

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Hukum Internasional

Pemahaman yang baik mengenai hukum internasional penting ketika berhadapan dengan masalah hukum internasional. Hukum Internasional ialah keseluruhan kaidah dan asas yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara antara: (1) Negara dengan Negara; (2) Negara dengan subjek hukum lain bukan Negara atau subjek hukum bukan Negara satu sama lain.⁶²

Adapun bentuk perwujudan khusus hukum internasional adalah bahwa sampai dengan saat ini kita menjumpai di samping ketentuan-ketentuan hukum internasional yang berlaku umum (*general*) atau universal juga terdapat ketentuan-ketentuan hukum internasional yang berlaku untuk suatu kawasan (*region*) tertentu.⁶³ Sehingga, dalam kepustakaan kerap pula disebut adanya *global international law* atau *general international law*, yang merujuk pada hukum internasional yang berlaku umum, dan istilah *regional international law*, yang merujuk pada hukum internasional yang hanya berlaku di kawasan tertentu. Adanya lembaga hukum internasional regional demikian disebabkan oleh keadaan, kebutuhan, taraf perkembangan dan tingkat integrasi yang

⁶² Mochtar Kusumaatmadja, *op.cit.*, hlm. 4

⁶³ Ety R. Agus, *Beberapa Perkembangan Hukum Internasional Dewasa Ini*, Artikel dimuat dalam Majalah Hukum "Pro Justitia" No. 18 Tahun 1983, hlm. 82.

khusus terdapat di bagian dunia itu. Faktor-faktor tersebut juga mendorong dibentuknya *regional arrangements* maupun *regional agencies*.

Hukum internasional juga merupakan sistem hukum yang teritegrasi secara horizontal. Satu Negara atau organisasi internasional berelasi satu sama lain. Negara merupakan subjek hukum internasional dalam arti klasik dan telah demikian halnya sejak lahirnya hukum internasional.⁶⁴ Sebagai subjek hukum, Negara memiliki personalitas internasional. Personalitas internasional dapat didefinisikan sebagai kemampuan untuk memiliki hak dan kewajiban internasional. Singkatnya, fakta bahwa Negara memiliki personalitas internasional maka Negara tunduk pada ketentuan hukum internasional.

Sebagai subjek hukum internasional, Negara memiliki kedaulatan yang diakui oleh hukum internasional. Kedaulatan suatu Negara dimaknai sejauh mana suatu Negara memiliki kewenangan dalam menjalankan kebijakan dan kegiatan dalam wilayah Negeranya guna melaksanakan hukum nasionalnya.⁶⁵ Hal tersebut menimbulkan suatu hubungan sebab-akibat atas tindakan suatu Negara dalam menjalankan kewajibannya dengan hukum internasional. Dalam hubungannya dengan Negara lain suatu Negara mengikatkan diri dengan Negara lain, suatu Negara mengikatkan dirinya dengan perjanjian-perjanjian internasional, baik bilateral maupun multilateral.⁶⁶

Pada persektif lain, suatu kedaulatan Negara dapat didekati dari pendekatan intern dan ekstern. Dari sisi intern, kedaulatan dipandang sebagai

⁶⁴ Davidson, 1994, *Hak Asasi Manusia: Sejarah, Teori, dan Praktek Dalam Pergaulan Internasional*, Grafiti, Jakarta, hlm. 84-85.

⁶⁵ Mirza Satria Buana, 2007, *Hukum Internasional: Teori dan Praktek*, FH Unlam Press, Banjarmasin, hlm. 2.

⁶⁶ Wagiman, S. Fil, *op cit.*, hlm. 4

kekuasaan Negara dari teritori atau batas-batas wilayahnya. Artinya kedaulatan pada sisi dalam dari suatu Negara. Kedaulatan semacam ini dimiliki suatu Negara dalam rangka melaksanakan yurisdiksi di wilayah yang menjadi kewenangannya. Pada posisi ini pula Negara dapat melaksanakan hukum nasionalnya. Setiap orang yang berada di wilayah suatu Negara tunduk pada kekuasaan hukum dari Negara yang memiliki wilayah tersebut⁶⁷. Untuk itu berlaku adagium *qui in territorio meo est, etiam meus subditus est* (jika seseorang berada di wilayah saya, maka ia juga tunduk pada saya). Sementara kedaulatan dari aspek ekstern melihat atau memposisikan Negara dalam relasinya dengan Negara-negara lain. Pada kasus Island of Palmas, hakim mahkamah yang menangani kasus tersebut berpendapat bahwa kedaulatan suatu Negara menunjukkan suatu Negara tersebut merdeka. Disamping itu, kedaulatan dipandang sebagai prasyarat hukum internasional dari eksistensi suatu Negara.⁶⁸

Terkait sumber hukum internasional, berdasarkan penggolongannya sumber hukum internasional dibedakan menjadi dua. Pertama, penggolongan sumber hukum internasional menurut pendapat para Sarjana Hukum internasional yang meliputi: Kebiasaan, Traktat, Keputusan Pengadilan atau Badan-badan Arbitrase, Karya-karya hukum, Keputusan atau ketetapan Organ. Kedua, penggolongan sumber hukum internasional menurut Pasal 38 (1) Statuta Mahkamah Internasional, terdiri dari Perjanjian Internasional (*International Conventions*), Kebiasaan Internasional (*International Custom*),

⁶⁷ Yudha Bhakti, 2003, *Hukum Internasional: Bunga Rampai*, Alumni, Bandung, hlm. 22.

⁶⁸ Etty R. Agus, *Beberapa Perkembangan Hukum Internasional Dewasa Ini*, Artikel dimuat dalam Majalah Hukum "Pro Justitia" No. 18 Tahun 1983, hlm. 82.

Prinsip Hukum Umum (*General Principles of Law*) yang diakui oleh Negara-negara beradab, Keputusan Pengadilan (*judicial decisions*) dan pendapat para ahli yang telah diakui kepakarannya (*The writings of the most highly qualified publicists*).⁶⁹

Peraturan-peraturan hukum internasional tertentu diperluas kepada orang-perorangan dan satuan-satuan bukan Negara sepanjang hak dan kewajiban mereka berkaitan dengan masyarakat internasional dari Negara-negara. Hukum internasional antara lain menetapkan aturan-aturan tentang hak-hak wilayah dari Negara (berkaitan dengan darat, laut, dan ruang angkasa), perlindungan lingkungan internasional, perdagangan dan hubungan komersial internasional, penggunaan kekerasan oleh Negara, dan hukum hak asasi manusia serta hukum humaniter.⁷⁰

B. Hak Asasi Manusia dalam Hukum Internasional

Merujuk kepada ide dasar HAM, setiap manusia sejak ia terlahir ke dunia memiliki hak mutlak yang melekat, yaitu hak hidup dari Tuhan selaku penciptanya. Selain itu, pada setiap manusia melekat juga hak-hak lainnya dalam rangka memenuhi kebutuhan hidupnya baik secara lahir maupun batinnya. Keberadaan HAM dalam pergaulan hidup demikian utama, sehingga tidak ada kekuatan apapun yang berhak mencabutnya. Hanya atas kuasa Tuhan

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ C. de Rover, *To Serve & To Protect – Acuan Universal Penegakkan HAM*, (Jakarta: Raja Gafindo Persada, 2000), hlm. 4

dan ketentuan konstitusional hak-hak tersebut bisa dicabut, baik untuk sementara maupun untuk selamanya.⁷¹

HAM dalam konteks Negara hukum merupakan unsur dan asas yang harus terpenuhi keberadaannya, karena itu Negara hukum harus menyatakan pengakuan, penghormatan dan perlindungan terhadap HAM yang berbasis kepada penghormatan atas martabat manusia. Dengan demikian, pengakuan, penghormatan dan perlindungan kepribadian manusia merupakan asas fundamental dari Negara hukum.⁷²

Dari perspektif sejarahnya, HAM bisa dikatakan sebagai sesuatu yang relatif baru. Sejak perjanjian Westphalia tahun 1648 sampai lahirnya Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tahun 1945 belum menjadi agenda internasional.⁷³ Pasca Perang Dunia Kedua, masalah HAM banyak Negara yang mulai mengangkat isu HAM baik dalam pertemuan bilateral maupun dalam pertemuan multilateral. Dalam perkembangannya, Rita Maran berpandangan, bahwa hukum HAM internasional dapat dianggap sebagai yang pertama membangun paradigma tentang arti penting HAM. Hal tersebut dilandasi pemikiran masa lalu bahwa persoalan moral dan hukum dipandang sebagai sesuatu yang terpisah. Berdasarkan hukum HAM internasional, HAM bentuk konstituennya adalah hukum bukan politik.⁷⁴

Terkait hal diatas hukum hak asasi manusia internasional merupakan cabang hukum publik internasional, yakni hukum yang telah dikembangkan

⁷¹ Rita Maran, *op.cit.*, hlm.132.

⁷² B. Arief Sidharta dalam Dudung Indra Ariska, *Yurisdiksi Asas Oportunitas dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia. Op.Cit*, hlm. 42.

⁷³ Davidson dalam Wagiman, *Hukum Pengungsi Internasional*, hlm. 27.

⁷⁴ Rita Maran dalam Wagiman, *Ibid*.

untuk mengatur hubungan diantara entitas-entitas yang mempunyai pribadi yang bersifat internasional, seperti Negara, organisasi internasional, dan boleh jadi individu. Dalam konteks hak asasi manusia, hukum internasional mempunyai kualitas ganda sebab ia menciptakan penghalang bagi proteksi hak asasi yang efektif dan sekaligus juga menyediakan sarana untuk mengatasi rintangan-rintangan semacam itu.

C. Definisi tentang Imigran, Pencari Suaka dan Pengungsi (*Refugee*)

1. Imigran

Terkait orang yang melarikan diri dari Negeranya ke Negara lain di sebut imigran, tetapi belum ada pengaturan yang dapat menyebutkannya secara jelas. Imigran adalah mereka yang datang dengan motif ekonomi atau mencari penghidupan yang lebih baik di Negara lain⁷⁵ di bedakan dengan mereka yang diusir atau terpaksa datang (*forced migration*) karena keamanannya terancam dan sulit bertahan tinggal di Negeranya. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, imigran adalah orang yang datang dari Negara lain dan tinggal menetap di suatu Negara.

International Organization for Migration (IOM) adalah merupakan organisasi tentang migrasi yang didirikan tahun 1951 atas inisiatif Belgia dan Amerika. IOM terbentuk sebagai manifestasi hasil Konferensi Internasional tentang Migrasi yang diadakan di Brusels. Badan ini semula diberi nama *Provisional Intergovernmental Committee for the Movements of*

⁷⁵ <http://id.answers.yahoo.com/question/index?qid=20080428235621AAyP997>.

Migrant from Europe (PICMME). *Provisional Intergovernmental Committee for the Movements of Migrant from Europe* kemudian berubah nama menjadi *Intergovernmental Committee for European Migration* (ICEM). Tahun 1980 *ICEM's Council* berubah nama lagi menjadi *Intergovernmental Committee for Migration* (ICM) dengan skala kerja yang lebih luas, tidak hanya mencakup Eropa saja. Baru pada tahun 1989 ICM berubah menjadi *International Organization for Migration* (IOM).⁷⁶

Mandat utama IOM secara internasional yaitu membantu pemerintah-pemerintah berbagai Negara di dunia dalam mengembangkan dan menerapkan kebijakan, perundang-undangan dan mekanisme administratif migrasi. Bantuan tersebut diberikan baik melalui pemberian bantuan teknis dan pelatihan bagi pejabat pemerintah dan juga pemberian bantuan bagi para imigran.⁷⁷

Imigran yang masuk ke suatu Negara secara resmi (terdaftar) dan terdapat juga yang tidak terdaftar (*unregistered / undocumented*). Mereka yang terdaftar bisa masuk ke suatu Negara melalui pintu imigrasi resmi dan terdaftar sebagai imigran resmi. Para imigran yang telah keluar dari Negara nya kemudian melarikan diri ke luar Negeri dapat dikatakan sebagai pencari suaka atau pengungsi. Masuknya seseorang ke dalam suatu teritori tertentu, dengan asumsi ia mencari suaka.

2. Suaka (*Asylum*)

⁷⁶ Wagiman, S, FII. *Op cit.*, hlm. 191.

⁷⁷Ibid.

Suaka adalah lembaga yang sama tuanya dengan peradaban manusia, bermula pada tradisi masyarakat sederhana dan kemudian suaka dikenal dalam perkembangan agama-agama besar di dunia.⁷⁸ Selanjutnya lembaga suaka dapat ditemui dalam praktik hubungan antarbangsa dan akhirnya menjadi lembaga yang diakui dan dihormati sebagai lembaga hukum kebiasaan internasional.⁷⁹

Komisi hukum dalam sidangnya di Bath pada tahun 1950 mendefinisikan, suaka adalah perlindungan yang diberikan oleh suatu Negara di wilayah atau di tempat lain yang berada di bawah pengawasan organnya, kepada seseorang yang datang memintanya.⁸⁰ Definisi ini sangat umum sifatnya, merupakan rumusan yang bersifat sangat leksikal dan bukan bersifat yuridis, karena sesungguhnya sulit untuk merumuskan istilah suaka.

Dalam *Black's Law Dictionary* kata "Asylum" diartikan dalam tiga kategori, yang pertama adalah, "A sanctuary or shelter". Yang kedua adalah "Protection of political refugees from arrest by a foreign jurisdiction; a nation or embassy that affords such protection Also termed political asylum."⁸¹ Yang ketiga adalah "An institution for the protection and relief of the unfortunate, especially the mentally ill." Dari pengertian tersebut, maka suaka mengandung beberapa elemen yaitu :⁸²

a. Adanya suatu tempat;

⁷⁸ Sulaeman Hamid, 2002. *Lembaga Suaka dalam Hukum Internasional*, Jakarta, hlm. 5.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ *The Application in Latin America of International Declarations and Conventions Relating to Asylum*, A study of The International Commission of Jurist, Geneva, September 1975.

⁸¹ Black's Law, op.cit, hlm. 171

⁸² Enny Soeprapto, *Prinsip-prinsip Dasar Hukum Pengungsi Internasional*, Sebuah Catatan, Seminar Hukum Pengungsi Internasional.Surabaya, 2009.

- b. Tempat tersebut tidak boleh dilanggar, dirusak atau dihancurkan;
- c. Adanya orang di tempat yang tidak boleh dilanggar, dirusak, atau dihancurkan;
- d. Orang tersebut tidak boleh ditangkap.

Dasar hukum permohonan suaka berdalih adanya rasa takut atau ancaman terhadap keselamatan diri dari penganiayaan / penyiksaan. Apabila membandingkan dengan batasan atau definisi pengungsi, alasan tambahan dari permohonan suaka ialah adanya 'cukup alasan atau bukti bahwa yang bersangkutan terancam keselamatannya' karena suatu alasan yang telah ditentukan hukum internasional. Alasan tersebut mencakup sebab-sebab yang bersifat rasial, agama, kebangsaan, keanggotaannya dalam suatu kelompok sosial atau kelompok politik. Di samping itu, yang bersangkutan tidak mendapat jaminan ataupun perlindungan yang seharusnya di Negaranya.⁸³

Tentunya untuk hal tersebut memiliki alasan yang cukup untuk itu. Pasal 28 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menegaskan bahwa "Setiap orang berhak mencari suaka untuk memperoleh perlindungan politik dari Negara lain". Sementara itu, Pasal 13 Paragraf 2 Deklarasi HAM PBB 1948 menyebutkan "*Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country*".

⁸³ Enny Soeprapto, *Prinsip-prinsip Dasar Hukum Pengungsi Internasional*, Sebuah Catatan, Seminar Hukum Pengungsi Internasional. Surabaya, 2009.

Hak atas kebebasan untuk memilih tempat tinggal atau Negara ini kemudian dipertegas oleh *Declaration of Territorial Asylum 1967* yang menyatakan :

- 1) *Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution.*
- 2) *The right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.*

Penegasan *Declaration of Territorial Asylum 1967* kata kunci untuk memohon suaka adalah adanya ketakutan atau kekhawatiran akan menjadi korban dari penyiksaan atau penganiayaan di suatu Negara sehingga ia memilih untuk mencari perlindungan ke suatu Negara lain. Termasuk di dalamnya mereka yang merupakan pejuang atau orang-orang yang berjuang melawan kolonialisme.⁸⁴

Sehingga disini istilah pencari suaka dapat berarti seseorang yang telah mengajukan permohonan suaka dan mungkin akan memiliki status sebagai pengungsi. Sumaryo Suryokusumo berpendapat yakni suaka adalah dimana seseorang pengungsi atau pelarian politik mencari perlindungan baik di wilayah suatu Negara maupun di dalam lingkungan gedung perwakilan diplomatik dari suatu Negara. Jika perlindungan diberikan, pencari suaka itu dapat kebal dari proses hukum dari Negara dimana dia berasal. Pengertian tersebut secara tegas mengandung dua jenis suaka, yaitu suaka territorial dan diplomatik. Suaka yang dimaksud dalam penelitian ini

⁸⁴ Heru Susetyo, *Suaka Palsu di Amerika Serikat*, www.herususetyo.multiply.com diunduh pada tanggal 16 September 2015.

adalah suaka territorial, yang merupakan suatu bentuk suaka yang diberikan kepada seseorang yang lari ke dalam wilayah suatu Negara.⁸⁵

Hukum internasional secara baku belum memiliki ketentuan yang bersifat universal tentang pencari suaka atau yang disebut *asylum seeker*. Sebagai pedoman dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 1 paragraf 3 Deklarasi Suaka Teritorial tahun 1967, yakni; *it shall rest with the state granting asylum to evaluate the grounds for the grant of asylum*. Dari rumusan ini terlihat bahwa pemberian alasan-alasan bagi pemberian suaka sepenuhnya diserahkan pada Negara pemberi suaka.⁸⁶

Ada beberapa jenis suaka yang dapat diberikan, yaitu *Territorial Asylum* yang diartikan sebagai “*The right of states to grant asylum to aliens on their territory, which may be asserted vis a vis the pursuing state*” dan *Diplomatic Asylum* yang menurut F. Morgenstern adalah “*Asylum in embassies or other premises of a state located in the territory of another state*”.⁸⁷

3. Kriminologi Hukum Pengungsi Dalam Hukum Internasional

Pengertian atau istilah pengungsi secara umum mengalami dinamikanya sendiri. Penulis merujuk pada istilah yang terdapat pada kamus yang mendefinisikan secara umum pengertian pengungsi.

⁸⁵ Rechland Nashidik, 2006, Mencari Suaka itu Konstitusional. Artikel pada H.U. Kompas tanggal 6 April 2006.

⁸⁶ Wagiman, S.Fil. *Op. Cit.*, hlm. 98.

⁸⁷ L. Muffarochah, *Hukum Internasional Suaka Politik*, http://www.academia.edu/9448346/hukum_internasional_suaka_politik diunduh pada tanggal 11 Januari 2016.

Black's Law Dictionary mengartikan “*Refugees*” sebagai “*a person who flees or is expelled from a country, especially because of persecution, and seeks haven in another country*”. Kalimat tersebut menjelaskan bahwa *refugee* (pengungsi) adalah seseorang yang melarikan diri atau diusir dari Negara khususnya karena penganiayaan, dan mencari tempat berlindung di Negara lain.⁸⁸ Dalam *The Concise Oxford Dictionary*, pengungsi diartikan sebagai “*A person taking refuge, esp. in a foreign country from war or persecution or natural disaster*”.⁸⁹

Pengungsi adalah persoalan klasik yang sering timbul dalam sejarah peradaban umat manusia. Di dalam dunia internasional pengungsi sudah di kenal sejak lama dimana telah menjadi masalah pada saat setelah terjadi Perang Dunia 1 yang kemudian melahirkan hukum mengenai pengungsi itu sendiri di era tahun 1920-an.⁹⁰

Dalam perjanjian-perjanjian dan peraturan-pertaturan yang ada pada saat Liga Bangsa-Bangsa (LBB), mengadopsi pendekatan kelompok dan kategori, bahwa pengungsi adalah seseorang yang :⁹¹

- a. Berada di luar Negara asal mereka;
- b. Tanpa perlindungan yang cukup dan perlu dari pemerintah setempat;

1) Hukum Pengungsi Fase *International Refugee Organization* (IRO)

⁸⁸ *Black's Law Dictionary*, Edisi Sembilan, Thomson Reuters, United States of America, 2009, hlm. 1394.

⁸⁹ R.E. Allen, 1990, *The Concise Oxford Dictionary*, Clarendon Press, Oxford, hlm. 321.

⁹⁰ Wagiman, S.Fil, *Op.cit.*, hlm. 21.

⁹¹ Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee In International Law 3rd Ed.*, Oxford University Press, New York, 2007, hlm. 16.

International Refugee Organization (IRO) adalah suatu badan yang di bentuk oleh PBB yang khusus mengurus pengungsi.⁹² Lembaga ini ditetapkan Majelis Umum PBB tanggal 15 Desember 1946.⁹³ Konstitusi IRO mengatur fungsi dan wewenang badan tersebut dalam penanggulangan dan penanganan pengungsi. Oleh karena itu tidak fokus mengatur hak dan kebebasan pengungsi. *International Refugee Organization (IRO)* tidak mengatur pengungsi yang terjadi pasca Perang Dunia II. Oleh karena itu badan ini dianggap tidak dapat lagi bekerja untuk terjadinya pengungsian ke depan pasca Perang Dunia Kedua. Untuk itulah kemudian lahir *United Nations High Commission for Refugee (UNHCR)*.⁹⁴

2) Hukum Pengungsi Fase *United Nations High Commission for Refugee (UNHCR)*

United Nations High Commission for Refugee (UNHCR) lahir sebagai manifestasi dari situasi serius penanganan pengungsi tahun 1949-an. Kewenangan yang diberikan kepada UNHCR bersifat lebih komprehensif di banding pada masa IRO.⁹⁵ Terdapat dua terminologi pengungsi.⁹⁶ Pertama, *mandate refugee* (pengungsi mandate). Hal tersebut didasarkan oleh faktor apabila suatu Negara belum menjadi

⁹² Wagiman, SH. *Op.cit.*, hlm. 137.

⁹³ Walaupun disetujui tanggal 15 Desember 1946 namun Konstitusi IRO mulai berlaku 20 Agustus 1948.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Pengertian komprehensif diantaranya pada fase penanganan pengungsi oleh UNHCR tidak hanya mencakup pengungsi sebelum Perang Dunia II tetapi termasuk peristiwa-peristiwa yang terjadi selama Perang Dunia II maupun sesudahnya.

⁹⁶ J.M. Atik Krustiyati, 2004, *Pengenalan Dasar Hukum Pengungsi Internasional*, Makalah disampaikan pada “Simposium Pengembangan Pengajaran Hukum Internasional di Era Globalisasi” di Pasuruan, 20-21 Desember 2004.

peserta pada Konvensi 1951. Status penetapan pengungsi dilakukan oleh wakil-wakil UNHCR yang berada di Negara tersebut dan untuk hal yang demikian dinamakan pengungsi mandate karena penetapannya ditentukan oleh UNHCR. Kedua, *convention refugee* (pengungsi konvensi). Pada pengungsi konvensi prosedur penetapan status diserahkan kepada Negara yang sudah menjadi peserta konvensi tersebut dan tetap bekerja sama dengan UNHCR.

Adapun Konvensi Tentang Pengungsi 1951 juga memberikan definisi mengenai pengungsi. Konvensi ini disahkan tanggal 28 Juli 1951 oleh *United Nations Conference of plenipotentiaries on the status of refugees and stateless persons* yang dikuatkan dengan resolusi Majelis Umum Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB) No. 429 (V) tanggal 14 Desember 1950. Konvensi ini mulai berlaku pada tanggal 22 April 1954. Konvensi ini memuat definisi pengungsi yang sangat umum dalam Pasal 1A ayat (2) *Convention Relating to the Status of Refugees 1951*.

Menurut Pasal 1A Ayat (2) Konvensi 1951 tentang Pengungsi, mendefinisikan pengungsi sebagai berikut:

“any person who...as a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reason or race, religion, nationality, membership of particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and in unable or owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or who , not having nationality and being outside the country of his former habitual residence as result of such events, is unable or owing to such fear, is unwilling to return to it.”

Substansi pasal di atas menyebutkan pengungsi adalah siapa saja atau setiap orang yang sebelum 1 Januari 1951 merasa takut akan mendapat

tekanan atau penganiayaan yang disebabkan karena alasan etnis, agama atau karena keikutsertaannya pada suatu kelompok sosial tertentu atau karena pendapat politiknya, sehingga harus berada di luar Negeranya karena tidak lagi mendapat perlindungan dari Negeranya.⁹⁷

Adapun Protokol mengenai Pengungsi 1967. Protokol ini di setujui oleh *Economic and Sosial Council* melalui resolusi 1186 (XLI) pada 18 November 1966 oleh Majelis Umum PBB melalui resolusi 2198 (XXI). Protokol ini mulai berlaku pada tanggal 4 oktober 1967. Negara dapat menjadi peserta protocol 1967 ini tanpa harus menjadi peserta konvensi 1951. Dalam Pasal 1 ayat (2) protocol ini, pengertian pengungsi dalam konvensi 1951 diperluas dengan meniadakan kata-kata “sebagai akibat peristiwa-peristiwa yang terjadi sebelum 1 Januari 1951 dan...” dan juga meniadakan kata-kata “...sebagai akibat peristiwa-peristiwa yang termaksud”. Pasal 1 ayat (2) protocol 1967 menyatakan sebagai berikut :

“For the purpose of the present protocol, the term “refugees” shall, except as regard the application of paragraph 3 of this article, mean any person within the definition of article 1 of the convention as if the words “as a results of the events occurring before 1 January 1951 and...” and the word “...a results of such event”. In article 1 (2) were omitted.”

Perluasan definisi pengungsi dan *protocol relating to the status of refugees* dimaksud untuk mengatasi permasalahan pengungsi yang terjadi setelah Perang Dunia II, terutama pengungsi yang timbul akibat konflik politik Afrika tahun 1950 dan 1960.⁹⁸

⁹⁷ Wagiman, S. Fil, *Op.cit.*, hlm. 95

⁹⁸ *Ibid*, hlm. 96.

4. Tipologi Pengungsi

Dalam hukum pengungsi internasional istilah pengungsi (*refugee*) dikenal beragam dengan istilah yang berkaitan dengan pengungsi. Istilah ini kemudian menjurus ke arah tipe-tipe pengungsi. Ada faktor pembeda antara tiap pengungsi, beragam motif, latar belakang sehingga orang bisa dikenal statusnya sebagai pengungsi.⁹⁹ Jika varian motifnya beragam maka pengungsi dapat dikenal dengan beragam istilah seperti; *Economic migrant*, *Refugees sur place*, *Statutory refugees*, *War refugees*. Sementara kalau variabel latar belakang terjadinya pengungsi maka dapat dikelompokkan ke dalam dua jenis, yakni:¹⁰⁰

- a. Pengungsian karena bencana alam (*natural Disaster*). Pengungsian ini pada prinsipnya masih dilindungi Negeranya keluar untuk menyelamatkan jiwanya, dan orang-orang ini masih dapat minta tolong pada Negara dari mana ia berasal.
- b. Pengungsian karena bencana yang dibuat manusia (*Man Made Disaster*). Pengungsian disini pada prinsipnya pengungsi keluar dari Negeranya karena menghindari tuntutan (persekusi) dari Negeranya. Biasanya pengungsi ini karena alasan politik terpaksa meninggalkan Negeranya, orang-orang ini tidak lagi mendapat perlindungan dari pemerintah dimana ia berasal.

Dari dua jenis pengungsi di atas yang diatur oleh Hukum Internasional sebagai *Refugee Law* (Hukum Pengungsi) adalah jenis yang kedua, sedang pengungsi karena bencana alam itu tidak diatur dan dilindungi oleh hukum internasional. Kembali lagi pada pembahasan istilah pengungsi dari varian

⁹⁹ J.M. Atik Krusyati, 2004, *Pengenalan Dasar Hukum Pengungsi Internasional*, Makalah disampaikan pada “Simposium Pengembangan PEngajaran Hukum Internasional di Era Globalisasi” di Pasuruan, 20-21 Desember 2004.

¹⁰⁰ M. Husni Syam, *Perlindungan Internasional Terhadap Pengungsi Dalam Konflik Bersenjata*. Jurnal Vol XI No. 1 Maret 2009, Bandung, <http://hukum.unisba.ac.id/syiarhukum/index.php/jurnal/item/98-perlindungan-internasional-terhadap-pengungsi-dalam-konflik-bersenjata> diunduh pada tanggal 1 Januari 2016.

motifnya, dikenal dalam hukum pengungsi internasional suatu istilah yang disebut dengan *Statutory Refugees*. Sedang dimaksud dengan *Statutory Refugees* adalah pengungsi-pengungsi yang berasal dari suatu Negara tertentu yang tidak mendapatkan perlindungan diplomatik.¹⁰¹ Yang dapat dikategorikan sebagai *Statutory Refugees* adalah mereka yang memenuhi persyaratan seperti yang disebut dalam perjanjian internasional sebelum 1951.

D. Prinsip penentuan status pengungsi

Prinsip penentuan status seseorang agar dapat disebut pengungsi diatur secara yuridis seperti dalam konvensi tahun 1951 di dalamnya juga mengatur tentang “*The Exclusion Clauses* dan *The cessations clauses*.”

Atik Krustiyati dalam bukunya *Penanganan Pengungsi di Indonesia*, menjelaskan perbedaan antara pengungsi dan pencari suaka sebagai berikut :¹⁰²

1. Pengungsi merupakan status yang diakui oleh instrumen internasional dan atau regional yang berkaitan dengan perosalan pengungsi. Seseorang yang diakui statusnya sebagai pengungsi akan menerima kewajiban-kewajiban yang telah ditetapkan serta hak dan perlindungan yang diberikan oleh hukum kepada mereka. Seorang pengungsi adalah sekaligus sebagai pencari suaka. Sebelum statusnya diakui sebagai pengungsi, pada awalnya dia

¹⁰¹ J.M. Atik Krustiyati, *Loc.cit.*

¹⁰² Atik Krustiyati, *Penanganan Pengungsi di Indonesia*, Brilian Internasional, Surabaya, 2010, hlm. 14-15.

adalah pencari suaka atau pesuaka. Sebaliknya pesuaka belum tentu pengungsi, karena status pesuaka akan berubah menjadi pengungsi apabila persyaratan yang diatur dalam Pasal 1 (A) dari Konvensi Tentang Pengungsi 1951 terpenuhi.

2. Pesuaka bukanlah status yang diberikan oleh instrumen internasional yang mengikat secara hukum, karena instrumennya belum ada. Akibatnya, Negara suaka tidak mempunyai kewajiban hukum untuk menjamin hak-hak asasi pesuaka sebagaimana halnya dengan pengungsi. Sekiranya hak-hak tertentu diberikan oleh negara suaka kepada pesuaka, misalnya hak untuk bekerja, menyatakan pendapat, hak untuk memiliki benda bergerak atau yang menyangkut kepemilikan, maka pemberian hak semacam ini dilakukan berdasarkan diskresi dari pemerintah Negara yang bersangkutan. Jadi, tindakan yang dilakukan oleh pemerintah tersebut bukan karena kewajiban yang timbul menurut instrumen internasional di mana Negara tersebut menjadi pihak dalam perjanjian internasional tersebut.

a. Hak dan Kewajiban Pengungsi

Adapun yang menjadi hak dan kewajiban pengungsi adalah sebagai berikut:¹⁰³

- 1) Negara-negara peserta Konvensi tidak boleh memperlakukan pengungsi berdasarkan politik diskriminasi baik yang berkenaan dengan ras, agama atau Negara asal maupun warna kulit dan mereka

¹⁰³ M. Husni Syam. *Perlindungan Internasional Terhadap Pengungsi Dalam Konflik Bersenjata*. Jurnal Vol XI No. 1 Maret 2009, Bandung, di akses dari <http://hukum.unisba.ac.id/syiarhukum/index.php/jurnal/item/98-perlindungan-internasional-terhadap-pengungsi-dalam-konflik-bersenjata>, diunduh pada tanggal 1 Januari 2016, jam 11.50 WIB.

mempunyai kebebasan untuk menjalankan agamanya serta kebebasan bagi pendidikan anak-anak mereka ditempat mana mereka ditampung (Pasal 3 dan 4). Ini merupakan hak non diskriminasi.

2) Mengenai status pribadi para pengungsi diatur sesuai dengan hukum dimana mereka berdomisili. Jika mereka tidak mempunyai domisili, status pribadi mereka diatur oleh hukum dimana mereka ditempatkan (*place of residence*). Hak yang berkaitan dengan perkawinan juga harus diakui oleh Negara peserta Konvensi dan Protokol (pasal 12). Ini merupakan hak status pribadi.

3) Seorang pengungsi mempunyai hak yang sama dalam hal untuk mempunyai atau memiliki hak milik baik bergerak maupun tidak bergerak dan menyimpannya seperti halnya orang lain dan juga dapat menstransfer assetnya ke Negara dimana dia akan menetap (Pasal 13, 14 dan 30). Ini merupakan hak kesempatan atas hak milik.

4) Negara peserta Konvensi harus mengakui kebebasan pengungsi untuk berserikat dengan mendirikan perkumpulan termasuk perkumpulan dagang sepanjang perkumpulan itu bersifat non-profit dan non- politis (Pasal 15) ini merupakan hak berserikat.

5) Apabila ada suatu perkara yang dialami oleh para pengungsi dimana mereka ingin menyelesaikannya melalui badan peradilan, maka dalam hal ini mereka harus dianggap sama dengan warga Negara lainnya jadi mereka mempunyai kebebasan untuk mengajukan gugatannya di sidang pengadilan dimana mereka ditempatkan bahkan bila diperlukan

mereka harus diberikan bantuan hukum (Pasal 16), ini merupakan hak berperkara di pengadilan.

6) Bagi para pengungsi yang telah ditempatkan secara tetap di suatu Negara dan telah diakui menurut hukum, maka mereka mempunyai hak untuk mendapatkan pekerjaan serta mendirikan suatu perusahaan dagang dan pekerjaan bebas lainnya, dimana pekerjaan bebas ini harus sesuai dengan ketentuan yang telah diakui, seperti tanda sertifikat, gunanya adalah mengetahui keahlian untuk ditempatkan pada suatu pekerjaan yang cocok (pasal 17, 18 dan 19). Ini merupakan hak atas pekerjaan yang menghasilkan.

7) Setiap pengungsi akan mendapat perlakuan yang sama dengan warganegara lainnya atas hak memperoleh pendidikan sekolah dasar. Karenanya, setiap pengungsi berhak pula atas pembebasan biaya pendidikan tertentu termasuk juga hak untuk memperoleh beasiswa (Pasal 22). Ini merupakan hak atas pendidikan dan pengajaran.

8) Setiap pengungsi diberikan kebebasan yang seluas-luasnya untuk memilih didaerah atau provinsi mana mereka akan menetap sepanjang pilihan itu masih berada dalam teritorial Negara dimana ia ditempatkan (Pasal 26). Ini merupakan hak kebebasan bergerak.

9) Setiap pengungsi akan dapat menikmati hak-hak atas kesejahteraan sosial, seperti hak untuk bekerja, perumahan, mendapatkan upah dari pekerjaan yang mereka lakukan. (Pasal 20 dan 22). Ini merupakan hak atas kesejahteraan sosial.

10) Setiap pengungsi berhak atas surat-surat identitas dan dokumen perjalanan ke luar dari teritorial Negara dimana dia ditempatkan kecuali karena alasan keamanan dan kepentingan umum. Dokumen perjalanan yang dikeluarkan atas perjanjian internasional akan diakui oleh Negara peserta Konvensi (Pasal 27 dan 28). Ini merupakan hak atas tanda pengenal dan dokumen perjalanan.

11) Dalam hal ini pengungsi telah ditempatkan secara tetap di suatu Negara, tidak akan ada dilakukan tindakan pengusiran ke wilayah dimana kehidupannya akan terancam serta tidak akan ada penghukuman terhadap pengungsi yang masuk secara tidak sah, kecuali jika keamanan nasional menghendaki lain, seperti mereka melakukan kekacauan dimana mereka tinggal (pasal 31, 32, dan 33). Ini merupakan hak untuk tidak diusir.

E. Tinjauan Umum tentang *Convention Relating to The Status of Refugee* 1951

Substansi dari hak asasi yang diatur dalam konvensi berasal dari 2 (dua) sumber utama. Sebagian besar bersumber dari 1933 *Refugee Convention*, sehingga secara eksplisit telah menjadi model untuk konvensi pengungsi. Sumber yang kedua adalah Deklarasi Hak Asasi Manusia (HAM). Hal tersebut

mempengaruhi penyusunan ulang *draft* dari beberapa hak-hak asasi pada pemulaan penyusunan hak-hak asasi para pengungsi.¹⁰⁴

Hak-hak asasi yang diatur dalam Konvensi Pengungsi 1951 adalah berupa perlindungan yang berdasarkan pada aspek pengalaman para pengungsi, termasuk keinginan untuk melarikan diri, untuk diterima / diakui, dan untuk mendapatkan tempat perlindungan. Dalam konvensi, pengungsi tidak akan dihukum karena mencari perlindungan ataupun dikembalikan ke Negara asal di mana keselamatannya terancam. Mereka juga berhak atas keselamatan dan manfaat, pengakuan atas status mereka dan akses terhadap pengadilan nasional untuk penegakan hak-hak mereka.¹⁰⁵

Diluar dari pada itu, pengungsi juga dijamin hak sipil dan sosial ekonominya. Ketidakmampuan Negara untuk menjamin kebebasan pengungsi dari diskriminasi, kebebasan beragama, dan akses terhadap pengadilan sebagai jaminan kebebasan para pengungsi menjadi fakta yang penting untuk menjamin hak-hak sosial ekonomi yang kemudian memberi pertimbangan untuk memasukkan pengungsi kedalam sistem perekonomian Negara pemberi suaka.¹⁰⁶

F. United Nation High Commissioner for Refugee (UNHCR)

Fenomena kemanusiaan khususnya pengungsi telah terjadi pasca Revolusi di Rusia serta runtuhnya kekaisaran Ottoman. Disaat itu, jutaan orang

¹⁰⁴ Rudi M. Rizki, *Pokok-Pokok Hukum Hak Asasi Manusia Internasional*, Seri Bahan Bacaan Kursus HAM Tahun 2005, Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, Jakarta, hlm. 1.

¹⁰⁵ Achmad Romsan, 2003, *Pengantar Hukum Pengungsi Internasional*, Sanic Offset, Bandung, hlm. 36.

¹⁰⁶ Achmad romsan, *Loc.cit.*

mengungsi ke luar wilayah Negara asalnya. Keberadaan mereka di luar Negeranya berakibat tidak adanya lagi perlindungan hukum dari Negara asalnya. Kondisi tersebut kemudian mendorong LBB membentuk Komisaris Tinggi LBB untuk Pengungsi. Tugas utama badan tersebut untuk menetapkan status hukum dan memastikan diberikannya perlindungan internasional kepada pengungsi. Era LBB telah merintis disusunnya instrumen internasional untuk perlindungan pengungsi.¹⁰⁷

United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) adalah sebuah badan kemanusiaan PBB untuk urusan pengungsi yang berdiri pada 14 Desember 1950. Sebelumnya PBB juga pernah mendirikan sebuah badan kemanusiaan untuk mengatasi masalah pengungsi pada tahun 1944-1949 bernama *United Nations Relief and Rehabilitation Administration* (UNRRA) dan dilanjutkan oleh *International Refugee Organization* (IRO). Kedua badan tersebut didirikan pada awal perang dunia kedua untuk membantu pengungsi Eropa yang terpecah akibat peperangan. Awalnya UNHCR adalah lembaga ad-hoc yang berdurasi tiga tahun untuk menyelesaikan tugasnya, setelah itu akan dibubarkan.¹⁰⁸ Namun pada tahun berikutnya, pada 28 Juli 1951, Konvensi PBB tentang status pengungsi dijadikan sebuah dasar hukum dalam membantu pengungsi dan statuta dasar kerja UNHCR. UNHCR sendiri Berkantor pusat di Jenewa, Switzerland.¹⁰⁹

1. Tugas dan Peran UNHCR

¹⁰⁷ Wagiman S. Fil, *Hukum Pengungsi Internasional*, (Jakarta: Sinar grafika, 2012) hlm. 136.

¹⁰⁸ Lihat, Guy S. Goodwin Gill, *Refugee Identity and Protection's Funding Prospect*, hlm. 27.

¹⁰⁹ *Ibid.*

UNHCR adalah sebuah lembaga yang mempunyai prosedur tetap dalam memberikan bantuan yang berkaitan dengan pemenuhan Hak Asasi Manusia (HAM) berupa perlindungan internasional. Apabila menyinggung penerapan HAM yang efektif maka penerapan HAM harus dilihat secara kontekstual.¹¹⁰ Asas-asas yang ada dalam HAM yang sifatnya universal tapi di sisi lain tidak bisa diterapkan secara sama di dalam konteks yang berbeda-beda. Asas-asas HAM yang sifatnya universal dalam artian bahwa tidak ada satupun Negara di dunia ini yang dapat menepuk dada dan mengatakan bahwa ia tidak mempunyai masalah HAM.

UNHCR dibentuk sebagai sebuah manifestasi penegakan HAM di mana mempunyai peranan khusus dalam penegakan HAM yang menyangkut penanganan pengungsi. Secara umum konsep ini berisikan pencegahan bagaimana agar pengungsi ada pemulangan kembali, bantuan dalam proses pencarian suaka, bantuan dan nasihat hukum, pemajuan dan penyelenggaraan keamanan fisik bagi para pengungsi, pemajuan dan pembantuan pemulangan kembali secara sukarela dan membantu para pengungsi untuk bermukim kembali.¹¹¹

Kepercayaan terhadap kredibilitas UNHCR sebagai sebuah lembaga yang menangani pengungsi dengan pemberian mandat untuk pemberian perlindungan terhadap pengungsi internasional merupakan sebuah harapan bahwa ke depannya UNHCR mampu memberikan solusi yang sifatnya permanen terhadap para pengungsi dengan jalan membantu pemerintah-

¹¹⁰ Wagiman, S.Fil, *Op.cit.*, hlm. 189.

¹¹¹ An Introduction to International Protection: *Protection Person of Convern to UNHCR*, 2005, UNHCR.

pemerintah, pelaku-pelaku lainnya ataupun organisasi-organisasi kemanusiaan yang terkait untuk memberikan fasilitas pemulangan (*repatriation*) bagi para pengungsi.¹¹²

G. Prinsip *Non-Refoulement*

1. Prinsip *Non-Refoulement* dalam Hukum Internasional

Hal yang mendasar mengenai kewajiban *non-refoulement* merujuk pada konteks perlindungan internasional dari adanya persekusi.¹¹³

Kewajiban tersebut tercantum di beberapa perjanjian dan dokumen internasional seperti *the 1967 Declaration on Territorial Asylum*¹¹⁴, *The Organization of African Unity Refugee Convention*¹¹⁵, *the American Convention on Human Rights*¹¹⁶, *the Bangkok Principles on Refugees*¹¹⁷,

¹¹² United Nations High Commissioner for Refugees. 2003. *Membantu Para Pengungsi*. Terbitan Berkala UNHCR.

¹¹³ Goodwin-Gill and McAdam, *The refugee in international law*, hlm. 201-205.

¹¹⁴ Lihat Article 3, A/RES/2312(XXII) (1967).

¹¹⁵ Lihat Article II(3), 1969 Organization of African Unity (OAU) Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 1001 UNTS 45.

¹¹⁶ Lihat Article 22(8), 1969 *American Convention on Human Rights* (Pact of San Jose, Costa Rica), 1144 UNTS 143.

¹¹⁷ Lihat Article III, *Asian-African Legal Consultative Organization*, Principles Concerning Treatment of Refugees, Asian-African Legal Consultative Committee (“Bangkok Principles”), diadopsi oleh resolusi 40/3 of 24 Juni 2001, diakses pada <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ed5f2d52.html>, pada 4 Januari 2016 pukul 13.45 WIB.

*the EU common European Asylum System*¹¹⁸, dan beberapa perjanjian tentang ekstradisi.¹¹⁹

Namun sumber yang terpenting terkait dengan kewajiban *non-refoulement* terdapat dalam pasal 33 (1) *of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees* disebut juga Konvensi Jenewa 1951. Adapun pasal 33 (1) menyebutkan;

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

Pasal tersebut melindungi siapapun yang berstatus (*refugee*) atau pengungsi dari tindakan pengembalian ke Negara yang mana pengungsi tersebut beresiko mengalami tindakan persekusi, hal ini berlaku juga pada (*asylum seekers*) atau pencari suaka.¹²⁰

Dapat disimpulkan secara singkat bahwa prinsip *non-refoulement* dapat diartikan sebagai hak untuk memasuki dan menetap di wilayah Negara pemberi suaka.¹²¹ Prinsip ini menimbulkan suatu bentuk tanggung

¹¹⁸ The formal recognition of non-refoulement obligations in Articles 3(2) and 6, Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting consequences thereof (Mass Influx Directives), Official Journal L 212, p. 12.

¹¹⁹ Lihat Article 3, 1957 *European Convention on Extradition*, 359 UNTS 273.

¹²⁰ Lihat Para (c), UNHCR ExCom No. 6 (1977). Lihat Godwin-Gill and McAdam, *The refugee in international law*, hlm.232-233; Hathaway, *The Rights of Refugees*, hlm.158-160 dan hlm.303-304; Lauterpacht and Bethlehem, “The Scope and Content”, hlm. 116-118. United Nations High Commissioner for Refugees, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of Refugee”, HCR/IP/4/Eng/REV.1, January 1992, diakses pada <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3314.pdf>, para. 28.

¹²¹ James C. Hathaway, *The Rights of Refugee Under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, hlm. 279.

jawab Negara untuk melakukan tindakan-tindakan yang berupa penolakan terhadap pengungsi (*refoulement*).

Poin penting yang diambil dari prinsip ini adalah sebuah kewajiban yang melarang Negara untuk mengembalikan atau memulangkan pengungsi atau pencari suaka ke wilayah-wilayah dimana terdapat resiko bahwa nyawa atau kebebasan dari individu yang bersangkutan terancam karena alasan-alasan seperti ras, agama, kewarganegaraan, keanggotaan dari kelompok sosial tertentu, atau pandangan politiknya.¹²²

Secara konvensional, prinsip ini pada awalnya muncul di Konvensi tentang Status Pengungsi 1951. Pasal 33 (1) Konvensi 1951, “Negara dari pihak Konvensi ini dilarang mengusir (*expel*) atau mengembalikan (*refoul*) seorang pengungsi dalam keadaan apapun ke perbatasan-perbatasan atau wilayah-wilayah dimana nyawa atau kebebasan dari pengungsi tersebut terancam berdasarkan alasan-alasan seperti ras, agama, kebangsaan, keanggotaan dari kelompok-kelompok sosial atau politik tertentu atau pandangan politiknya”.

Prinsip *non-refoulement* diadopsi di beberapa dokumen dan perjanjian internasional. Hal ini dapat dianggap mencerminkan adanya karakteristik prinsip *non-refoulement* sebagai sebuah hukum kebiasaan internasional (*customary international law*) karena keberadaan dokumen

¹²² *Ibid*, hlm. 89.

dan perjanjian internasional tersebut merefleksikan adanya elemen praktik Negara-negara (*state practice*) yang konsisten.¹²³

Konsep *non-refoulement* ini diawali oleh pendapat UNHCR mengenai implementasi ketentuan yang terdapat dalam Pasal 2 ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Rights*). Dalam pendapat tersebut, Komite menyebutkan bahwa Negara dapat dianggap bertanggung jawab apabila terjadi pelanggaran hak-hak yang dilindungi yang dilakukan oleh otoritas kenegaraannya di wilayah Negara lain.¹²⁴

Dalam Pasal 2 ICCPR tersebut, disebutkan bahwa “..Setiap Negara pihak wajib menjamin bahwa setiap individu yang berada di dalam wilayahnya, dan menjadi bagian dari yurisdiksinya...”. Dalam beberapa keputusannya, Komite Hak Asasi Manusia (*Human Rights Committee*) dari ICCPR, menjelaskan bahwa frase “di dalam wilayahnya, dan menjadi bagian dari yurisdiksinya” tidak mengacu pada tempat (*locus*) terjadinya pelanggaran, melainkan hubungan yang terjadi antara individu yang haknya dilanggar dan Negara yang bersangkutan.¹²⁵

Dalam konteks perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, prinsip *non-refoulement* mengatur bahwa seseorang tidak boleh dihadapkan dengan tindakan-tindakan yang berupa penyiksaan, perlakuan atau hukuman yang sadis, tidak berprikemanusiaan, dan tidak bermartabat.

¹²³ Prinsip tersebut dipublikasikan oleh UNHCR.

¹²⁴ Guy S. Goodwin Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 1998, hlm. 142.

¹²⁵ *De Lopez v. Uruguay* (52/1979), HRC, *Selected Decision under the Optional Protocol*, UN doc, CCPR/C/OR/1 (1985), 88-92, para. 12.

Secara keseluruhan, kini telah terdapat perkembangan bahwa hukum telah mengalami perkembangan dalam hal pengakuan kewajiban hak asasi yang mendasar serta secara tidak langsung terdapat kewajiban untuk tidak memindahkan (*to send people*) orang ke wilayah dimana mereka akan mengalami resiko perlakuan yang dilarang.¹²⁶

2. Prinsip *Non-Refoulement* di Uni Eropa

Di Eropa, walaupun Komisi Hak Asasi Manusia di Eropa (*European Commission of Human Rights*) telah menegaskan untuk menghormati Pasal 3 Konvensi HAM Eropa (ECHR) harus ditafsirkan sebagaimana melaksanakan kewajiban *non-refoulement* pada era tahun 1970an,¹²⁷ tidak ada pelaksanaan secara nyata terkait dengan hal tersebut hingga kewajiban mengenai *non-refoulement* menjadi sorotan publik pada kasus ekstradisi terhadap Soering pada tahun 1989.¹²⁸

Prinsip *non-refoulement* berlaku bagi pencari suaka, selama dinilai belum dapat dipastikannya orang tersebut memperoleh perlindungan yang efektif.¹²⁹ Hal tersebut didukung oleh pernyataan Komite Eksekutif UNHCR (*UNHCR Executive Committee*) yang menyatakan bahwa prinsip

¹²⁶ H. Battjes, "The Soering threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law", 11 Eur. J. Migr. L (2009) 205-219, 345-353; M. den Heljer, "Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights", 10 Eur. J. Migr. L. (2008) 277-314; R. Piotrowicz and C. van Eck, "Subsidiary Protection and Primary Rights", 53 Int. Comp. Law. Q. (2004) 107-138.

¹²⁷ Lihat *X. v. Federal Republic of Germany*, n. 6315/73, 30 September 1974, 1 DR 73.

¹²⁸ Lihat *Soering v. United Kingdom*, n. 14038/88, 7 July 1989, (1989) 11 EHRR 439., Lihat A. Cassese, Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, in R.S.J. MacDonald (ed), *The European system for the protection of human rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993), hlm. 225-261, dan hlm. 248-249.

¹²⁹ Guy S. Goodwin Gill, *Op.Cit.*, hlm. 137.

non-refoulement memiliki kepentingan yang sangat mendasar / fundamental, sehingga walaupun seseorang belum sepenuhnya / secara formal diakui sebagai seorang pengungsi, yang bersangkutan harus tetap dilindungi berdasarkan prinsip *non-refoulement*.¹³⁰ Dapat diketahui bahwa keberadaan dari pencari suaka disini merupakan fase awal dari penentuan proses selanjutnya yaitu pengakuan sebagai pengungsi oleh Negara penerima, namun apabila dilihat dari pemaparan diatas, meskipun status pengungsi belum didapatkan seseorang, prinsip *non-refoulement* tetap diberlakukan demi melindungi hak-hak mendasar yang dimiliki setiap orang, khususnya pencari suaka.

H. Tanggung Jawab Negara berdasarkan Hukum Internasional

Tanggung jawab Negara merupakan sebuah prinsip yang mendasar dalam hukum internasional yang muncul dari sistem hukum internasional dan doktrin-doktrin tentang kedaulatan Negara dan persamaan hak Negara-negara.¹³¹ Baik itu antara Negara ataupun pihak yang dirugikan, akan menjadi berhak untuk mendapatkan ganti rugi atau kompensasi atas suatu kerugian yang dideritanya. Oleh karena itu, pertanggungjawaban Negara akan berkenaan dengan penentuan tentang dasar apa dan pada situasi bagaimana suatu Negara dapat dianggap telah melakukan tindakan yang salah secara internasional.¹³²

Sebagaimana yang termuat dalam Pasal 2 *Draft Articles on State Responsibility 2001* bahwa setiap Negara dapat dikenai kemungkinan dari adanya tindakan

¹³⁰ UNHCR, *Executive Committee*, Conclusion. No. 6 (1977)

¹³¹ Lauterpacht and Bethlehem, *The Scope and Content*, hlm. 163-164.

¹³² Malcom N. Shaw, *'International Law'*, Butterworths, 2nd edition, 1986, hlm. 541.

salah yang melanggar secara internasional seperti yang terdapat dalam kewajiban nasionalnya. “*Every state is subject to the possibility of being held to have committed an internationally wrongful act entailing its national responsibility.*”

Pertanggungjawaban Negara berkaitan dengan tindakan yang dinyatakan salah secara internasional yang dibatasi oleh prinsip-prinsip hukum internasional mengenai sejauh mana Negara dianggap melanggar hukum internasional.¹³³ Apabila suatu Negara melanggar kewajiban yang telah ditetapkan dalam hukum internasional, terhadapnya dikenakan tanggung jawab untuk mengganti kerugian.

Sekalipun persoalan tanggung jawab Negara sering dikaitkan dengan tindakan salah atau kelalaian yang dilakukan oleh suatu Negara terhadap Negara lain, perkembangannya kemudian menunjukkan bahwa faktor kesengajaan dari Negara pelaku atas pelanggaran yang terjadi tidak lagi merupakan suatu unsur mutlak untuk lahirnya tanggung jawab Negara.¹³⁴

I. Tanggung jawab Negara terhadap orang asing yang berada di wilayahnya

Berkenaan dengan perlakuan terhadap orang asing, maka terdapat dua pendapat bagaimana memperlakukan orang asing, yaitu :¹³⁵

1. *International Minimum Standart*, pendapat ini menyatakan bahwa Negara berkewajiban memperlakukan orang asing lebih istimewa dari

¹³³ Starke, *op.cit.*, hlm. 293-294.

¹³⁴ David. H. Ott, *Public International law in Modern World and Materials on international law*, D.J. Sweet and Maxwell, London, 1983, hlm. 374.

¹³⁵ J.G. Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, Buku I Penerjemah: Bambang Iriana Djajaatmadja, S.H., Sinar Grafika, Jakarta, 1999, hlm.392.

warganegara sendiri baik dari segi hukum maupun penegakkan hukumnya (*enforcement*) yaitu perlindungan efektif menurut hukum internasional.

2. *National treatment standart*, menurut pendapat ini perlakuan terhadap orang asing tidak berbeda atau sama saja sebagaimana halnya memperlakukan warga Negeranya.

Tidak adanya suatu kewajiban menurut hukum internasional untuk mengizinkan orang-orang asing didukung oleh suatu studi terhadap perundang-undangan keimigrasian Negara-negara yang memperlihatkan bahwa Negara-negara mengizinkan masuknya orang-orang asing secara bebas,¹³⁶ kecuali jika ketentuan tersebut terdapat dalam perjanjian internasional yang menentukan izin masuknya orang asing. Contohnya perjanjian yang menentukan izin masuk para pengungsi yaitu konvensi jenewa tahun 1951 dan protocol 1967.

Terdapat beberapa pembatasan *substantive* dan *procedural* terhadap kekuasaan Negara dalam mengusir orang asing, praktek Negara mengakui pengusiran ini bila :¹³⁷

- a. Masuk ke dalam suatu Negara dengan cara melanggar hukum
 - 1) Melanggar syarat-syarat izin masuk
 - 2) Terlibat dalam tindakan kriminal
 - 3) Berdasarkan pertimbangan politik dan keamanan

¹³⁶ Ibid., hlm. 466.

¹³⁷ Goodwin-Gill, *op.cit.* Hlm. 208.