on International Law*, Sixth Edition, Sweet & Maxwell, London, hlm. 3-4.

sifat *jus cogens*.¹⁹ Di sisi lain, ada beberapa tokoh yang berpendapat bahwa *jus cogens* adalah fakta dalam hukum internasional. Tokoh-tokoh tersebut antara lain Verdross, Brierly, Lauterpacht, Milan Bartos, dan Gregorii Tunkin. Meskipun para ahli ini mengakui eksistensi *jus cogens* dalam hukum internasional, namun tampaknya belum ada kesepakatan mengenai isi dan penerapan dari *jus cogens*.²⁰

Bukan hanya perbedaan pendapat diantara para ahli, pengakuan dan pengaplikasian *jus cogens* oleh pengadilan-pengadilan internasional juga berbeda satu dengan yang lain. Di dalam putusan *International Court of Justice* (ICJ) atas kasus *the Arrest Warrant of 11 April 2000* antara *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (Kongo v. Belgia) tertanggal 14 Februari 2002 masih menggunakan *jus cogens* secara terbatas dalam penyelesaian kasus tersebut.

Kasus Republik Kongo v. Belgia bermula pada saat Belgia mengeluarkan Surat Perintah Penangkapan secara *in absentia* terhadap Abdoulaye Yerodia Ndombasi tertanggal 11 April 2000 atas tuduhan pelanggaran Konvensi Jenewa 1949 dan protokol tambahannya, serta kejahatan kemanusiaan. Yerodia dituduh melakukan penghasutan kebencian rasial lewat pidato-pidatonya kepada rakyat Kongo untuk menyerang penduduk Tutsi di Rwanda – yang mengakibatkan banyaknya korban jiwa yang meninggal dunia. Belgia mengirim surat perintah penangkapan

melalui Interpol dan mengedarkannya ke semua negara, termasuk Republik Kongo. Surat Perintah itu meminta negara untuk menangkap, menahan, dan mengekstradisi Yerodia ke Belgia. Belgia menyatakan bahwa dirinya berwenang berdasarkan Yuridiksi Universal untuk melakukan penangkapan atas Abdoulaye Yerodia Ndombasi.²¹

Menanggapi tindakan Belgia tersebut, pada tanggal 17 Oktober 2000, Republik Kongo mengajukan tuntutan atas Belgia ke ICJ. Dalam tuntutan tersebut, Kongo berpendapat bahwa Belgia telah melanggar prinsip persamaan kedaulatan di antara negara-negara anggota PBB, sebagaimana tercantum dalam Pasal 2 ayat (1) Piagam PBB, dan kekebalan diplomatik Menteri Luar Negeri suatu Negara berdaulat, sebagaimana diakui oleh yurisprudensi Pengadilan dan sesuai dengan Pasal 41 ayat (2) Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik.²² Perlu juga diketahui bahwa pada saat Surat Perintah Penangkapan dikeluarkan, Yerodia masih menjabat sebagai Menteri Luar Negeri Republik Kongo, namun setelah tuntutan tersebut diajukan, Yerodia berhenti dari jabatannya sebagai Menteri Luar Negeri. Hal inilah yang kemudian menjadi salah satu alasan dari Belgia untuk mengajukan keberatannya dengan menyatakan bahwa Yerodia bukan lagi Menteri Luar Negeri sehingga

¹⁹ G. J. H Van Hoof, *Op. Cit.*, hlm. 317.

²⁰ Budiono Kusumohamidjojo, *Op. Cit.*, hlm. 46.

²¹ International Court of Justice, "Overview of the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)", <http://www.icj-cij.org/en/case/121>, diakses 16 Juni 2018.

²² International Court of Justice, 2002, *Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, International Court of Justice, Netherlands, hlm. 7.

dalam hal ini tidak ada lagi perselisihan hukum yang terjadi antara Belgia dan Republik Kongo. Semua keberatan Belgia berkaitan dengan yuridiksi pengadilan ditolak oleh ICJ²³, dan ICJ menyampaikan kesimpulannya atas kasus tersebut sebagai berikut.²⁴

“The Court concludes from the foregoing that it has jurisdiction to entertain the Congo’s Application, that the Application is not without object and that accordingly the case is not moot and that the Application is admissible. Thus, the Court now turns to the merits of the case.”

Sehubungan dengan tuntutan Republik Kongo untuk menguji keabsahan Surat Perintah Penangkapan tertanggal 11 April 2000, ICJ menyatakan bahwa Penerbitan dan peredaran Surat Perintah Penangkapan melanggar kewajiban internasional Belgia terhadap Kongo. Belgia gagal menghormati dan melanggar, kekebalan dan keistimewaan yang dinikmati oleh Yerodia di bawah hukum internasional.²⁵ ICJ menolak pendapat Belgia bahwa Menteri tidak menikmati kekebalan karena dia dituduh telah melakukan kejahatan perang atau kejahatan terhadap kemanusiaan. Argumentasi Belgia ini di dasarkan pada Kasus Pinochet (diputuskan oleh House of Lords, UK), Kasus Qaddafi (diputuskan oleh Pengadilan Kasasi Prancis) dan Statuta Pengadilan Pidana Internasional dan Tribunal.

²³ *Ibid.*, hlm. 12-18.

²⁴ *Ibid.*, hlm. 20.

²⁵ *Ibid.*, hlm. 32.

ICJ menyatakan bahwa tidak ada pengecualian dalam hukum kebiasaan internasional yang dapat membatasi kekebalan mutlak seorang Menteri Luar Negeri saat ini. ICJ mendapatkan kesimpulan ini tidak dengan memperhitungkan *norma jus cogens* terhadap kedaulatan.

”It (the Court) has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers of Foreign Affairs, when they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity [...] The Court has also examined the rules concerning the immunity or criminal responsibility of persons having an official capacity contained in the legal instruments creating international criminal tribunals, and which are specifically applicable [...] It finds that these rules likewise do not enable it to conclude that any such an exception exists in customary international law in regard to national courts.”²⁶

Berbeda dengan ICJ, *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)* dalam Kasus *Prosecutor v. Anto Furundžija* secara tegas mengakui eksistensi *jus cogens* dan menerapkannya untuk menyelesaikan kasus Anto

²⁶ *Ibid.*, hlm. 25.

Furundžija, seorang komandan unit khusus Dewan Pertahanan Kroasia yang disebut *Jokers*. Anto Furundžija dibawa ke ICTY karena melakukan kejahatan terhadap Muslim Bosnia yang diinterogasi di markas besarnya (*Jokers*) di Nadioci (Bosnia dan Herzegovina) pada Mei 1993. Selama interogasi, mereka yang ditahan menjadi korban kekerasan seksual, perkosaan, penderitaan fisik dan mental.²⁷

Berdasarkan proses pemeriksaan dan pembuktian, Trial Chamber II mendapati bahwa unsur-unsur kejahatan perang, termasuk penyiksaan, telah terpenuhi dan menyatakan bahwa Furundžija bersalah atas kejahatan ini sebagai pelaku bersama (*co-perpetrator*).²⁸ Selain itu, Furundžija juga dinyatakan bersalah melakukan kejahatan perang atas penyerangan martabat pribadi, termasuk pemerkosaan – meskipun Furundžija tidak secara pribadi melakukan kejahatan, melainkan kehadiran dan tindakannya hanya membantu dan mendukung tindakan pemerkosaan.²⁹ Menariknya, dalam pertimbangan Hakim ICTY dikatakan bahwa larangan akan penyiksaan merupakan *jus cogens* (*peremptory norm*) yang tidak dapat disimpangi.³⁰

“Because of the importance of the values it protects, this principle

²⁷ United Nations, 1998, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 : Case No. IT-95-17/1-T, United Nations, Den Haag, hlm. 17.

²⁸ *Ibid.*, hlm. 101-102.

²⁹ *Ibid.*, hlm. 102-103.

³⁰ *Ibid.*, hlm. 58.

(principle proscribing torture) has evolved into a peremptory norm or jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even “ordinary” customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force.” (Cetak tebal oleh penulis)

Terlepas dari segala perbedaan pendapat dan implementasi atas *jus cogens*, ada beberapa ahli yang mencoba memberikan pandangannya terkait dengan definisi *jus cogens*, yaitu sebagai berikut.

- a. Suy menyatakan pendapatnya dengan memberikan batasan terhadap *jus cogens* sebagai berikut.³¹

“ [...] the body of those general rules of law whose non observance may effect the very essence of the legal system to which they belong to such an extent that the subject of law may not, under pain of absolute nullity depart from them in virtue of particular agreements[...].”

³¹ Yudha Bhakti Ardhiwisastra, 2003, *Hukum Internasional Bunga Rampai*, Alumni, Bandung, hlm. 168.

b. Lord McNair³² menyamakan *jus cogens* dengan *imperative provision*. McNair mendefinisikan *jus cogens* sebagai norma yang imperatif atau memaksa. Dalam teori hukum umum, setiap sistem hukum dikatakan mengandung norma-norma umum karakter imperatif yang ketentuan hukumnya tidak dapat dimodifikasi atau disisihkan dalam hubungan kontraktual. Kaidah hukum imperatif ini yang merupakan *jus cogens*. *Jus cogens* dibedakan dari *jus dispositivum* yang dapat dikurangi dengan *private contracts*. Demi kepentingan masyarakat secara keseluruhan, norma *jus cogens* ditetapkan di atas kehendak para pihak dalam sebuah perjanjian dan secara mutlak mengikat mereka dalam membatasi hak mereka untuk menentukan isi kesepakatan mereka.³³ Dengan kata lain, *Jus cogens* mengikat para pembentuk hukum internasional dengan memaksakan normanya.³⁴ Lebih lanjut McNair menjelaskan bahwa ia lebih memilih untuk memberikan ilustrasi atau contoh-contoh dari ketentuan-ketentuan *jus cogens* daripada memberikan batasan mengenai *jus cogens* itu sendiri. McNair memberi contoh ketentuan-ketentuan yang

telah diterima, baik secara tegas maupun secara diam-diam dalam hukum kebiasaan internasional dan aturan yang lebih diutamakan untuk melindungi kepentingan umum masyarakat internasional. Sebagai contoh adalah ketentuan yang melarang perang agresi, genosida, ketentuan-ketentuan mengenai perbudakan, pembajakan dan tindakan kriminal lainnya terhadap kemanusiaan, *self-determination* dan hak asasi manusia.

c. L. Rozakis memberikan pendapatnya mengenai *jus cogens* sebagai berikut.³⁵

“In all major system subject are free, it is true, to contract out of rules of law in their inter se relations; that freedom, however, is conditional. There are general rules of law which exclude the conclusion of particular contractual arrangements of conflicting with them by actually prohibiting derogation from their content and by threatening with invalidity any attempt of violation of that prohibition. These rules are usually called jus cogens.”

Berdasarkan penjelasan diatas, dapat dikatakan bahwa pada prinsipnya negara mempunyai kebebasan untuk membentuk hukum, menentukan isi perjanjian internasional yang dibuatnya, tetapi kebebasan tersebut ada batasannya. Batasan inilah yang merupakan *jus cogens* yang mempunyai kedudukan lebih tinggi atas kebebasan berkontrak negara untuk

³² Syahmin A. K, 1985, *Hukum Perjanjian Internasional menurut Konvensi Wina 1969*, Armico, Bandung, hlm. 53.

³³ Merlin M. Magallona, 1976, “The Concept of Jus Cogens in the Vienna Convention on the Law of the Treaties”, *Philippine Law Journal*, Volume 51, 1976, hlm. 521.

³⁴ Wagiman dan Anasthasya Saartjie Mandagi, 2016, *Terminologi Hukum Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 210.

³⁵ F. A Whisnu Sutemi, *Op. Cit.*, hlm. 100.

membuat perjanjian internasional. Hal inilah yang membuat *jus cogens* menjadi penting dalam masyarakat internasional.

Tidak perlu diragukan lagi bahwa *jus cogens* juga merupakan bagian dari hukum internasional. Tampaknya tidak beralasan juga jika menganggap *jus cogens* hanya ditemukan dalam sistem-sistem hukum yang terstruktur dan hierarkis saja atau tidak ada dalam sistem konsensual murni seperti hukum internasional.³⁶ Memang benar hukum internasional tidak dapat bertumpu pada suatu kekuatan paksa (*overwhelming physical force*). Kekuatan hukum internasional terletak pada kesepakatan yang dicapai oleh Negara-negara tentang isi peraturan hukum internasional sekaligus mengakui kekuatan mengikatnya. Hal ini juga sama dengan konsep *jus cogens*, di mana pembentukannya diserahkan kepada kesepakatan negara-negara yang memberikan kekuatan mengikat yang lebih besar kepadanya. Ketika sudah ditentukan maka *jus cogens* tersebut ada dan diakui.³⁷

Eksistensi dan penerapan *jus cogens* dalam pranata hukum internasional tidak hanya terbatas pada Konvensi Wina 1969 melainkan juga dalam seluruh sistem hukum internasional secara umum. Artinya, sifat yang tidak dapat disimpangi dan kekuatan memaksa dari *jus cogens* tidak hanya berlaku dalam hal pembuatan perjanjian internasional saja, melainkan juga meliputi semua tindakan negara sebagai anggota masyarakat internasional dalam kerangka hukum

internasional.³⁸ Dengan adanya penegasan ini, hendak disampaikan bahwa tindakan dan interaksi negara-negara dibatasi dalam kerangka sistem internasional.

2. Fungsi *Jus Cogens*

Secara konseptual *jus cogens* mempunyai tiga fungsi, yaitu

a. Sebagai pembatasan kehendak negara

Fungsi ini berangkat dari pemikiran bahwa setiap negara secara yuridis mempunyai kedudukan yang setara (*equal*) dan menikmati hak yang sama. Hal ini diatur dalam Konvensi Montevideo Tahun 1933 tentang Hak dan Tugas Negara, khususnya Pasal 4. Konsekuensinya, tidak ada satu negara pun yang dapat menerapkan kekuasaan atau hukumnya kepada negara lain, apalagi dengan maksud untuk mencampuri urusan dalam negeri suatu negara (*non-intervention*), yang telah ditegaskan dalam Piagam PBB, khususnya Pasal 2 ayat (7). Dengan adanya pengakuan prinsip non-intervensi, negara dapat secara bebas menentukan langkah apa saja yang perlu atau tidak perlu dilakukan dalam rangka kepentingan nasional. Hal ini dipahami demikian sebab negara mempunyai kedaulatan (*sovereignty*) untuk melakukan hal tersebut.

³⁶ G. J. H Van Hoof, *Op. Cit.*, hlm. 317.

³⁷ *Ibid.*, hlm. 318.

³⁸ Sigit Riyanto, "The Refoulement Principle and Its Relevance in the International Law System", *Indonesia Journal of International Law*, Volume 7, Nomor 4, Juli, 2010, hlm. 744.

Kedaulatan dapat dipandang dalam aspek internal dan eksternal.³⁹ Kedaulatan internal berhubungan dengan kekuasaan negara untuk mengatur negaranya sendiri dalam batas-batas lingkungan wilayahnya.⁴⁰ Kedaulatan tersebut mencakup kewenangan dan kekuasaan untuk membentuk hukum, mendapatkan ketundukan, dan menyelesaikan permasalahan yang terjadi di dalam yurisdiksinya. Semua hal ini berkaitan dengan kegiatan yang dijalankan oleh lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif dari suatu negara.⁴¹ Berbeda dengan kedaulatan internal yang hanya berhubungan dengan *non-state actor*, kedaulatan eksternal lebih mengarah pada kemampuan negara untuk melakukan hubungan internasional dengan negara lain.⁴² Hubungan ini pada umumnya diwujudkan dengan pembuatan perjanjian-perjanjian internasional yang mengatur hal tertentu sesuai kebutuhan para pihak.

Negara peserta dapat secara bebas menentukan bentuk, jenis, dan isi dari perjanjian yang hendak dibuatnya. Kebebasan ini berkaitan dengan pelaksanaan asas *pacta sunt servanda*. Dalam proses pembuatan perjanjian internasional tersebut, para pihak akan

membawa kepentingan nasionalnya, bahkan tidak tanggung-tanggung akan mendasarkan tindakan mereka dengan menggunakan hukum nasional negaranya masing-masing. Hal ini akan membuka peluang terhadap tindakan pelanggaran hukum internasional. Para pihak dengan kebebasan yang dimilikinya dapat juga membuat aturan yang membenarkan tindakan mereka dari yang melanggar menjadi tidak melanggar.⁴³

Selain peserta perjanjian mempunyai kebebasan dalam membentuk hukum, mereka juga dapat mengakui atau tidak mengakui suatu ketentuan hukum. Akibatnya, kewajiban-kewajiban dan larangan-larangan dalam hukum internasional dapat tidak ditaati oleh mereka, apabila memang para pihak dalam perjanjian menolak untuk mengakui ketentuan hukum tersebut.⁴⁴ Hal ini dikhawatirkan akan disalahgunakan oleh negara-negara apabila berada dalam situasi penyelesaian suatu masalah dalam wilayah negaranya. Pada posisi ini jika tetap bersandar pada prinsip non-intervensi dan kedaulatan negara yang bersifat absolut dan eksklusif⁴⁵ maka dapat dipastikan bahwa bukan hukum yang berlaku, tetapi tindakan sewenang-wenang. Sifat kedaulatan negara yang absolut dan eksklusif digambarkan oleh Bodin sebagai "*postestas legibus solute*" atau "*legibus solutus*" yaitu kekuasaan yang mutlak dan berada di atas hukum. Hal ini kemudian akan

³⁹ David Held, "Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty", *Legal Theory*, Volume 8, Nomor 2, 2002, hlm. 3.

⁴⁰ Yudha Bhakti, "Perkembangan Arti Kedaulatan Negara dalam Praktek Internasional", *Pro Justitia*, No. 17, Maret 1982, hlm. 19-36, dalam Syahmin A.K, *Op. Cit.*, hlm. 7.

⁴¹ Martin Dixon dan Robert McCorquodale, 2003, *Cases and Materials on International Law*, Oxford University Press, New York, hlm. 269.

⁴² Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, 2006, *Hukum Internasional Kontemporer*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 173.

⁴³ F. A Whisnu Sutemi, *Op. Cit.*, hlm. 102.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Jost Delbrueck, "International Protection of Human Rights and State Sovereignty", *Indiana Law Journal*, Volume 57, Issue 4, Article 3, 1982, hlm. 569.

menjadi penghalang bagi pertumbuhan masyarakat internasional, dan sekaligus bagi perkembangan hukum internasional yang mengatur kehidupan masyarakat internasional, secara khusus negara.⁴⁶

Berdasarkan hal tersebut, hadirnya *jus cogens* sebagai norma pemaksa untuk membatasi kehendak bebas negara – dalam pembuatan perjanjian internasional maupun dalam interaksi dan tindakannya – sangat penting dalam hukum internasional. *Jus cogens* akan memastikan kekuasaan negara itu tetap berada pada koridor yang seharusnya yaitu untuk menjaga ketertiban internasional, dan keadilan.

b. Sebagai pengakuan atas pranata ilegal objektif

Sifat dari *jus cogens* sebagai norma pemaksa menghendaki negara-negara untuk menaati aturan hukum yang merupakan *jus cogens*. Jika terdapat tindakan unilateral dari negara atau perjanjian internasional yang bertentangan dengan *jus cogens*, maka tindakan atau perjanjian internasional tersebut tidak berdasarkan atas hukum atau menjadi batal. Tindakan atau perjanjian yang tidak berdasarkan atas hukum tersebut merupakan ilegalitas objektif.⁴⁷ *Jus cogens* menjadikan dirinya sebagai suatu norma yang dapat menentukan tindakan negara itu sah atau tidak berdasarkan hukum. Hal ini berkaitan dengan fungsi *jus cogens* sebagai pengakuan atas pranata ilegalitas objektif.⁴⁸

⁴⁶ Frans E. Likadja, 1988, *Desain Instruksional Dasar Hukum Internasional*, Ghalia, Jakarta, hlm. 29.

⁴⁷ F. A Whisnu Suteni, *Ibid.*, hlm. 103.

⁴⁸ *Ibid.*

Perlu dikemukakan disini bahwa ilegalitas objektif berbeda dengan ilegalitas subjektif. Ilegalitas subjektif muncul ketika ada protes dari suatu negara yang menjadi korban atas tindakan hukum tertentu. Tindakan hukum ini diprotes oleh negara tersebut sebagai tindakan illegal, dan kemudian terbukti bahwa memang tindakan tersebut adalah illegal. Sebagai contoh, dalam pembuatan perjanjian internasional, negara A berlaku curang kepada negara B. Tindakan negara A akan tetap dianggap legal selama tidak ada protes dari negara B. Tindakan negara A menjadi illegal dan perjanjian internasional tersebut batal setelah negara B melakukan protes dan berhasil membuktikan bahwa tindakan negara A sebagai tindakan yang tidak sah. Hal ini tentu berbeda dengan ilegalitas objektif. Ilegalitas objektif berarti pengakuan secara objektif terhadap suatu yang illegal. Maksudnya begitu suatu tindakan atau perjanjian yang melawan hukum terjadi maka tindakan atau perjanjian tersebut otomatis dianggap ilegal, karenanya menjadi tidak sah atau batal. Dalam hal ini dapat diandaikan bahwa begitu perbuatan illegal dilakukan, semua negara melakukan protes.

c. Sebagai pembentuk sistem hukum internasional vertikal

Jika *jus cogens* disandingkan dengan ketentuan hukum yang tidak memiliki sifat yang sama dengan *jus cogens* akan menimbulkan dua tipe kaidah hukum, yaitu norma superior dan inferior antara

jus cogens dan *jus dispositivum*.⁴⁹ Alfred Verdross dalam tulisannya yang berjudul *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, mengemukakan pendapatnya bahwa perbedaan mendasar antara *jus cogens* dan *jus dispositivum* terletak pada kriteria dari masing-masing norma tersebut. *Jus cogens* dibentuk bukan untuk memenuhi kebutuhan negara secara individu, melainkan untuk kepentingan negara secara kolektif (masyarakat internasional), dan bersifat absolute, sedangkan *jus dispositivum* bersifat relatif, sebab hak dan kewajiban yang diciptakan hanya menyangkut kepentingan masing-masing negara.⁵⁰

Advisory Opinion ICJ tertanggal 28 Mei 1951 berkaitan dengan Reservasi Konvensi Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida juga mengakui dua kategori hukum internasional umum tersebut (*jus cogens* dan *jus dispositivum*). ICJ menyatakan pendapatnya dalam *Advisory Opinion Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* tanggal 28 Mei 1951 sebagai berikut.

“The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. [...] In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the raison d’être of the convention.

⁴⁹ Jean Allain, *Op. Cit.*, hlm. 534-535.

⁵⁰ Alfred Verdross, “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, *American Journal of International Law*, Volume 60, Nomor 1, Januari, 1966, hlm. 58.

Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties.”(cetak tebal oleh penulis)

Berdasarkan penjelasan di atas, *jus dispositivum* dapat diartikan sebagai norma hukum internasional yang diakui oleh masyarakat internasional, tetapi dimungkinkan bagi norma tersebut untuk disimpangi atau dimodifikasi berdasarkan syarat dan kondisi tertentu.⁵¹ Berbeda dengan *jus dispositivum*, *Jus cogens* tidak dapat dikalahkan oleh ketentuan hukum lainnya, kecuali muncul norma baru yang sudah baku dalam hukum internasional sebagai *jus cogens*.⁵² Hal ini diatur dalam Pasal 64 Konvensi Wina 1969. Dengan demikian *jus cogens* berkedudukan sebagai kaidah hukum yang superior atas *jus dispositivum* sebagai kaidah hukum inferior. Akibat dari perbedaan ini ialah terciptanya suatu hierarki hukum dengan sistem hukum vertikal, disamping sistem hukum horizontal dalam latar internasional. Hierarki dalam hukum internasional ini ditentukan berdasarkan jenis atau tipe hukum, dan bukan berdasarkan bentuk hukum.⁵³

3. Identifikasi Dan Validitas Norma Jus Cogens Dalam Hukum Internasional

Tentu sangat sulit untuk mengidentifikasi suatu ketentuan hukum yang memiliki kualifikasi sebagai *jus*

⁵¹ Sigit Riyanto, *Op. Cit.*, hlm. 744.

⁵² Sumaryo Suryokusumo, 2008, *Hukum Perjanjian Internasional*, Tatanusa, Jakarta, hlm. 134.

⁵³ F. A Whisnu Suteni, *Op. Cit.*, hlm. 104.

cogens. Kesulitan ini membuka peluang kepada interpretasi yang berbeda-beda, akhirnya ada perbedaan pendapat diantara para ahli hukum. Ada pula beberapa pendapat yang menentang keras *jus cogens* karena dipandang tidak mampu memberikan jaminan kepastian hukum, terutama dalam hal pengakhiran perjanjian internasional yang bertentangan dengan *jus cogens*. Ketidakpastian ini juga mengindikasikan adanya tindakan sewenang-wenang beberapa negara untuk menentukan sendiri *jus cogens*, padahal sebenarnya hal tersebut bukanlah *jus cogens*. Akibatnya, pembentukan hukum internasional tidak lagi demokratis.⁵⁴ Mengingat adanya celah tersebut, sangat diperlukan untuk menentukan tolak ukur dalam mengidentifikasi norma *jus cogens*.

International Law Commission sebagai komisi yang bertugas untuk mengkodifikasikan hukum perjanjian internasional mengalami kesulitan dalam memberikan formulasi yang tepat mengenai pengertian *jus cogens*. Hal ini disampaikan dalam laporan ILC sebagai berikut.⁵⁵

“The formulation of the article is not free from difficulty, since there is no simple criterion by which to identify a general rule of international law as having the

character of jus cogens. Moreover, the majority of the general rules of international law do not have that character, and States may contract out of them by treaty.”

Selain itu, lebih lanjut ILC memberikan alasan mengapa *jus cogens* ini tidak diatur secara definitif, yaitu.⁵⁶

“The mention of some treaties void for conflict with a rule of jus cogens (even with the most careful drafting), lead to misunderstanding as to the position concerning rather not mentioned in the article. If the Commission were to attempt to draw up (even on a selective basis), a list of rules of international law which are to be regarded as having the of jus cogens, it might itself engage in a prolonged study of matters which fall outside scope of the present article.”

Tampaknya, ILC mencoba memberikan ruang bagi penafsiran atas *jus cogens*. ILC khawatir jika norma-norma *jus cogens* tidak mampu untuk mengakomodasi perubahan-perubahan yang terjadi di masa yang akan datang jika norma-norma yang mempunyai sifat sebagai *jus cogens* diatur secara rigid. Padahal, penentuan ruang dan batasan *jus cogens* itu sangat diperlukan, sebab tidak adanya hal tersebut dikhawatirkan akan digunakan oleh satu pihak untuk tidak menjalankan kewajibannya.

⁵⁴ Sugeng Istanto, 2014, *Hukum Internasional*, Cetakan kelima, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 103.

⁵⁵ United Nations, 1966, *Documents of the Second Part of the Seventeenth Session and of the Eighteenth Session including the Reports of the Commission to the General Assembly: Year Book of the International Law Commission Volume II*, United Nations, New York, hlm. 247-248.

⁵⁶ Virgayani Fattah, “Hak Asasi Manusia sebagai Jus Cogens dan Kaitannya dengan Hak atas Pendidikan”, *Yuridika*, Volume 32, Nomor 2, Mei, 2017, hlm. 357.

Selama Konferensi Wina berlangsung, salah satu delegasi Perancis, M. Hubert, menyatakan permasalahan yang dapat ditimbulkan dengan diadopsinya konsep *jus cogens*. Secara khusus, Hubert menunjukkan hal-hal berikut ini sebagaimana yang dikutip oleh Rafael Nieto-Navin.

- “1. *He expressed a general concern that the article was imprecise as to scope, formation and effect. He stated that “it declared void...an entire category of treaties but failed to specify what treaties they were, what were the norms whereby they would be voided, or how those norms would be determined.*
2. *He stated that imprecision in the article would mean that disputes would become a permanent feature in its interpretation and as a result both legal instruments and international relations would be undermined.*
3. *He stated that if the article was interpreted to mean that a majority of States could create rules of jus cogens then the result would be the creation of a source of international law subject to no control and lacking all responsibility.”⁵⁷*

Dari pernyataan tersebut ada tiga hal yang menjadi kekhawatiran dari Hubert yaitu pertama mengenai bagaimana menentukan norma *jus cogens* itu sendiri.

Kedua, dengan adanya interpretasi atas *jus cogens* membuka peluang akan adanya konflik antara instrumen hukum dan hubungan internasional. Ketiga, dikarenakan mayoritas negara dapat menciptakan *jus cogens*, akibatnya menjadi tidak terkontrol. Jika melihat permasalahan yang dikemukakan oleh Hubert, sebenarnya yang merupakan inti permasalahannya ialah bagaimana menentukan suatu norma itu memiliki sifat sebagai *jus cogens*. Kalau hal ini sudah jelas posisinya, maka permasalahan kedua dan ketiga dapat dicegah, karena ada batasan-batasan tertentu.

Dhokalia⁵⁸, sebagaimana dikutip oleh Budiono Kusumohamidjojo, menyampaikan kritiknya terhadap produk dari ILC dan Konferensi Wina itu sebagai berikut

“*the article relating to jus cogens could be rendered more precise, had there been any understanding about the fundamental rules of international law universally recognized by international community.*”

Diakuinya bahwa *jus cogens* merupakan suatu langkah pengembangan hukum, namun hal tersebut – apabila disertai dengan ketidakjelasan – akan membuka peluang penyalahgunaan. Solusi yang ditawarkan oleh Dhokalia yaitu sebagai berikut.⁵⁹

“*In fact jus cogens is a general concept of law which does not need to be defined especially in*

⁵⁷ Rafael Nieto-Navin, *Op. Cit.*, hlm. 9.

⁵⁸ Budiono Kusumohamidjojo, *Op. Cit.*, hlm. 47.

⁵⁹ *Ibid.*

connection with the law of treaties, and perhaps an effort to codify international jus cogens separately might prove more fruitful if a consensus at the universal level is possible to emerge.”

Meskipun demikian, tampaknya saran dari Dhokalia tidak mendapatkan tanggapan yang berarti dari praktek hukum internasional. Untuk menjawab persoalan tersebut, Kyoji Kawasaki, Profesor Hukum Internasional di Hitotsubashi University, dalam tulisannya yang berjudul *A Brief Note on The Legal Effect of Jus Cogens in International Law*, mengemukakan bahwa dari ketentuan Pasal 53 Konvensi Wina paling tidak memperlihatkan tiga karakteristik dari norma *jus cogens*, yaitu.

- a. *Jus cogens* merupakan *general international law*;
- b. *Jus cogens* merupakan norma yang diterima dan diakui oleh negara-negara sebagai masyarakat internasional secara keseluruhan di mana norma tersebut tidak dapat disimpangi;
- c. Jika ada perjanjian internasional yang bertentangan dengan *jus cogens* maka perjanjian tersebut batal.⁶⁰

Berkaitan dengan poin pertama, Kawasaki mengatakan bahwa jika ungkapan *general international law* mengandung pengertian sesuatu yang mengikat seluruh negara, maka hanya

akan mengacu pada ruang lingkup peraturan hukum internasional. Dengan kata lain, tidak disebutkan secara spesifik sumber hukum internasional yang dimaksud. Dalam hal ini, tentu perjanjian internasional bukanlah peraturan yang menghasilkan peraturan hukum internasional umum karena perjanjian hanya dapat menghasilkan peraturan yang mengikat pihak-pihak yang mengadakan perjanjian. Kemudian mengenai prinsip-prinsip hukum umum (*general principles of law*) berdasarkan Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional, walaupun diakui secara intrinsik terbatas dalam hal penerimaan, nampaknya juga tidak menciptakan peraturan hukum internasional umum dengan sifat *peremptory*. Dengan demikian, hukum kebiasaan internasional adalah satu-satunya kandidat yang tersisa yang dapat menciptakan peraturan hukum internasional umum dengan karakter yang bersifat *peremptory*.⁶¹

Poin kedua adalah norma yang diterima dan diakui oleh masyarakat internasional dari negara-negara secara keseluruhan sebagai norma yang darinya tidak dapat disimpangi. Hukum kebiasaan internasional dipahami sebagai aturan-aturan yang timbul dari praktik negara-negara yang disertai dengan kesadaran hati nurani bahwa kebiasaan tersebut sudah seharusnya dilakukan, atau dengan kata lain adanya *opinio juris*. Hal tersebut juga ditunjukkan dalam putusan Mahkamah Internasional dalam kasus Landas Kontinental Laut Utara pada tahun 1969 yang pada intinya

⁶⁰ Kyoji Kawasaki, "A Brief Note on The Legal Effect of Jus Cogens in International Law", *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, Volume 34, Nomor 2, 2006, hlm. 29.

⁶¹ *Ibid.*

menyatakan bahwa

“One can also say that State practice should be both extensive and uniform and should moreover occur in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved.”⁶²

Bila dibandingkan dengan pembentukan hukum kebiasaan internasional yang mensyaratkan praktek umum yang diterima sebagai hukum, Pasal 53 Konvensi Wina memberikan kriteria bahwa norma *jus cogens* terbentuk apabila norma tersebut diterima dan diakui oleh masyarakat internasional, khususnya negara secara keseluruhan dalam lingkup masyarakat internasional. Persyaratan pembentukan *jus cogens* ini lebih tinggi daripada kriteria pembentukan hukum kebiasaan internasional karena dalam hukum kebiasaan internasional hanya diperlukan persetujuan praktek umum dari mayoritas negara. Hal ini dapat dipahami sebab dalam hukum kebiasaan internasional masih memungkinkan adanya negara yang menolak praktek kebiasaan internasional yang ada. Hal ini sering disebut sebagai *persistent objector*. Bagi *jus cogens* yang karena karakteristiknya bersifat memaksa dan *non-derogable*, maka tidak dimungkinkan sama sekali adanya *persistent objector*.⁶³ Itulah sebabnya ada yang menyebut bahwa *opinio juris* yang berlaku pada hukum kebiasaan internasional harus berlaku juga pada *jus cogens* tetapi

⁶² *Ibid.*, hlm. 30.

⁶³ Hugh Thirlway, 2015, *The Source of International Law: Foundation of Public International Law*, Oxford University Press, London, hlm. 159.

bersifat *double opinio juris*.⁶⁴

Mengenai poin ketiga, mengenai batalnya atau tidak sah suatu perjanjian internasional jika berhadapan dengan *jus cogens* tentu akan berbeda dibandingkan dengan alasan-alasan lain yang menyebabkan batalnya suatu perjanjian. Secara umum, ada dua pertimbangan berbeda yang mengarah pada ketidakabsahan suatu perjanjian yaitu pertama dalam hal *error* atau *corruption* yang dipertimbangkan dalam Pasal 48 dan 50 Konvensi Wina 1969; kedua dalam hal *jus cogens*. Mengenai hal pertama, para pihak dapat meminta untuk membatalkan perjanjiannya dan menolak untuk terikat dengan perjanjian tersebut. Jadi dalam kasus ini, satu pihak dapat bersikeras bahwa persetujuan yang dibuat tidak benar. Hal ini berkaitan dengan aspek sumber formal dari perjanjian karena berkaitan dengan ketidakabsahan persetujuan salah satu pihak yang mengadakan perjanjian.⁶⁵

Berbeda halnya dengan perjanjian internasional yang batal karena bertentangan dengan *jus cogens*. Dalam kasus *jus cogens*, di sini tidak terletak pada persoalan apakah persetujuan yang diberikan oleh para pihak itu benar atau tidak, melainkan melihat pada isi dari perjanjian internasional tersebut, yaitu pernyataan normatif yang terkandung di dalamnya. Yang bertentangan dengan

⁶⁴ A.A.A. Nanda Saraswati, “Kriteria untuk Menentukan Hak Asasi Manusia sebagai Jus Cogens dalam Hukum Internasional”, *Arena Hukum*, Volume 10, Nomor 2, Agustus, 2017, hlm. 165.

⁶⁵ Kyoji Kawasaki, *Op. Cit.*, hlm. 30.

jus cogens bukanlah perjanjian itu sendiri sebagai sebuah bentuk, tapi isi dari perjanjian tersebut. Selain itu, berbeda dengan tipe pertama terkait ketidakabsahan perjanjian, perjanjian yang bertentangan dengan *jus cogens* akan batal demi hukum dan tidak dapat diselesaikan dengan persetujuan.⁶⁶

Merujuk pada ketentuan Pasal 53 Konvensi Wina 1969, sebenarnya tolak ukur untuk mengidentifikasi norma *jus cogens* telah disebutkan pada rumusan pasal tersebut, yaitu *pertama*, norma itu harus diakui dan diterima, dan *kedua* pengakuan dan penerimaan norma tersebut secara universal. Persyaratan-persyaratan tersebut adalah sebagai berikut.

a. Syarat *Double Consent*

Untuk menjelaskan syarat ini, perlu merujuk pada Pasal 53 Konvensi Wina 1969, khususnya yang menyatakan bahwa

“[...] a *peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of states as a whole* [...]”.

Dalam kalimat ini *jus cogens* diartikan sebagai kaidah hukum internasional umum yang memaksa dan diterima serta diakui oleh masyarakat internasional secara keseluruhan. Dengan demikian kaidah hukum yang dianggap sebagai *jus cogens* harus disetujui terlebih dahulu oleh negara-negara.⁶⁷

Persetujuan itu meliputi, pertama, pengakuan bahwa kaidah hukum tersebut

adalah kaidah hukum internasional yang bersifat umum. Ada dua cara mengenai pengakuan ini, yaitu secara implisit dan eksplisit. Secara implisit artinya bahwa kaidah hukum tersebut dianggap ada apabila kaidah hukumnya memang telah dibentuk oleh negara-negara secara global. Sedangkan secara eksplisit lebih banyak dituangkan dalam perjanjian. Kedua, kaidah hukum tersebut bersifat memaksa. Jadi *jus cogens* diwujudkan melalui persetujuan atas sifat umum dan memaksa dari suatu kaidah hukum internasional. Hal inilah yang disebut syarat *double consent*.⁶⁸

b. Syarat Universalitas

Salah satu persyaratan untuk mengidentifikasi norma *jus cogens* ialah bahwa norma tersebut harus diakui dan dinyatakan sebagai *jus cogens* secara keseluruhan. Hal ini berangkat dari kata “*as a whole*” yang tercantum dalam ketentuan Pasal 53 Konvensi Wina 1969. Kalau melihat sepintas ketentuan tersebut, akan muncul pemikiran bahwa norma yang hendak diakui sebagai *jus cogens* harus merupakan norma yang diterima dan diakui oleh semua negara tanpa terkecuali. Jika bersandar pada pemikiran tersebut akan sangat beresiko bagi proses penetapan *jus cogens*, sebab ketika ketentuan tersebut di veto oleh negara-negara tertentu maka kaidah tersebut tidak dapat memenuhi kualifikasinya sebagai *jus cogens*.⁶⁹

Untuk menghindari hal tersebut di atas, maka perkataan “*as a whole*” tidak diartikan secara harafiah, karena

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ F. A Whisnu Suteni, *Op. Cit.*, hlm. 107

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ F. A Whisnu Suteni, *Op. Cit.*, hlm. 108.

perkataan tersebut mempunyai maksud atau arti tertentu. Menurut ILC, kata “*as a whole*” sudah cukup dipenuhi dengan adanya suara mayoritas yang sangat besar, sehingga meskipun ada yang menentang norma tersebut sebagai *jus cogens*, tidak menjadi suatu persoalan sebab yang dilihat banyaknya negara yang mengakui dan menyatakan norma itu sebagai *jus cogens*.⁷⁰ Dengan demikian dapat dikatakan bahwa *jus cogens* harus diakui oleh negara-negara secara *near universal*.⁷¹

Pada prinsipnya penentuan suatu norma sebagai *jus cogens* akan dikembalikan pada kehendak negara-negara yang ada dengan memperhatikan tolak ukur yang tercantum dalam Pasal 53 Konvensi Wina 1969. Tetapi penentuan tersebut tidak dilakukan secara sembarangan, melainkan penuh pertimbangan. Pertimbangan yang dimaksud ialah dengan memperhatikan substansi atau muatan materi dari norma tersebut. Hal inilah yang kemudian menjadi salah satu persyaratan tambahan untuk melengkapi kedua persyaratan di atas.

Substansi dari suatu norma dalam hukum internasional memegang peranan penting dalam menentukan apakah hal tersebut termasuk sebagai *jus cogens* atau tidak. Hal ini juga pernah disampaikan oleh ILC bahwa bentuk suatu peraturan umum hukum internasional bukanlah hal yang utama untuk memberi predikat bagi norma tersebut sebagai *jus cogens*,

melainkan sifat khusus dari permasalahan yang diatur di dalamnya yang dapat menentukan demikian.⁷² Pertanyaan yang muncul berikutnya adalah muatan materi seperti apa yang menentukan *jus cogens*.

Muatan materi suatu peraturan *jus cogens* atau persoalan yang diaturnya harus memiliki arti penting atau bahkan fundamental dalam menjaga *international order*. Sebagai contoh, beberapa pendapat yang dikemukakan oleh para utusan negara-negara dalam Konferensi Wina tentang Perjanjian Internasional. Perutusan Mexico memberikan tanggapannya bahwa *jus cogens* merupakan peraturan-peraturan yang diambil dari prinsip-prinsip, yang menurut hati nurani manusia dianggap sebagai sesuatu yang esensial, bagi suatu ko-eksistensi di dalam masyarakat internasional.⁷³ Senada dengan hal tersebut, perutusan Irak menyatakan bahwa perjanjian internasional yang dibuat oleh negara-negara tidak dapat mengesampingkan norma-norma yang lebih tinggi dan esensial bagi kehidupan masyarakat internasional.⁷⁴ Sementara perwakilan dari Siprus mengutarakan pandangannya bahwa *jus cogens* adalah hukum yang diperlukan, dan tidak dapat diubah oleh suatu perjanjian internasional manapun yang dibuat oleh negara-negara.⁷⁵

Penting atau fundamentalnya suatu aturan tidak berarti mempunyai tidak

⁷⁰ Lihat UN.Doc.A/Conf.39/11, *Ibid.*, hlm. 472.

⁷¹ F. A Whisnu Sutemi, *Op. Cit.*, hlm. 109.

⁷² General Assembly official Record, Twenty-First Session, Suppl. 9/A.

⁷³ UN.Doc.A/Conf. 39/11, hlm. 294.

⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 296.

⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 305.

dapat ditentang (dalam hal ini merujuk konsep *jus cogens*). Suatu aturan mungkin saja dianggap penting atau fundamental, namun pada saat yang sama tidak diterima negara-negara sebagai norma yang tidak dapat ditentang. Dalam kasus *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ menyebutkan bahwa peraturan-peraturan internasional di bidang hukum diplomatik, *inter alia*, sebagai peraturan-peraturan yang bersifat fundamental, namun ICJ sama sekali tidak mengkualifikasikan peraturan-peraturan tersebut sebagai *jus cogens*.⁷⁶

“[...] *the conflict between the conduct of the Iranian State and its obligations under the whole corpus of the international rules of which diplomatic and consular law is comprised, rules the fundamental character of which the Court must here again strongly affirm. In its Order of 15 December 1979, the Court made a point of stressing that the obligations laid on States by the two Vienna Conventions are of cardinal importance for the maintenance of good relations between States in the interdependent world of today.*” (cetak tebal oleh penulis)

Saat ini, jawaban ideal dari pertanyaan mengenai muatan materi seperti apa yang menentukan *jus cogens* adalah norma yang diciptakan untuk memenuhi dan/atau melindungi kepentingan masyarakat

internasional, sebagaimana dikemukakan oleh Alfred Verdross sebagai berikut.⁷⁷

“*The criterion for these rules (rules having the character of jus cogens) consists in the fact that they do not exist to satisfy the needs of the individual states but the higher interest of the whole international community.*”

Sehubungan dengan pendapat Verdross dalam *Yearbook of the International Law Commission Vol. I* dijelaskan bahwa selama pembahasan mengenai konsep *jus cogens* di ILC, beberapa anggota berusaha untuk menemukan kriteria yang tepat bagi suatu norma untuk dapat diakui sebagai *jus cogens*. Anggota-anggota tersebut pada prinsipnya setuju bahwa aturan *jus cogens* ada atau diciptakan untuk kepentingan masyarakat internasional secara umum (*interest of the whole international community*).⁷⁸ Hal tersebut dapat dilihat dari pendapat beberapa anggota tersebut sebagai berikut.

1) Mr. Mustafa Yasseen (Iraq), menyatakan pendapatnya sebagai berikut.

“[...] *the only possible criterion was the substance of the rule; to have the character of jus cogens, a rule of international law must not only be accepted by a large number of States, but must also be found necessary to international life and deeply*

⁷⁶ *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*; Order, 12 V 81, International Court of Justice (ICJ), 12 May 1981, Paragraf 91.

⁷⁷ Alfred Verdross, *Op. Cit.* hlm. 58.

⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 57.

*rooted in the international conscience.*⁷⁹(cetak tebal oleh penulis)

- 2) Mr. Radhabinod Pal (India) mengatakan bahwa tidak dapat diragukan lagi bahwa sekarang ini *international order* itu ada dan bahwa prinsip-prinsip tertentu dari hukum internasional memiliki karakter *jus cogens*. Atau dengan kata lain Mr. Pal mengakui bahwa *jus cogens* adalah *international public order*.⁸⁰
- 3) Menurut Mr. Manfred Lachs (*Poland*), terdapat dua kecenderungan yang berkembang dalam praktik negara-negara pada saat itu (1963). Di satu sisi terjadi peningkatan jumlah perjanjian internasional yang disepakati diantara negara-negara, dan disisi lain semakin banyak prinsip-prinsip umum yang menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari *jus cogens*. Lebih lanjut Mr. Lachs menyampaikan pendapatnya bahwa.⁸¹

“[...] a growing number of general principles that were becoming part[...]of *jus cogens* [...]constituting a limitation on the freedom of States in drafting treaty provisions if they were to comply with such binding rules and to respect the **interests not only of third parties, but of the international community as a whole.**”(cetak tebal oleh penulis)

⁷⁹ United Nations, 1964, *Yearbook of the International Law Commission 1963 (Volume 1: Summary Records of the Fifteenth Session)*, United Nations, New York, hlm. 63

⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 65.

⁸¹ *Ibid.*, hlm. 68.

- 4) Mr. Grigory I. Tunkin (*Union of Soviet Socialist Republics*) menyampaikan pandangannya sebagai berikut.⁸²

“*The fact that some generally recognized principles possessed the character of *jus cogens* was an innovation brought about by historical changes and by the fact that certain aspects of relations between States — even purely bilateral ones, but first and foremost those relating to the maintenance of peace — **had become of interest to all.** If the existence of *jus cogens* rules were admitted, it followed that a treaty infringing such rules must be regarded as void.*”(cetak tebal oleh penulis)

- 5) Mr. Shabtai Rosenne (*Israel*) berpandangan sebagai berikut.⁸³

“*The concept of *jus cogens* had existed in international law for a long time, even if in inchoate form. There were, however, profound differences of opinion as to the reasons for its existence and the foundations on which it rested; some based it on positive law, others on natural law, while yet others attributed to it a higher or even divine origin. But on one point there was general agreement — namely, that **the concept of *jus cogens* expressed some higher social need.***”(cetak tebal oleh penulis)

⁸² *Ibid.*, hlm. 69.

⁸³ *Ibid.*, hlm. 73.

6) Mr. Milan Bartos (*Yugoslavia*) dan Mr. Antonio de Luna (Spain) mengatakan bahwa *jus cogens* merupakan “*minimum of rules of conduct necessary to make orderly international relations possible*”.⁸⁴ Mr. de Luna secara lengkap menyampaikan pendapatnya melalui Mr. Bartos sebagai berikut.

“*He (Mr. de Luna) was convinced that the international public order was merely the superstructure of the international community which resulted from the evolution of international society. It was the minimum of rules of conduct necessary to make orderly international relations possible.*”

Menurut hemat penulis, suatu norma yang diakui sebagai *jus cogens* tidak hanya mengandalkan adanya pengakuan dan penerimaan oleh mayoritas negara, melainkan juga melihat apakah norma tersebut mendukung keberlangsungan ketertiban diantara negara dalam kerangka hubungan internasional. Dengan demikian persyaratan *double consent*, universalitas, dan substansi norma tersebut harus dilihat sebagai persyaratan yang sifatnya kumulatif. Semua ukuran itu perlu dipenuhi terlebih dahulu untuk menyatakan suatu norma sebagai *jus cogens*.

A d a n y a l a r a n g a n u n t u k mengembalikan pengungsi ke wilayah di mana hidup dan kebebasannya terancam (*non-refoulement*) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 Konvensi Jenewa 1951 merupakan salah satu contoh norma yang

telah memenuhi persyaratan sebagai *jus cogens*.⁸⁵ Hal ini dapat dibuktikan dengan adanya pengakuan dan penerimaan oleh masyarakat internasional, baik melalui praktek antar negara⁸⁶ maupun dilembagakan dalam beberapa perangkat hukum internasional Konvensi tentang Status Pengungsi Internasional 1933, khususnya Pasal 3; Konvensi Jenewa IV 1949 tentang Perlindungan Penduduk Sipil, terutama Pasal 44 dan 45; Konvensi menentang Penyiksaan, dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat Manusia, khususnya Pasal 3; dan Dekarasi tentang Suaka Teritorial, terutama Pasal 3, sebagaimana diadopsi oleh Majelis Umum PBB lewat Resolusi Majelis Umum PBB Nomor 2312 (XXII) tertanggal 14 Desember 1967.

Pengakuan dan penerimaan tersebut juga dilandasi oleh pemikiran bahwa pada dasarnya *non-refoulement* berkaitan dengan perlindungan individu dari penyiksaan, hukuman yang kejam, maupun tindakan lainnya yang dapat merendahkan martabat seseorang.⁸⁷ Norma ini juga memberikan perlindungan terhadap individu atas tindakan perbudakan, dan diskriminasi rasial yang mungkin saja mereka alami. Perlindungan ini diberikan kepada semua individu tanpa terkecuali, dan tidak ada maksud untuk dinikmati oleh atau mendukung kepentingan kelompok, atau golongan tertentu.⁸⁸

⁸⁴ *Ibid.*, hlm. 72, 76-77.

⁸⁵ Lihat Executive Committee Conclusion No. 25 (XXXIII) tertanggal 20 Oktober 1982.

⁸⁶ Jean Allain, *Op. Cit.*, hlm. 338.

⁸⁷ Sigit Riyanto, *Op. Cit.*, hlm. 732.

⁸⁸ Lihat Resolusi Majelis Umum PBB 51/75, dan Resolusi Majelis Umum PBB 52/132.

Sepintas tampaknya permasalahan mengenai *jus cogens* telah selesai. Namun hal tersebut membawa kita pada persoalan lainnya yang masih terkait. Ungkapan “diakui” yang dinyatakan oleh masyarakat internasional sebagai negara secara keseluruhan akan membawa konsekuensi yang cukup besar. Hal tersebut tidak hanya menentukan bagaimana *jus cogens* itu terbentuk, tetapi terhadap negara mana norma tersebut mengikat.

Mengenai hal yang tersebut di atas, terdapat perbedaan pendapat diantara para ahli hukum internasional. Sebenarnya perbedaan pendapat ini telah berlangsung selama Konferensi Wina, khususnya pada pembahasan mengenai hukum perjanjian internasional.⁸⁹ Paling tidak ada dua pandangan yang memberikan pendapatnya mengenai validitas dari *jus cogens*.

Pandangan pertama atau yang disebut kelompok konstitusional. Para sarjana di kelompok ini berpandangan bahwa meskipun norma *jus cogens* dibentuk atau diciptakan hanya dengan *opinion juris cogentis* dari sebagian besar negara, norma ini tetap berlaku mengikat bagi seluruh negara.⁹⁰ *Jus cogens* merupakan norma konstitusional yang ditujukan untuk memberikan struktur pada sistem hukum secara keseluruhan. Akibatnya suatu negara tidak dapat lagi melepaskan diri dari ikatan peraturan yang bersifat tidak dapat ditentang tersebut, meskipun dapat dibuktikan bahwa tidak ada penerimaan dan pengakuan terhadap

fungsi spesifik dari norma itu, atau negara tersebut dengan tegas menolak keberadaan norma yang diakui sebagai *jus cogens*.⁹¹

Ulrich Scheuner tampaknya setuju dengan pandangan kelompok ini, sebab menurutnya peraturan-peraturan *jus cogens* adalah norma-norma hukum internasional yang menciptakan kewajiban-kewajiban pada negara-negara tanpa bergantung kepada persetujuan mereka.⁹² Hal senada juga dikemukakan oleh Rozakis sebagaimana dikutip oleh van Hoof sebagai berikut.⁹³

“Praduga atas sifat tidak dapat ditentang dari sesuatu peraturan ini tidak dapat dibantah. Sebab jika dapat dibantah, kita harus mengakui bahwa dua negara atau lebih, atau sekelompok negara yang menolak eksistensi norma *jus cogens* adalah bebas untuk melepaskan diri dari ikatan peraturan tersebut dan menciptakan rejim hukum yang berlawanan.”

Pendapat dari kelompok konstitusional di atas dibantah oleh pandangan kelompok kedua. Kelompok ini berpendapat bahwa pandangan konstitusional telah mengabaikan salah satu ciri pokok masyarakat internasional. Menurut mereka, keabsahan universal dari *jus cogens* tersebut bertentangan

⁸⁹ G. J. H Van Hoof, *Op. Cit.*, hlm. 329.

⁹⁰ *Ibid.*, hlm. 328.

⁹¹ *Ibid.*, hlm. 327-328.

⁹² Ulrich Scheuner, “Conflict of Treaty Provision with a Peremptory Norm of General International Law and Its Consequences”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Volume 29, 1969, hlm. 30.

⁹³ G. J. H Van Hoof, *Op. Cit.*, hlm. 328.

dengan sifat konsensual hukum internasional yang telah dipertegas oleh para peserta Konvensi Wina sebagaimana terlihat dalam Pasal 53 itu sendiri. Atas pendapat mereka, kelompok ini dapat disebut sebagai kelompok konsensual.

Pada prinsipnya, perjanjian yang dibuat diantara para pihak mengikat pihak-pihak itu sendiri. Daya ikat perjanjian adalah didasarkan atas prinsip *pacta sunt servanda*.⁹⁴ Pasal 26 Konvensi Wina 1969 menyatakan bahwa tiap-tiap perjanjian yang berlaku mengikat negara-negara pihak dan harus dilaksanakan dengan itikad baik (*good faith*). Prinsip ini merupakan dasar pokok hukum perjanjian dan telah diakui secara universal, bahkan sudah menjadi bagian dari prinsip-prinsip hukum umum (*general principles of law*), sebagaimana diatur dalam Pasal 26 Konvensi Wina 1969.

Jika mengacu pada prinsip dasar dari hukum perjanjian, dan dihubungkan dengan persoalan *jus cogens*, maka dapat dikatakan *jus cogens* hanya berlaku mengikat bagi negara-negara yang mengakui dan sepakat bahwa peraturan itu merupakan norma *jus cogens*.⁹⁵ Mempertahankan argumentasi bahwa *jus cogens* diberlakukan bagi seluruh negara tanpa kecuali akan bertentangan dengan *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* yang diakui Konvensi Wina 1969 itu sendiri (Pasal 34).

Sehubungan dengan hal tersebut di atas, delegasi Perancis telah menyiapkan suatu amandemen terhadap

rancangan Pasal 50 Konvensi Wina 1969 sehingga akan mengakibatkan norma *jus cogens* tidak dapat diberlakukan terhadap negara-negara yang dapat membuktikan bahwa ia tidak secara terang-terangan menerima peraturan tersebut sebagai *jus cogens*. Namun sayangnya, amandemen tersebut tidak secara resmi diajukan karena tidak banyak negara yang mendukungnya. Selain itu ada pertimbangan bahwa jika hal tersebut diajukan akan memunculkan amandemen-amandemen lainnya, dan akan mengubah kompromi yang telah dicapai sebagaimana terkandung dalam rancangan Pasal 50.⁹⁶

Dari tinjauan di atas, dapat dilihat bahwa ada sejumlah argumentasi yang dapat diberikan untuk memperjelas validitas *jus cogens*. Penulis lebih condong kepada pandangan pertama bahwa *jus cogens* mengikat seluruh negara tanpa melihat keikutsertaannya dalam suatu perjanjian internasional. Adapun argumentasi yang dapat dikemukakan adalah pertama, ketentuan bahwa perjanjian internasional yang dibuat hanya mengikat para pihak dapat dikecualikan dengan alasan bahwa perjanjian tersebut mempunyai akibat kepada negara ketiga tanpa persetujuan mereka. Hal ini misalnya berkaitan dengan aturan hukum kebiasaan internasional yang sudah diakui, sebagaimana diatur dalam Pasal 38 Konvensi Wina. Pengecualian lainnya diatur dalam Pasal 35 dan Pasal 36 Konvensi Wina

⁹⁴ Boer Mauna, *Op. Cit.*, hlm. 135.

⁹⁵ G. J. H Van Hoof, *Op. Cit.*, hlm. 329.

⁹⁶ Olivier Deleau, "Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traits", *Annuaire français de droit International*, Volume 15, Nomor 1, 1969, hlm. 19.

yaitu perjanjian yang memberikan hak-hak kepada negara ketiga, Perjanjian yang dapat mempunyai akibat kepada negara ketiga atas persetujuan mereka. Kaitannya dengan *Jus cogens* yaitu apabila terdapat perjanjian yang dibuat maupun tindakan yang dilakukan oleh negara yang tidak sesuai dengan *jus cogens*, maka secara otomatis tindakan dan perjanjian tersebut batal atau tidak berdasarkan atas hukum.

Kedua, tujuan awal dimasukkannya ketentuan *jus cogens* pada hakekatnya ialah untuk menciptakan dan menjaga ketertiban dalam hukum internasional. Cara mewujudkannya yaitu dengan membatasi kehendak bebas negara sesuai dengan fungsi dari *jus cogens* itu sendiri. *Jus cogens* hadir dengan maksud agar kepentingan masyarakat internasional berada paling tinggi atas kepentingan negara-negara secara individual. Ketiga, ketentuan *jus cogens* tidak akan mempunyai pengaruh sama sekali apabila hal tersebut diterapkan secara terbatas, dan pada akhirnya tidak sesuai dengan tujuan pembentukannya. Kemungkinan terburuknya ialah, negara-negara yang disebut sebagai *persistent objector*⁹⁷ sewaktu-waktu dapat menciptakan rezim hukum tandingan. Untuk mendukung argumentasi tersebut, penulis akan menyajikan sebuah pandangan yang disampaikan oleh *Inter-American Commission on Human Rights* dalam kasus *Victims of the Tugboat "13 de Marzo" v. Cuba* mengenai *jus cogens*.

⁹⁷ Christian Reus-Smit (ed), *The Politics of International Law*, 2004. Terjemahan oleh Derta Sri Widowatie, 2015, *Politik Hukum Internasional*, Nusa Media, Bandung, hlm. 177.

Inter-American Commission on Human Rights, yang menyatakan bahwa

*"The concept of jus cogens is derived from a higher order of norms established in ancient times and which cannot be contravened by the laws of man or of nations. The norms of jus cogens have been described by public law specialists as those which encompass public international order. These are the rules that have been accepted, either explicitly in a treaty or tacitly by custom, as necessary to protect the public interest of the society of nations or to maintain levels of public morality recognized by them."*⁹⁸

(cetak tebal oleh penulis)

⁹⁸ Pada tanggal 19 Juli 1994, *Inter-American Commission on Human Rights* menerima keluhan yang menyatakan bahwa pada tanggal 13 Juli 1994, empat kapal milik negara Kuba yang dilengkapi dengan *water hoses* (selang air) menyerang sebuah kapal penarik tua bernama *13 de Marzo* yang berisi 72 penumpang di dalamnya. Penyerangan ini terjadi tujuh mil dari lepas pantai Kuba, di seberang pelabuhan Havana, ketika 72 warga negara Kuba tersebut hendak meninggalkan pulau itu menuju Amerika Serikat. Kapal-kapal milik negara Kuba menyerang tug kapal *13 de Marzo* dengan haluan kapal mereka dengan maksud untuk menenggelamkannya. Saat yang bersamaan, kapal-kapal tersebut juga menyemprotkan air dengan bertekanan tinggi ke semua orang yang berada di dek kapal, termasuk wanita dan anak-anak. Akibat perbuatan tersebut, kapal *13 de Marzo* tenggelam dengan korban 41 orang meninggal dunia, termasuk sepuluh anak dibawah umur. Sedangkan 31 orang lainnya selamat. Berkaitan dengan kasus tersebut, *Inter-American Commission on Human Rights* memberikan pendapatnya mengenai hak untuk hidup bahwa hak untuk hidup dipahami sebagai hak dasar manusia yang dinyatakan dalam Deklarasi Amerika dan dalam berbagai instrumen regional maupun internasional memiliki status sebagai *jus cogens*. *Victims of the Tugboat "13 de Marzo" v. Cuba*, Cse 11.436, Report No. 47/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 127 (1997).

Berdasarkan pernyataan *Inter-American Commission on Human Rights* di atas, yang perlu digarisbawahi ialah bahwa *jus cogens* memiliki kedudukan yang penting untuk melindungi kepentingan masyarakat internasional secara keseluruhan atau untuk mempertahankan tingkat moralitas publik. Dengan demikian menjadi sangat beralasan jika *jus cogens* dimaksudkan mengikat semua negara tanpa kecuali, sebab kesewenang-wenangan untuk membuat perjanjian internasional atau tindakan yang dapat merugikan pihak lain dapat saja terjadi.

C. Kesimpulan

Jus cogens merupakan sebuah norma yang memiliki keutamaan dibandingkan dengan norma-norma lainnya. Norma ini hadir untuk membatasi kehendak bebas negara-negara dalam bertindak – di dalam wilayah yuridiksinya – maupun membuat suatu perjanjian internasional. Konsekuensinya, jika ada perjanjian internasional yang dibuat atau terdapat tindakan yang dilakukan suatu negara dan bertentangan dengan *jus cogens*, maka hal tersebut menjadi batal atau tidak berdasar atas hukum. Untuk menentukan suatu norma dalam hukum internasional sebagai *jus cogens* harus memenuhi beberapa persyaratan yaitu syarat *double consent*, universalitas, dan norma tersebut merupakan sesuatu yang bersifat fundamental, artinya norma ini dimaksudkan untuk melindungi kepentingan masyarakat internasional. Persyaratan-persyaratan ini perlu dipenuhi secara kumulatif. Norma yang

telah memenuhi kualifikasi sebagai *jus cogens* akan secara langsung berlaku mengikat bagi semua negara tanpa melihat keikutsertaannya dalam suatu perjanjian internasional yang mengakui *jus cogens* tersebut. Hal ini disebabkan karena tujuan awal pembentukan *jus cogens* ialah semata-mata untuk menciptakan dan menjaga ketertiban dalam tataran hukum internasional. Jika *jus cogens* hanya diterapkan secara terbatas, maka esensi dari norma tersebut akan menjadi sia-sia.

Daftar Pustaka

Buku

- Ardhiwisastra, Yudha Bhakti, 2003, *Hukum Internasional Bunga Rampai*, Alumni, Bandung.
- Dixon, Martin dan Robert McCorquodale, 2003, *Cases and Materials on International Law*, Oxford University Press, New York.
- Evans, Malcolm D. (ed.), 2003, *International Law*, Oxford University Press, New York.
- Harris, D.J, 2004, *Cases and Materials on International Law*, Sixth Edition, Sweet & Maxwell, London.
- Hoof, G. J. H. Van, 1983, *Rethinking the Sources of International Law*, Usselstein, Netherlands. Terjemahan oleh Hata, 2000, *Pemikiran Kembali Sumber-Sumber Hukum Internasional*, Yayasan Hak Asasi Manusia, Demokrasi dan Supremasi Hukum, Bandung,

- Hugh, Thirlway, 2015, *The Source of International Law: Foundation of Public International Law*, Oxford University Press, London.
- Istanto, Sugeng, 2014, *Hukum Internasional*, Cetakan kelima, Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Yogyakarta.
- Kusumohamidjojo, Budiono, 1986, *Suatu Studi terhadap Aspek Operasional: Konvensi Wina Tahun 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional*, Binacipta, Bandung.
- Likadja, Frans E, 1988, *Desain Instruksional Dasar Hukum Internasional*, Ghalia, Jakarta.
- Mauna, Boer, 2015, *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global, Edisi kedua*, Alumni, Bandung.
- Nieto-Navia, Rafael, 2003, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, Kluwer Law International, The Hague.
- O'Brien, John, 2001, *International Law*, Cavendish, London.
- Reus-Smit, Christian (ed), *The Politics of International Law*, 2004. Terjemahan oleh Derta Sri Widowatie, 2015, *Politik Hukum Internasional*, Nusa Media, Bandung.
- Suryokusumo, Sumaryo, 2008, *Hukum Perjanjian Internasional*, Tatanusa, Jakarta.
- Suteni F. A Whisnu, 1989, *Identifikasi dan Reformulasi Sumber-Sumber Hukum Internasional*, CV. Mandar Maju, Bandung.
- Syahmin, A. K, 1985, *Hukum Perjanjian Internasional menurut Konvensi Wina 1969*, Armico, Bandung.
- Thontowi, Jawahir dan Pranoto Iskandar, 2006, *Hukum Internasional Kontemporer*, Refika Aditama, Bandung.
- Wagiman dan Anasthasya Saartjie Mandagi, 2016, *Terminologi Hukum Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta.

Jurnal

- Allain, Jean, "The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement", *International Journal of Refugee Law*, Volume 13, Nomor 4, 2001.
- Delbrueck, Jost, "International Protection of Human Rights and State Sovereignty", *Indiana Law Journal*, Volume 57, Issue 4, Article 3, 1982.
- Deleau, Olivier, "Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traits", *Annuaire français de droit International*, Volume 15, Nomor 1, 1969.
- Fattah, Virgayani, "Hak Asasi Manusia sebagai Jus Cogens dan Kaitannya dengan Hak atas Pendidikan", *Yuridika*, Volume 32, Nomor 2, Mei, 2017.
- Held, David, "Law of States, Law of Peoples: Thee Models of Sovereignty", *Legal Theory*, Volume 8, Nomor 2, 2002.
- Kawasaki, Kyoji, "A Brief Note on the Legal Effect of Jus Cogens in International Law", *Hitotsubashi*

- Journal of Law and Politics*, Volume 34, Nomor 2, 2006.
- Magallona, Merlin M, "The Concept of Jus Cogens in the Vienna Convention on the Law of the Treaties", *Philippine Law Journal*, Volume 51, 1976.
- Nahklik, S. E, "The Grounds of Invalidity and Termination of Treaties", *American Journal of International Law*, Volume 65, Nomor 5, Oktober 1971.
- Purwanto, Harry "Keberadaan Asas Rebus Sic Stantibus dalam Perjanjian Internasional", *Jurnal Opinio Juris*, Volume 13, Mei-Agustus, 2013.
- Riyanto, Sigit, "The Refoulement Principle and Its Relevance in the International Law System", *Indonesia Journal of International Law*, Volume 7, Nomor 4, Juli 2010.
- Saraswati, A. A. A Nanda, "Kriteria untuk Menentukan Hak Asasi Manusia sebagai Jus Cogens dalam Hukum Internasional", *Arena Hukum*, Volume 10, Nomor 2, Agustus 2017.
- Scheuner, Ulrich, "Conflict of Treaty Provision with a Peremptory Norm of General International Law and Its Consequences", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Volume 29, 1967.
- Verdross, Alfred, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *American Journal of International Law*, Volume 60, Nomor 1, 1966.
- Dokumen**
- International Court of Justice, 1951, *Advisory Opinion Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, International Court of Justice, Den Haag.
- International Court of Justice, 2002, *Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, International Court of Justice, Den Haag.
- International Court of Justice, 1981, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*; Order, International Court of Justice (ICJ), Den Haag.
- United Nations, 1998, *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 : Case No. IT-95-17/1-T*, United Nations, Den Haag.
- United Nations, 1966, *Documents of the Second Part of the Seventeenth Session and of the Eighteenth Session including the Reports of the Commission to the General Assembly: Year Book of the International Law Commission Volume II*, United Nations, New York.
- United Nations, 1964, *Yearbook of the International Law Commission 1963 (Volume 1: Summary Records of the Fifteenth Session)*, United Nations, New York.
- General Assembly official Record, Twenty-First Session, Suppl. 9/A.

United Nations Document A/Conf.
39/11.

United Nations Document A/
Conf.39/1Add 1.

Instrumen Internasional

Montevideo Convention on Rights and
Duties of States 1933.

Vienna Convention on the law of treaties
1969.

Statute of the International Court of
Justice.

United Nations Charter 1945.

General Conclusion on International
Protection General Conclusion on
International Protection No. 25
(XXXIII) – 1982.

UN General Assembly, Office of the
United Nations High Commissioner
for Refugees: resolution / adopted by
the General Assembly, 12 February
1997, A/RES/51/75.

UN General Assembly, Human Rights
and Mass Exoduses: resolution /
adopted by the General Assembly,
27 February 1998, A/RES/52/132.

Kasus-Kasus Hukum

Prosecutor v. Furundzija, Judgment, Case
No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber, 10
Desember 1998.

Victims of the Tugboat “13 de Marzo” v.
Cuba, Cse 11.436, Report No. 47/96,
Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/
II.95 Doc. 7 rev. at 127 (1997).

Internet

International Court of Justice, “Overview
of the Arrest Warrant of 11 April
2000 (Democratic Republic of the
Congo v. Belgium)”, [http://www.
icj-cij.org/en/case/121](http://www.icj-cij.org/en/case/121), diakses 16
Juni 2018.