

Pemberitahuan Konsuler Sebagai Bentuk Pelaksanaan Hak Asasi Manusia Ditinjau dari Kasus Avena

**Jennifer
090200124**

Abstract

Since 17 Century, relation between States has been developing until today. In the process of the relationship, national from every country is one of the concern. National's right is protected under international law especially in Vienna Convention 1961 concerning Diplomatic Relation and Vienna Convention 1963 concerning Consular Relation. Consular Notification is one of the rights that are protected for people who live in other countries. No one needs national protection more than someone who is accused at another country. Nowadays, many countries tend to violate that rule although they have ratified it. Many cases happened and submitted under the International Court of Justice can be the proves for it. Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United State of America) is one of the case that shows how important the rule of consular notification is.

Keyword: Consular Relation, Consular Notification, National

Pendahuluan

Perkembangan hubungan antar negara berkembang semakin pesat seiring dengan perkembangan hubungan antar manusia dalam berbagai bidang. Hal tersebut yang menyebabkan hukum internasional memberi ruang khusus yang mengatur mengenai hubungan antar negara dan termasuk warga negaranya. Di samping itu, hak asasi manusia merupakan isu yang sedang berkembang pesat dalam perkembangan hukum internasional. Hak asasi dijunjung tinggi sebagai suatu hal yang wajib diberikan pada semua umat manusia secara merata.¹ Seluruh negara di dunia diwajibkan untuk menaati pengakuan terhadap hak asasi bagi semua umat manusia. Pelanggaran terhadap hak asasi di wilayah suatu negara dapat berkembang menjadi isu internasional. Hak asasi saat ini meliputi semua aspek kehidupan manusia saat ini, dari segi pendidikan, pekerjaan, kelayakan hidup, kekerasan, dan aspek-aspek lainnya.

Perkembangan mengenai hak asasi ini mencapai juga kepada hak-hak bagi warga asing yang sedang berada di luar teritorial negara asalnya. Warga asing di suatu negara mendapatkan perlindungan melalui Konvensi Wina 1963 mengenai hubungan konsuler dan Konvensi Wina 1961 mengenai hubungan diplomatik. Warga asing harus diperlakukan dengan baik sama seperti perlakuan yang diberikan kepada warga negara asli di negara tersebut.²

Pemberian hak asasi secara merata diberikan kepada siapa saja, termasuk kepada kriminal yang telah melakukan tindak kejahatan. Hal ini berlaku pula pada warga asing yang telah melakukan tindak kejahatan di wilayah suatu negara. Perlakuan dan kekerasan yang diberikan oleh negara asing harus sesuai dengan hak asasi yang telah diatur dalam hukum internasional. Seperti yang telah dijelaskan di atas bahwa hukum nasional negara-negara di dunia berbeda satu sama lain, hal ini menyebabkan perlunya perlindungan dari hukum negara asal kepada warga negaranya tersebut.

Prosedur mengenai hubungan konsuler ini telah diatur secara jelas di dalam Konvensi Wina 1963 pasal 36 dimana suatu negara yang melakukan penahanan warga asing karena suatu tindak kejahatan wajib melakukan pemberitahuan konsuler mengenai masalah

¹ David H Ott, *Public International Law in the Modern Worlds*, [United Kingdom: Pitman, 1987], hal. 239

² Martin Dixon, *Textbook on International Law, 6th ed.*, United States: Oxford University Press, 2007, hal. 243

penangkapan yang telah dilakukan tersebut.³ Tujuan dari pemberitahuan konsuler ini adalah agar pemerintahan dari negara asal mengetahui mengenai masalah tersebut dan dapat memberikan perlindungan bagi warga negaranya tersebut. Hal tersebut mencegah adanya pelanggaran kepentingan hak bagi warga tersebut.

Saat ini, banyak perkembangan mengenai masalah pelaksanaan hukuman kepada warga asing suatu negara tanpa adanya pemberitahuan kepada negara asalnya. Hal tersebut menyebabkan negara asal tidak dapat melindungi hak-hak warga negaranya dan perlakuan yang tidak sesuai terutama bagi warga asing yang miskin dan bekerja di negara lain. Hukuman yang diberikan beraneka ragam dari penyiksaan sampai hukuman mati.

Pelanggaran terhadap hak warga negara dalam hal pemberitahuan konsuler kepada negara asal dapat dilihat dari kasus yang ditangani oleh Mahkamah Internasional pada tahun 2003 yaitu kasus Avena antara Meksiko dan Amerika Serikat.⁴ Kasus ini mengenai penangkapan dan penjatuhan deretan hukuman mati kepada 52 warga negara Meksiko oleh badan pengadilan Amerika Serikat tanpa adanya upaya untuk melakukan pemberitahuan konsuler kepada negara asal.

Hukum internasional tidak memiliki daya paksa seperti yang terdapat dalam hukum nasional suatu negara. Akan tetapi, pelaksanaan hukum internasional dapat tercapai dengan kesepakatan yang terbentuk antara negara-negara di seluruh dunia. Dalam kasus Avena, apakah pemberitahuan konsuler telah termasuk dalam bentuk pelaksanaan hak asasi manusia dan diakui secara umum. Hal tersebut masih menjadi pertanyaan karena pelaksanaannya sering kali diabaikan oleh praktik-praktik yang dilakukan oleh negara-negara di dunia.

A. Aspek Historis dan Yuridis Hubungan Konsuler dan Diplomatik

1. Aspek Historis dari Hubungan Diplomatik dan Instrumen Hukumnya

Diplomasi berarti menggunakan segala kebijaksanaan dan kecedikiawanan dalam melaksanakan dan memelihara hubungan- hubungan resmi antara pemerintah-pemerintah dan negara-negara yang merdeka.⁵ Menurut Ian Brownlie, “Diplomasi berisikan maksud dimana negara-negara ingin menimbulkan ataupun membina hubungan antara bangsa-bangsa dan berhubungan dengan satu sama lain, ataupun melaksanakan politik maupun transaksi-transaksi yang sah dengan perantaraan dari pada agen-agen diplomatik yang berwenang atau diakui. Hubungan yang dijalin dalam upaya agar kerja sama ataupun kebutuhan masing-masing pihak dapat dipenuhi satu sama lain, dan sebagai tindak pencegahan atau prevensi ketika timbul suatu masalah yang berhubungan dengan kedua negara yang saling menjalin hubungan diplomatik tersebut. atau dengan kata lain diplomasi itu adalah perhubungan antara sesama negara dengan pertukaran misi-misi diplomatik yang diakui dalam hal mengurus kerja sama antara negara-negara tersebut.”⁶

Istilah diplomasi berasal dari bahasa Latin dan Yunani yang dapat bdiartikan sebagai surat kepercayaan. Perkataan diplomasi kemudian menjelma menjadi istilah diplomat, diplomasi, dan diplomat.⁷ Perkembangan hubungan diplomatik didasarkan pada hubungan yang terjadi di dalam masyarakat internasional. Semua negara di dunia memerlukan hubungan dan kerjasama dengan negara lain untuk memenuhi seluruh kebutuhannya. Di samping itu, pesatnya perkembangan teknologi KIE (Komunikasi, Informasi, dan Edukasi) dewasa ini telah memacu semakin intensifnya interaksi antar-

³ Konvensi Wina 1963 tentang Hubungan Konsuler, pasal 36

⁴ *Case Concerning Avena and other Mexican National (Mexico v. USA)*, [2004], Judgment, ICJ General List No.128 para. 46. [Avena case]

⁵ Edy Suryono, *Hukum Diplomatik Kekebalan dan Keistimewaan*, Angkasa, Bandung 1986, hal. 13

⁶ Ian Brownlie, *Principle of Public Internasional Law*, ford University Press, 1979 3rd, ed, hal. 345.

⁷ C.S.T Kansil, *Modul Hukum Internasional*, Jakarta: Djambatan, 2002, hal. 71

negara dan antar-bangsa di dunia.⁸ Semakin tingginya tingkat intensitas dalam interaksi tersebut telah mempengaruhi potensi kegiatan ekonomi, politik, sosial, dan budaya suatu negara dengan pihak lain, baik itu dilakukan oleh pemerintahan (pusat dan daerah), organisasi non pemerintah, pihak swasta, dan perorangan sebagai aktor baru dalam hubungan internasional.

Sejarah mencatat dan membuktikan bahwa jauh sebelum bangsa-bangsa di dunia mengenal dan menjalankan praktik hubungan diplomatik, misi diplomatik secara tetap seperti yang ada dewasa ini, di zaman India kuno telah dikenal ketentuan-ketentuan atau kaidah-kaidah yang mengatur hubungan antar raja ataupun antar kerajaan, dimana hukum pada masa itu juga telah mengenal yang dinamakan dengan duta.⁹ Di benua Eropa, pengiriman duta-duta baru dikenal pada abad ke-16 dan diatur dengan hukum kebiasaan.

Pengaturan mengenai hubungan diplomatik dan perwakilan diplomatik mulai menjadi jelas sejak Kongres Wina 1815, yang kemudian diubah dan disempurnakan oleh Protokol Aix-La-Chapelle 1818. Kongres Wina merupakan tonggak dalam sejarah diplomasi modern karena telah membentuk prinsip-prinsip yang sistematis, termasuk di dalamnya klasifikasi jabatan diplomatik dan prosedur maupun mekanisme dalam hubungan diplomatik¹⁰ Kemudian penggolongan tersebut diperkuat lagi dalam Kongres Aix-La-Chapelle pada tanggal 21 November 1818 dimana telah ditetapkan lagi pangkat lain dalam jabatan diplomatik.¹¹

Pada tahun 1927, perkembangan selanjutnya dalam pengaturan mengenai hubungan diplomatik yaitu dibentuknya usaha kodifikasi terhadap prinsip-prinsip diplomatik oleh Komisi Ahli. Namun, hasil yang telah dicapai oleh Komisi Ahli ditolak oleh Dewan PBB karena perumusan kesepakatan umum mengenai hak-hak istimewa dan kekebalan diplomatik yang cukup kompleks dianggap belum waktunya untuk dibahas.¹²

Setahun kemudian, pada tahun 1928, di Havana, Organisasi Negara-negara Amerika (OAS) menerima sebuah konvensi dengan nama *Convention on Diplomatic Officer*.¹³ Konvensi Havana merupakan suatu upaya pertama dalam usaha kodifikasi Hukum Diplomatik yang berhasil.¹⁴

Pada tahun 1947 setelah berdirinya PBB, Komisi Hukum Internasional yang dibentuk oleh Majelis Umum PBB atas amanat Pasal 13 Piagam PBB¹⁵ yang berbunyi sebagai berikut:

“Majelis Umum akan mengadakan penyelidikan dan mengajukan usulan-usulan (*recommendations*) dengan tujuan:

- a. Memajukan kerja sama internasional dalam bidang politik, dan mendorong peningkatan dan pengembangan hukum internasional secara progresif dan pengodifikasiannya;
- b. Memajukan kerja sama internasional di bidang ekonomi, sosial, kebudayaan, pendidikan, dan bidang-bidang kesehatan, dan membantu meningkatkan pemahaman

⁸ Syahmin Ak, *Hukum Diplomatik Suatu Pengantar*, Armico, Bandung 1984, hal.13

⁹ Ali.Sastroamidjojo, *Pengantar Hukum Internasional*, Bhartara, Jakarta, 1971, hal. 165

¹⁰ Syahmin Ak, *op cit*, hal.14

¹¹ Edy Suryono, *op cit*, hal. 32

¹² M.Sanwani Nasution, *Pengantar Hukum Internasional Dalam Hubungan Diplomatik*, Fakultas Hukum, Medan, 1980, hal. 70

¹³ Syahmin, Ak, *op cit*, hal. 15

¹⁴ Edy Suryono, *op cit*, hal. 33

¹⁵ Panitia Hukum Internasional tersebut dibentuk berdasarkan Resolusi Majelis Umum PBB No. 174/II/1947, beranggotakan para ahli hukum terkemuka dari berbagai bangsa dan berbagai sistem hukum di dunia (Lihat buku Syahmin AK, *Hukum Perjanjian Internasional: Menurut Konvensi Wina 1969* (Bandung: CV. Armico, Edisi pertama 1985), hal., 1, et.seq.

atas hak-hak asasi manusia dan kebebasan dasar bagi semua umat manusia tanpa membedakan bangsa, ras, jenis, kelamin, bahasa, maupun agama .”

Pada tahun 1954, pembahasan mengenai hubungan dan kekebalan diplomatik berkembang, kemudian sebelum akhir 1959, Majelis Umum PBB melalui Resolusi 1450 (XIV) memutuskan untuk menyelenggarakan suatu Konferensi Internasional guna membahas masalah-masalah seputar hubungan dan hak-hak kekebalan dan keistimewaan diplomatik.¹⁶ Konferensi ini kemudian menghasilkan instrumen-instrumen, yaitu: *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, *Optional Protocol Concerning Acquisition of Nationality*, dan *Optional Protocol Concerning Compulsory Settlement of Disputes*.
Sejarah dan Perkembangan Hubungan Konsuler dan Instrumen Hukumnya

Lembaga Konsuler tumbuh dan berkembang lebih dahulu daripada sistem perwakilan diplomatik karena lembaga konsuler ini merupakan produk dari kegiatan-kegiatan perdagangan dan pelayanan sejak abad ke-12 hingga masa kini. Setelah berakhirnya Perang Dunia II, Komisi Hukum Internasional (*International Law Commission*, untuk seterusnya disingkat ILC), dan mulai 1955 telah memutuskan untuk mengodifikasi ketentuan-ketentuan hukum internasional mengenai hubungan konsuler. Kemudian pada sidang ILC 1960 telah dipersiapkan serangkaian *draft articles* yang terdiri dari 65 pasal, dan diedarkan kepada pemerintah negara-negara anggota untuk mendapatkan tanggapan.¹⁷

Pada tahun 1961, *draft articles* tersebut telah diperbaiki berdasarkan masukan dan tanggapan dari negara-negara anggota sehingga menjadi *draft convention* yang terdiri dari 71 pasal. Kemudian setelah *draft convention* tersebut diserahkan kepada Majelis Umum PBB, majelis tersebut memutuskan untuk menyelenggarakan suatu konvensi internasional yang khusus membahas mengenai *Draft Convention on Consular Relation* tersebut.¹⁸ Setelah dibicarakan secara rinci, akhirnya konferensi tersebut menerima Konvensi Wina mengenai Hubungan Konsuler yang terdiri atas 79 pasal. Pada praktiknya, Konvensi Wina 1963 tentang Hubungan Konsuler mulai berlaku secara efektif pada 19 Maret 1967. Konvensi Wina tersebut dilengkapi dengan Konvensi mengenai Misi-misi Khusus (*Convention on Special Missions*) yang diterima oleh Majelis Umum PBB pada 8 Desember 1969.¹⁹

2. Tugas serta Fungsi Perwakilan Diplomatik dan Konsuler

a. Perwakilan Diplomatik

Dari awal tugas seorang duta besar maupun para pejabat diplomatik adalah mewakili kepentingan negara pengirim di negara penerima dan sebagai penghubung antara kedua negara. Namun secara spesifik, pengaturan mengenai tugas-tugas perwakilan diplomatik tertuang dalam Pasal 3 Konvensi Wina 1961 yang menetapkan sebagai berikut:

The function of diplomatic mission consist inter alia in (Fungsi misi diplomatik yang terdiri antara lain):

- 1) *Representing the sending state in the receiving state* (Mewakili negara pengirim di negara penerima);
- 2) *Protecting in the receiving state the interests of the sending state dan of its nationals, within the limits permitted by international law* (melindungi kepentingan negara pengirim dan warga negaranya di negara penerima, dalam batas-batas yang diizinkan dalam hukum internasional);

¹⁶ Syahmin , Ak, hal. 16

¹⁷ Sumaryo Suryokusumo, *Hukum Diplomatik: Teori dan Kasus*, Bandung, PT Alumsni, 1995, hal.13

¹⁸ Syahmin , Ak, *op cit*, hal. 175

¹⁹ *Ibid*, hal. 18

- 3) *Negotiating with the government of the receiving state* (bernegosiasi dengan pemerintahan negara pengirim);
- 4) *Ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving state, and reporting there on the government of the sending state* (Memastikan dengan segala cara yang sah dan kondisi perkembangan di negara penerima, dan melaporkan ada pada pemerintah negara pengirim);
- 5) *Promoting friendly relations between the sending state and the receiving state, and developing their economic, cultural, and scientific relations* (Mempromosikan hubungan persahabatan antara negara pengirim dan negara penerima, dan mengembangkan hubungan ekonomi, budaya, dan ilmiah).

Seiring dengan perkembangan yang terjadi dalam kehidupan masyarakat internasional dalam bidang teknologi dan ilmu pengetahuan, serta meningkatnya jumlah negara dan organisasi-organisasi internasional, tugas pejabat diplomatik bukan saja terpaku pada masalah hubungan ekonomi, kebudayaan, dan ilmu pengetahuan, melainkan juga dengan negara penerima yang bersangkutan ikut berusaha menangani masalah-masalah, baik yang bersifat regional maupun internasional.²⁰ Permasalahan-permasalahan seperti pemberantasan obat-obatan terlarang, penanganan masalah lingkungan hidup, perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, sampai masalah terorisme merupakan masalah yang menjadi kepentingan bersama untuk saat ini..

b. Perwakilan Konsuler

Kewenangan yang dimiliki oleh perwakilan konsuler berbeda dengan yang dimiliki oleh perwakilan diplomatik, dan tidak bersifat mewakili negaranya karena perwakilan konsuler biasanya ditempatkan di kota-kota perdagangan ataupun kota-kota pelabuhan pada negara penerima.²¹ Tugas perwakilan konsuler adalah menciptakan itikad baik atau pengertian bersama dan meningkatkan kerja sama internasional antar pemerintah dan rakyat dari kedua negara.

Di dalam Pasal 5 Konvensi Wina 1963, fungsi yang dimiliki oleh perwakilan konsuler adalah sebagai berikut²²:

- 1) Melindungi kepentingan negara dan warga negara pengirim di negara penerima, baik secara individual maupun badan-badan usaha (seperti: yayasan, perusahaan, atau lembaga/ Badan Usaha Milik Negara) dalam batasan yang diperkenankan oleh hukum internasional.
- 2) Menindaklanjuti perkembangan hubungan perdagangan, ekonomi, kebudayaan, dan ilmu pengetahuan antara negara pengirim dan negara penerimadan memelihara hubungan persahabatan di antara mereka sesuai dengan ketentuan-ketentuan konvensi ini.
- 3) Memberikan keterangan yang sesuai dengan hukum yang berlaku tentang kerja sama perdagangan, ekonomi, dan kebudayaan, dan ilmu pengetahuan, melaporkan kepada pemerintahnya, serta memberikan informasi kepada orang-orang yang berkepentingan.
- 4) Mengeluarkan passport dan dokumen perjalanan bagi warga negara pengirim dan visa atau dokumen-dokumen yang pantas kepada orang-orang yang hendak berpergian ke negara pengirim.
- 5) Menolong dan membantu warga negara dari negara pengirim yang memerlukan pertolongan secara perorangan maupun badan-badan usaha dari negara pengirim.

²⁰ *Ibid*, hal. 88

²¹ L.Oppeinheim, *op cit*, hal. 830

²² Syahmin , Ak, *op cit*, hlm 190-191

- 6) Bertindak sebagai notaris dan Pejabat Catatan Sipil atau dalam kapasitas itu dan melaksanakan tugas yang bersifat administratif asalkan untuk maksud tersebut tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku dan peraturan perundang-undangan negara penerima.
- 7) Melindungi kepentingan-kepentingan warga negara, baik sebagai perorangan maupun badan hukum negara pengirim dalam hal pergantian *mortis causa* (karena meninggal), di wilayah negara penerima, sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan negara penerima.
- 8) Melindungi dalam batas-batas yang ditetapkan hukum dan peraturan perundang-undangan negara penerima, kepentingan anak-anak dan orang-orang lain warga negara pengirim, yang tidak memiliki kemampuan penuh, khususnya di mana perlindungan atau perwalian diperlukan bagi orang-orang yang bersangkutan.
- 9) Tunduk pada prosedur yang berlaku di negara penerima, membela atau mengatur pembebasan warga negara pengirim di muka pengadilan dan penguasa lain di negara penerima, dengan maksud memperoleh, sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku di negara penerima, tindakan sementara untuk mempertahankan hak dan kepentingan warga negara ini. Jika karena tidak hadir atau sebab-sebab lain, warga negara itu tidak mampu pada waktu yang tepat, melakukan pembelaan atas hak dan kepentingannya.
- 10) Mengirimkan dokumen yuridis dan ekstrayuridis atau melaksanakan surat-surat permohonan atau melaksanakan perbuatan untuk dijadikan sebagai barang bukti di pengadilan negara pengirim, sesuai dengan perjanjian-perjanjian internasional yang berlaku, atau jika tidak ada perjanjian internasional semacam itu, dengan cara lain yang sesuai dengan hukum dan peraturan perundang-undangan negara penerima.
- 11) Melakukan pengawasan dan pemeriksaan yang disyaratkan dalam hukum dan peraturan perundang-undangan negara pengirim terhadap kapal-kapal berkebangsaan negara pengirim dan pesawat-pesawat udara yang didaftarkan di negara itu beserta anak buah kapalnya.
- 12) Memberi bantuan kepada kapal-kapal dan pesawat udara sebagaimana disebutkan dalam ayat (k) pasal ini, dan kepada anak buah kapal menerima laporan perjalanan suatu kapal, memeriksa dan mencap dokumen-dokumen kapal, dan tanpa berprasangka terhadap pihak otoritas negara penerima, melakukan penyelidikan atas peristiwa yang terjadi dalam perjalanan dan menyelesaikan perselisihan apapun yang terjadi antara nahkoda, perwira, dan pelaut, sejauh hal ini diizinkan oleh hukum dan peraturan negara penerima.
- 13) Melakukan fungsi lain yang dipercayakan kepada perwakilan konsuler oleh negara pengirim yang tidak bertentangan dengan hukum dan aturan-aturan negara penerima serta perjanjian-perjanjian internasional yang berlaku antara negara pengirim dan negara penerima.

3. Aspek Yuridis Hukum Diplomatik dan Konsuler

Saat membahas mengenai hukum diplomatik, instrumen hukum yang mengaturnya tidak dapat terlepas dari pengaturan sumber hukum internasional publik. Maka dapat disimpulkan bahwa sumber hukum diplomatik tidak dapat dipisahkan dari ketentuan Pasal 38 (1) Statuta Mahkamah Internasional yang telah diakui para ahli hukum internasional sebagai sumber hukum internasional. Walaupun sumber hukum diplomatik didasari oleh sumber hukum publik, namun pada praktiknya hukum diplomatik memiliki kekhususan tersendiri.

Sumber hukum diplomatik dan konsuler dalam bentuk perjanjian-perjanjian internasional,²³ baik secara umum maupun khusus antara lain sebagai berikut:

- a. *Final Act of the Congress of Vienna on Diplomatic Ranks* (1815);
- b. *Vienna Convention on Diplomatic Relations and Optional Protocols* (1961), beserta:
 - 1) *Vienna Convention on Diplomatic Relations*;
 - 2) *Optional Protocol Concerning Acquisition of Nationality*; dan
 - 3) *Optional Protocol Concerning the Compulsory Settlement of Disputes*.
- c. *Vienna Convention on Consular Relations and Optional Protocol* (1963), beserta:
 - 1) *Vienna Convention on Consular Relations*;
 - 2) *Optional Protocols Concerning Acquisition of Nationality*; dan
 - 3) *Optional Protocol Concerning the Compulsory Settlement of Disputes*.
- d. *Convention on Special Mission and Optional Protocol* (1969) beserta:
 - 1) *Convention on Special Mission*;
 - 2) *Optional Protocol Concerning the Compulsory Settlement of Disputes*.
- e. *Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents* (1973)
- f. *Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organization of a Universal Character* (1975).

Di luar konvensi-konvensi di atas, masih terdapat pula Resolusi dan Deklarasi yang dikeluarkan oleh organ-organ utama PBB. Walaupun Resolusi maupun Deklarasi organ-organ PBB tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, akan tetapi Resolusi dan Deklarasi dari organ-organ PBB tersebut dapat memberikan sumbangan pendapat bagi penyelesaian masalah-masalah internasional. Resolusi dan Deklarasi tersebut dapat dianggap memiliki kekuatan hukum ketika resolusi atau deklarasi tersebut telah diakui secara universal oleh negara-negara, terutama apabila resolusi atau deklarasi tersebut menyangkut prinsip-prinsip umum hukum internasional yang dapat mendorong perkembangan kemajuan hukum internasional dalam usaha kodifikasi aturan-aturan kebiasaan internasional.²⁴

Hukum kebiasaan merupakan dasar hukum yang masih banyak menimbulkan perdebatan karena kesulitan yang diperoleh untuk mengidentifikasi hukum kebiasaan internasional dan pelaksanaannya belum dapat dilakukan dengan ketentuan yang jelas dan siap pakai.²⁵ Demi menangani masalah tersebut, Komisi Hukum Internasional dan di Komite IV, telah disepakati bahwa²⁶:

“A general recognition among States of a certain practice as obligatory, the emerge of a principle or rule of customary international law would seem to require presence of the following element (Sebuah pengakuan umum di kalangan negara-negara mengenai praktek tertentu sebagai kewajiban, yang muncul dari suatu prinsip atau aturan hukum kebiasaan internasional akan tampaknya membutuhkan kehadiran elemen-elemen berikut ini):

- a. *Concordant practice by a number of States with reference to a type of situation falling within the domain of international relations* (Sesuai praktek oleh sejumlah negara dengan mengacu pada jenis situasi jatuh dalam domain hubungan internasional);
- b. *Continuation or repetition of a practice over the considerable period of time* (Kelanjutan atau pengulangan praktek selama periode waktu yang wajar);

²³ *Ibid*, hal. 22

²⁴ *Ibid*

²⁵ Richard K. Gardiner, *op cit*, hal. 98

²⁶ Syahmin, Ak, *op cit*, hal. 24

- c. *Conception that the practice is required by, or consistent, with, prevailling international law* (Konsepsi bahwa praktek dibutuhkan oleh, atau konsisten, dengan, yang berlaku sesuai dengan hukum internasional);
- d. *General acquaintance in the practice by other States.* (Kenalan secara umum dalam praktek oleh Negara lain)”

Di samping perjanjian dan kebiasaan internasional yang merupakan dasar hukum utama dalam hukum diplomatik, masih terdapat sumber hukum lainnya yang bersifat subsider, seperti prinsip-prinsip hukum umum, keputusan pengadilan, dan doktrin. Ketentuannya sama seperti yang diatur dalam hukum internasional secara publik.

B. Hak Mendapatkan Perlindungan bagi Warga Negara yang Berada di Wilayah Negara Lain

1. Perlindungan Diplomatik sebagai Hak Asasi

Dalam perkembangan hubungan diplomatik saat ini, perlindungan diplomatik menjadi salah satu isu penting dalam perkembangannya. Pembahasan mengenai perlindungan diplomatik ini salah satunya dibahas dalam *International Law Commission* (ILC) saat pembelajaran mengenai tanggung jawab negara.²⁷ Sejak terbentuknya hubungan antar negara, perlindungan terhadap warga negara yang berada di luar negeri terhadap pelanggaran hak asasi mereka di bawah hukum internasional telah berkembang.

Berbagai kasus internasional, baik yang dimasukkan ke dalam Mahkamah Internasional ataupun yang hanya menjadi isu internasional menunjukkan bahwa warga asing cenderung mendapatkan perlakuan yang tidak adil ataupun diskriminatif. Perlakuan yang diberikan kepada warga asing cenderung lebih buruk dibandingkan yang diberikan kepada warga asli negara penerima, misalnya warga Indonesia sebagai TKI yang diperlakukan secara tidak adil di Malaysia. Hal tersebut sendiri sebenarnya telah melanggar prinsip perlakuan yang sama dan merata bagi seluruh umat manusia. Dengan semakin berkembangnya pengaturan mengenai hal hubungan antar negara dan maraknya perkembangan isu mengenai hak asasi manusia hingga saat ini mengakibatkan hukum mengenai adanya perlindungan diplomatik telah menjadi bagian dari hukum kebiasaan internasional.²⁸

Perlindungan diplomatik merupakan salah satu bentuk hak asasi manusia yang paling tua.²⁹ Masalah mengenai perlindungan diplomatik mengisi sebagian besar gugatan yang diajukan dalam ruang lingkup internasional sampai saat ini. Perkembangan terbaru dalam hal perlindungan diplomatik adalah diadopsinya *draft article* mengenai perlindungan diplomatik pada tahun 2006 oleh ILC yang telah menyebabkan memanasnya perdebatan mengenai posisi perlindungan diplomatik dalam hukum internasional. John Dugard, seorang *Special Rapporteur*, dalam laporan pertama mengenai perlindungan diplomatik menyatakan bahwa perlindungan diplomatik seharusnya dikategorikan dalam mekanisme perlindungan hak asasi manusia.³⁰ Namun kenyataan perlindungan diplomatik yang digunakan sebagai alat perlindungan hak asasi manusia belum diterima secara universal.

Jika ditinjau dari awal mula terbentuknya perlindungan diplomatik pada awal abad ke-18 yang dikemukakan oleh Emmerich de Vattel, negara telah memiliki hak untuk melindungi warga negaranya yang berada di luar wilayahnya sejak saat itu. Perkembangan hukum internasional yang semakin pesat mencapai tahap dimana individu

²⁷ Michael M Wood, Arthur Watts, Arnold A Pronto, *The International Law Commission 1999-1009: Treaties, Final Draft articles, and Other Materials*, Oxford, New York, 2010, hal. 486

²⁸ Anna Maria Helena Vermeer-Kunzli, *Protection of Individuals by mean of Diplomac Protection : Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, Proefschrift. 1979, hal.13

²⁹ *United Nations, Year Book of the International Law Commission 1997*

³⁰ Anne Maria Helena Vermeer-Kunzli, *op cit*, hal.13

telah memegang peranan penting dan berpengaruh dalam beberapa aspek.³¹ Individu memiliki hak-hak dan pengaturan ataupun cara untuk mendapatkan hak-hak tersebut juga telah diatur dalam mekanisme hak asasi yang ada, seperti: *European Union Court of Human Rights* dan berbagai macam badan PBB yang terus memantau perkembangan yang terjadi di dalam masyarakat internasional.

Flauss, di dalam penelitiannya mengenai perlindungan diplomatik dan kaitannya dengan sistem hukum hak asasi manusia di Eropa mendapat kesimpulan bahwa prinsip umum dalam perlindungan diplomatik telah mempengaruhi perkembangan hak asasi manusia. Walaupun dampak perlindungan diplomatik pada hak asasi telah dikemukakan oleh para ahli, pertanyaan-pertanyaan mengenai perlindungan diplomatik bersifat diskriminatif atau masih belum mendapatkan jawaban yang jelas.

Pelaksanaan perlindungan diplomatik mungkin dapat menyebabkan warga asing memiliki hak yang lebih daripada warga asing, akan tetapi tanpa adanya perlindungan diplomatik, warga asing sering kali mendapatkan perlakuan yang merugikan dari negara tempat keberadaannya. Permasalahan tersebut belum mendapatkan jalan keluar untuk menyelesaikannya sampai saat ini.

Masalah yang perlu ditekankan adalah perlindungan terhadap hak individual. Sebagian besar hak asasi mengatur mengenai larangan penyiksaan dan kekerasan, hak untuk diperlakukan secara adil di depan pengadilan, dan hak-hak lainnya. Jika ditinjau dari hak-hak tersebut, maka cara untuk memperjuangkan hak-hak tersebut dapat dilakukan melalui perlindungan diplomatik. Walaupun hak yang dinikmati oleh hanya sebagian orang tidak dapat dikategorikan sebagai hak asasi. Hal-hal tersebut termasuk dalam hak asasi di dalam Konvensi Wina 1963 mengenai hubungan konsuler. Walaupun demikian, dapat disimpulkan bahwa meskipun hak-hak tersebut tidak termasuk dalam hak asasi, akan tetapi pelanggaran hak-hak yang diatur dalam Konvensi Wina 1963 tersebut dapat menyebabkan pelanggaran hak asasi manusia, seperti perlakuan yang tidak adil dalam peradilan, penyitaan harta benda secara ilegal, pelanggaran perjanjian, dan lainnya.

Standar minimum internasional merupakan salah satu cara memperjuangkan hak yang dimiliki warga asing di masa lalu. Di dalam pelaksanaannya terdapat perbedaan antar hak asasi dan standar minimum internasional. Standar minimum internasional dianggap sebagai pengecualian dari prinsip non-intervensi, sedangkan hak asasi secara umum merupakan bagian dari hukum nasional suatu negara. Selain itu, standar minimum internasional hanya didasari oleh kebangsaan. Borchard, dalam tulisannya, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, memberikan sebuah contoh mengenai hal di atas, yaitu:

“whatever the rights the individual has in a state not in his own are derived from international law, and are due him by virtue of his nationality. As a matter of fact, the alien derives most of his rights- fundamental or human rights and others – by grant from the territorial legislature, international law fixing a minimum which cannot be overstepped.” (Apapun hak individu memiliki dalam keadaan tidak sendiri berasal dari hukum internasional, dan didasari oleh kewarganegaraannya. Sebagai soal fakta, dari sanalah warga asing mendapatkan sebagian besar dari hak-haknya, baik hak asasi maupun hak lainnya - dengan jaminan dari badan legislatif tempat keberadaan, hukum internasional memperbaiki sebuah standar minimal yang tidak dapat melampaui.)³²

Dalam penjelasannya, Borchard menyatakan bahwa menyatakan sebuah pelanggaran terhadap standar minimum internasional sangat dekat dengan menyatakan penuntutan hak yang mereka miliki dibandingkan menyatakan pelanggaran hak asasi manusia. Walaupun pelaksanaan perlindungan diplomatik saat ini masih didasari oleh kebangsaan seseorang

³¹ Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, hal. 48-55

³² Borchard, *op cit*, hal. 13

dalam penuntutannya, pelaksanaan pokoknya tidak lagi terikat pada kebangsaan. Dengan semakin kuatnya peranan hak asasi manusia di dalam perkembangan hukum internasional saat ini, pelaksanaan standar minimum internasional tidak lagi digunakan.

Gracia Amador, seseorang yang memiliki peranan dalam pembentukan *Universal Declaration of Human Right*, berusaha merangkumkan masalah terkait standar minimum internasional dan hak asasi manusia. Ia berusaha membentuk suatu bentuk perlindungan hak asasi manusia tanpa melibatkan kebangsaan seseorang. Menurut Gracia, standar minimum internasional seharusnya dapat disesuaikan dengan hak asasi manusia dan membentuk standar dalam hak asasi manusia.³³ Walaupun laporan yang diberikan oleh Gracia tersebut tidak mencapai suatu keberhasilan, akan tetapi laporannya telah memberikan perkembangan yang signifikan dalam perubahan standar minimum internasional menjadi hak asasi manusia.

Jika ditinjau dari pelaksanaannya, menurut Borchard, negara memiliki pilihan untuk melaksanakan perlindungan diplomatik. Secara litelatur, ia menuliskan bahwa, “ *no municipal statues specify the circumstances and limits within which this right of protection shall be exercised, each government determines for itself the justification, expediency and manner of making the international appeal.*” (tidak ada peraturan khusus yang menentukan keadaan dan batas-batas di mana perlindungan hak ini harus dilakukan, masing-masing pemerintah menentukan untuk dirinya sendiri mengenai pembenaran, kebijaksanaan dan cara membuat permohonan internasional.) Beberapa contoh dari yang ia nyatakan adalah, negara-negara berhak melakukan negosiasi diplomatik, menggunakan bantuan jasa-jasa baik (*good offices*), mediasi, arbitrase, perluasan hubungan diplomatik, cara kekerasan, balas dendam (*reprisals*), ataupun dengan cara menyatakan perang pada negara yang bersangkutan. Pada zaman ini tentu saja penggunaan cara kekerasan dan perang telah dilarang dalam hukum internasional, jadi inti dari contoh di atas adalah upaya-upaya yang bisa dilakukan negara untuk mencapai suatu kesepakatan.³⁴

2. Hak mendapatkan bantuan konsuler

Bantuan konsuler sering kali dikaitkan dengan perlindungan diplomatik dalam hukum internasional. Hubungan antar negara terbagi menjadi dua macam, yaitu hubungan konsuler dan hubungan diplomatik. Kedua hal ini diatur dalam Perjanjian Internasional yang berbeda, yaitu Konvensi Wina 1961 mengenai hubungan diplomatik dan Konvensi 1963 mengenai hubungan konsuler. Hal penting yang menjadi perbedaan signifikan antara kedua hubungan antar negara tersebut adalah pejabat diplomatik merupakan wakil politik sebuah negara, sedangkan pejabat konsuler tidak mengenal fungsi tersebut.³⁵

Sehubungan dengan hukum internasional mengenal dua macam rezim dalam hubungan antar negara, dikenal dua macam perlindungan yang dapat diberikan oleh negara asal untuk warga negara mereka yang berada di wilayah negara lain, yaitu perlindungan diplomatik dan bantuan konsuler. Dalam kedua jenis perlindungan yang diberikan oleh negara asal tersebut, terdapat perbedaan-perbedaan yang mendasar. Walaupun saat pelaksanaannya, perlindungan diplomatik sering kali dianggap sebagai pelaksanaan bantuan konsuler.

Perlindungan diplomatik biasanya menyangkut masalah prosedur dalam peradilan. Campur tangan di luar proses peradilan atas kepentingan warga negara suatu negara biasanya tidak dilakukan dengan perlindungan diplomatik, melainkan dengan bantuan konsuler. Hal ini dikemukakan oleh Warbrick dan Mac Goldrick, “*there is no exercise of diplomatic protection unless an official claim has been brought.*” (tidak ada pelaksanaan

³³ Gracia Amador, *Second Report*, ILC Yb 1957, hlm 114-116

³⁴ Borchard, *op cit*, hal. 354

³⁵ *Ibid*, hal. 436

perlindungan diplomatik sebelum adanya sebuah tuntutan resmi diajukan)”³⁶ Walaupun sebenarnya belum ada pengaturan secara standar mengenai pelaksanaan perlindungan diplomatik secara tertulis dalam hukum internasional, baik dalam peraturan hukum, kasus-kasus hukum internasional, maupun hasil kerja ILC. Batasan antar bentuk perlindungan dan bantuan tidak selalu jelas dalam penulisan hukum, karena tidak dapat terlepas kemungkinan bahwa sesuatu yang dimulai dengan bantuan konsuler dapat berkembang menjadi perlindungan diplomatik.³⁷

Bantuan konsuler maupun perlindungan diplomatik memiliki kesamaan yaitu dilaksanakan demi keuntungan warga negaranya. Selain perbedaan yang telah dijelaskan di atas, perbedaan-perbedaan lain antara perlindungan diplomatik dan bantuan konsuler adalah: batasan dalam pelaksanaan pelaksanaan bantuan konsuler yang diatur dalam konvensi Wina 1963 sedangkan perlindungan diplomatik tidak memiliki batasan tersebut, perbedaan tingkatan perwakilan yang dapat dilakukan antara bantuan konsuler dan perlindungan diplomatik, dan bantuan konsuler memiliki sifat pencegahan sebelum terjadinya masalah sedangkan perlindungan diplomatik memiliki sifat memperbaiki suatu masalah yang telah terjadi.³⁸

Salah satu tugas pejabat konsuler sesuai dengan yang diatur dalam pasal 5 Konvensi Wina 1963³⁹ adalah menjaga kepentingan negara pengirim di wilayah negara penerima dan termasuk warga negaranya, baik badan hukum maupun individu, dalam ruang lingkup yang diperbolehkan dalam hukum internasional (bagian a); membantu dan mengarahkan warga negaranya, baik badan hukum maupun individu (bagian e); dan juga memberikan arahan hukum yang dapat diberikan oleh pejabat konsuler dan memberikan keuntungan bagi warga negara tersebut (bagian i).

Pejabat konsuler sebenarnya memiliki kekuatan untuk mencampuri masalah prosedur peradilan untuk mencegah terjadinya ketidakadilan. Menurut Shaw, “*Consul have a particular role in assisting nationals in distress with regard to, for example, finding lawyers, visiting prisons and contacting local authorities, but they are unable to intervene in the judicial process or internal affairs of the receiving state or give legal advice or investigate a crime.*” (Konsul memiliki peran tertentu dalam membantu warga dalam kesulitan berkaitan dengan, misalnya, menemukan pengacara, mengunjungi penjara dan menghubungi pihak berwenang setempat, namun mereka tidak dapat campur tangan dalam urusan peradilan proses atau internal negara menerima atau memberikan nasihat hukum atau menyelidiki kejahatan.)⁴⁰ Jadi dapat dianalisis dari pernyataan di atas, bahwa campur tangan pejabat konsuler dalam memberikan bantuan konsuler terbatas pada tahap persiapan peradilan, sedangkan jika telah memasuki proses peradilan, pejabat konsuler tidak berhak mencampurinya.

Prinsip non-intervensi menjadi pembatas pelaksanaan bantuan konsuler, akan tetapi prinsip tersebut tidak bisa diterapkan pada perlindungan diplomatik. Kenyataan bahwa pejabat diplomatik tidak diperbolehkan untuk melakukan intervensi dalam masalah nasional negara lain tidak dapat dipungkiri, akan tetapi perlindungan diplomatik jika dilaksanakan sesuai dengan hukum internasional bukan merupakan bentuk intervensi terhadap masalah nasional negara lain karena pelaksanaan perlindungan diplomatik merupakan hak suatu negara.⁴¹ Setelah terjadinya suatu pelanggaran oleh keputusan lokal, maka masalah tersebut bukan lagi permasalahan antara individu dan negara, melainkan

³⁶ Anne, *op cit*, hal. 46

³⁷ Ivor Roberts, *Satow's Diplomatic Practice Sixth Edition*, Oxford, New York, 2009, hal. 276

³⁸ Michael M Wood, Arthur Watts, Arnold A Pronto, *op cit*, hal. 491

³⁹ Konvensi Wina 1963 Pasal 5

⁴⁰ Shaw, *op cit*, hal. 688

⁴¹ Alfred M. Boll, *Multiple Nationality And International Law*, Koininklijke Brill NV, 2007, hal. 114

masalah antara negara dengan negara. Perselisihan yang terjadi bukanlah masalah internal, melainkan perselisihan secara internasional.

Bagian penting yang mempengaruhi masalah pemberian bantuan konsuler dan perlindungan lainnya adalah kewarganegaraan seseorang. Bantuan- bantuan yang telah dijelaskan di atas baru dapat diberikan jika seseorang merupakan warga asing. Terdapat suatu kemungkinan bahwa seseorang telah hidup sangat lama di suatu negara, akan tetapi ia masih merupakan warga negara asing. Ditinjau dari kasus *LaGrand*, Mahkamah Internasional menyatakan bahwa Amerika Serikat telah melanggar hak warga negara Jerman dengan melalaikan kewajibannya untuk memberitahukan hak akses konsuler yang dimiliki warga Jerman tersebut walaupun sebenarnya warga asing tersebut telah tinggal cukup lama di Amerika Serikat.⁴²

Suatu keadaan lain yang dapat mempengaruhi perlindungan yang diberikan suatu negara tertentu kepada warga negaranya adalah ketika beberapa negara saling berbagi kewajiban dalam memberikan perlindungan pada warga negara mereka. Beberapa bentuk kerja sama antar negara tersebut memberikan kemungkinan untuk melakukan perlindungan pada warga negaranya walaupun negara tersebut tidak memiliki hubungan konsuler dengan negara tempat terjadinya pelanggaran hak warga negaranya tersebut.

Salah satu contoh nyata dari keadaan di atas dapat dilihat dari negara-negara anggota Uni Eropa yang saling berbagi kewajiban untuk melakukan pelayanan konsuler dengan negara anggota lainnya.⁴³ Warga negara dari negara anggota Uni Eropa yang tidak memiliki akses pada konsul negara asalnya dapat menerima perlindungan dari pejabat konsuler negara-negara Uni Eropa lainnya. Dengan demikian negara pengirim memiliki kewajiban untuk memberitahukan kepada warga asing mengenai hak yang dimilikinya untuk menghubungi pejabat konsuler negara yang diperbolehkan.⁴⁴

Dasar pembentukan kerja sama antar negara Uni Eropa dalam hal kewajiban perlindungan pada warga negara ini adalah perlakuan yang setara bagi warga negara Uni Eropa. Pemberian bantuan konsuler merupakan bagian dari kewajiban negara anggota, dimana semua warga dianggap memiliki hak yang sama. Saat ini, hak untuk mendapatkan bantuan konsuler yang setara telah masuk dalam *Charter of Fundamental Rights of the European Union* yang bersifat mendasar dan memiliki kekuatan mengikat dalam hukum.⁴⁵

3. Hak untuk menerima pemberitahuan konsuler, akses masuk, dan melaksanakan bantuan konsuler

Jalur komunikasi antara pejabat konsuler dan warga negaranya harus terbuka setiap saat. Hal tersebut dikarenakan komunikasi merupakan hal yang sangat penting dalam pelaksanaan tugas konsuler, dimana tanpa adanya komunikasi, seluruh pengadaan hubungan konsuler akan menjadi tidak berarti. Sebuah fungsi utama dari konsular di seluruh dunia adalah menyediakan bantuan bagi warga negara mereka yang sedang mengalami masalah dalam wilayah hukum konsuler mereka. Akses dan bantuan konsuler menjadi suatu hal yang sangat diperlukan oleh warga asing ketika menjalani penuntutan, penjatuhan hukuman, dan penahanan di bawah kuasa hukum lokal. Jumlah warga negara yang meminta bantuan konsuler sangat sedikit jika dibandingkan dengan mereka yang ditahan dan menghadapi penuntutan di negara asing.

⁴² John Quigley, William J. Aceves, and Adele Shank, *The Law of Consular Access: A Documentary Guide*, Routledge, New York, 2009, hal. 39

⁴³ *Foreign Affairs Committee, Fourth Report of Session 2006-07*, Great Britain, Parliament: House of Commons, 2007, hal. 49

⁴⁴ *Ibid*

⁴⁵ Edoardo Chiti, *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relations, Legal Issues and Comparison*, Springer Heidelberg Dordrecht London New York, 2011, hal. 179

Hukum internasional telah lama mengenal bahwa pejabat konsuler diberikan hak untuk mengunjungi, berkomunikasi, dan membimbing warga negara mereka yang ditahan di luar negara asal. Konsep tersebut dibuat sedemikian rupa agar semua negara memiliki kesempatan untuk melindungi hak warga negara mereka di luar negeri sebagai dasar prinsip hukum konsuler internasional dan penerapannya. Hak pemberitahuan konsuler, akses masuk, dan bantuan konsuler memiliki asal usul yang luar biasa dalam hukum internasional, termasuk syarat perjanjian internasional, instrumen hukum hak asasi manusia PBB, deklarasi regional, dan ketentuan yang dikeluarkan oleh pengadilan internasional.

Dalam pasal 36 Konvensi Wina 1963 mengenai hubungan konsuler, dapat ditinjau kewajiban yang dimiliki negara penerima dalam menangani penahanan warga asing yang berada di wilayahnya. Pasal tersebut menyatakan sebagai berikut:

- a. *The local authorities must inform detained foreigners "without delay" of their right to communicate with their consulate and to have the consulate notified of their detention* (Pihak berwenang lokal harus menginformasikan asing ditahan "tanpa penundaan" hak mereka untuk berkomunikasi dengan konsulat mereka dan memiliki konsulat diberitahukan mengenai penahanan mereka).
- b. *All the request of the detainee, the authorities must then notify the consulate of the arrest without delay and permit consular access to the detained national. Any communication addressed to the consulate by the detainee must also be forwarded without delay* (Semua permintaan tahanan, pihak berwenang kemudian harus memberitahukan konsulat penangkapan tanpa penundaan dan izin akses konsuler ke nasional ditahan. Setiap komunikasi yang ditujukan kepada konsulat oleh tahanan juga harus forwarded tanpa penundaan).
- c. *Consulates have the right to be notified of the detention without delay, to communicate, correspond, and visit with their detained nationals, to arrange for their legal representation and to provide other appropriate assistance with the detainee's consent* (Konsulat memiliki hak untuk diberitahu penahanan tanpa penundaan, untuk berkomunikasi, berhubungan, dan mengunjungi dengan warga negaranya ditahan, untuk mengatur perwakilan hukum mereka dan untuk memberikan bantuan sesuai jika lain dengan persetujuan tahanan).
- d. *While these rights are to be exercised with the laws of the detaining State, its laws and regulations must allow "full effect" to be given to the rights conferred under article 36* (Sementara hak-hak ini harus dilaksanakan dengan undang-undang Negara detaining, hukum dan peraturan harus memungkinkan "efek penuh" yang akan diberikan kepada hak yang diberikan berdasarkan pasal 36).

Hak-hak yang telah disebutkan di atas, yaitu: hak untuk pemberitahuan, akses, dan bantuan tercantum dalam prosedur hukum, dimana pelaksanaannya dimulai ketika petugas lokal menyadari bahwa tahanan adalah warga negara asing ataupun ada kemungkinan bahwa tahanan tersebut merupakan warga negara asing.⁴⁶ Pengaturan tersebut dilakukan untuk memastikan semua warga asing yang ditahan memiliki akses yang diperlukan untuk melakukan pembelaan dan menerima perlakuan yang sama dengan warga asli negara tersebut.

Bantuan konsuler dapat dilakukan dengan berbagai macam bentuk dan cara, akan tetapi setiap tindakan mengandung 3 macam tujuan dasar, yaitu:

- a. Kemanusiaan, pejabat konsuler menyediakan akses ke dunia luar kepada para tahanan (contohnya menyediakan sarana komunikasi dengan keluarga dan teman tahanan) dan meyakinkan mereka bahwa mereka akan diberikan kebutuhan dasar

⁴⁶ Appendix I pasal 36 VCCR

- mereka saat ditahan. Kehadiran pejabat konsuler juga meringankan tekanan pada tahanan dengan keyakinan bahwa wakil dari kekuasaan negara asal mereka akan melindungi kepentingan mereka.
- b. Perlindungan, pejabat konsuler mengunjungi warga negaranya yang sedang ditahan di wilayah negara lain untuk meyakinkan bahwa perlakuan yang diberikan layak menurut hukum. Kunjungan yang tetap diharapkan dapat menghalangi terjadinya suatu pelanggaran oleh petugas yang menahan. Pejabat konsuler juga diperbolehkan untuk menengahi secara langsung saat terbukti terdapat perlakuan yang tidak sesuai pada tahanan.
 - c. Bantuan hukum, pejabat konsuler memperkenalkan dasar perlindungan, prosedur, hukuman yang diperbolehkan dalam sistem hukum negara penerima pada para warga negara yang menjadi tahanan. Mereka juga disediakan pengacara lokal untuk membela mereka, mempersiapkan pembelaan, dan intervensi yang legal demi kepentingan warga negara tersebut.
 - d. Bantuan yang diberikan oleh petugas konsuler bagaimanapun bersifat terbatas, petugas konsuler tidak dapat memberikan kekebalan hukum pada warga negaranya dalam hukum negara penerima. Selain orang-orang yang menerima kekebalan dipomatik dan konsuler, semua warga asing yang ditahan di luar negeri secara penuh dapat menjadi subjek hukum dan terikat pada prosedur hukum negara penerima, termasuk segala jenis hukuman yang dijatuhkan apabila terbukti melakukan pelanggaran hukum negara tersebut.

C. Pemberitahuan Konsuler sebagai Bagian dari Hak Asasi yang Dimiliki Tahanan Asing dan hak Negara Asal untuk Melindungi Warga Negaranya

Makamah Internasional telah menangani sejumlah kasus mengenai perlindungan diplomatik, contohnya : *Interhandel*, *Nottebohm*, *Barcelona Traction*, *ELSI*, *LaGrand*, dan yang terbaru adalah *Diallo*. Hal ini membuktikan bahwa pelaksanaan perlindungan diplomatik telah marak diterapkan saat ini. Perlindungan diplomatik pada dasarnya dilaksanakan karena kerugian yang dialami oleh sebuah negara, akan tetapi saat ini perlindungan diplomatik telah berkembang dimana perhatian umum negara-negara tidak hanya pada kerugian yang dialami oleh negaranya melainkan juga pelaksanaan hak asasi manusia. Perkembangan tersebut dapat dilihat dalam kasus *Avena* dan *LaGrand*, E. Milano, seorang ahli hukum internasional menyatakan bahwa hubungan antara hak asasi dan perlindungan diplomatik telah berkembang pesat dalam hubungan antar negara.⁴⁷

Dalam kasus *LaGrand*, Konvensi Wina 1963 dianggap sebagai hak bagi individu, dibandingkan sebagai hak bagi negara ditinjau dari pelaksanaan perlindungan diplomatik. Kasus *Avena* memiliki keadaan yang berbeda dimana hak untuk menghubungi pejabat konsuler dan diberitahukan mengenai hak tersebut merupakan bagian dari hak asasi manusia.

Pada tanggal 31 Maret 2004 memberikan putusan atas kasus *Avena*, dimana Meksiko menuntut bahwa:

United States of America, in arresting, detaining, trying, convicting and sentencing the 52 Mexican nationals on death row described in Mexico's Memorial, violated its international legal obligations to Mexico, in its own rights and in the exercise of its right to diplomatic protection of its nationals, by failing to inform, without delay, the 52 Mexican nationals after their arrest of their right to consular notification and access under Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations, and by depriving Mexico of its right to provide consular protection and the 52 nationals' right to

⁴⁷ E. Milano, 'Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?' 35 N.Yb.I.L., 85-142 (2004)

receive such protection as Mexico would provide under Article 36 (1) (a) and (c) of the Convention. (Amerika Serikat, dengan menahan, menangkap, menyusahkan, menghukum, dan menjatuhkan hukuman pada 52 warga negara Meksiko dalam rentetan hukuman mati sebagaimana dijelaskan dalam memorial Meksiko telah melanggar kewajibannya pada Meksiko dalam haknya untuk melaksanakan perlindungan diplomatik pada warga negaranya dikarenakan kelalaian memberitahu tanpa penundaan pada 52 warga negara Meksiko, setelah penangkapan mereka mengenai hak mereka untuk pemberitahuan konsuler dan akses yang diatur dalam pasal 36 (1) (b) Konvensi Wina mengenai Hubungan Konsuler, dan merampas hak Meksiko untuk menyediakan perlindungan konsuler dan hak 52 warga negara Meksiko untuk menerima perlindungan tersebut dari Meksiko yang diatur dalam pasal 37 (1) (a) dan (c) dari Konvensi tersebut.)⁴⁸

Meksiko memberikan keterangan secara jelas mengenai pelanggaran yang telah dilakukan oleh Amerika Serikat atas hak yang dimilikinya dan warga negaranya. Terkait dengan kasus-kasus yang berhubungan dengan Konvensi Wina 1963, termasuk di dalamnya kasus Avena, LaGrand, dan Broad, terdapat kesulitan dalam membedakan pertimbangan moral atau kesusilaan dengan uraian hukum. Dalam beberapa kasus, negara-negara pemohon sering kali melindungi warga negara mereka dalam prosedur peradilan pidana demi menyelamatkan nyawa mereka. Hal tersebut sebenarnya lebih dianggap penting dibandingkan pelanggaran prosedur hukum internasional yang dilakukan. Ancaman akan hukuman mati ditambah dengan ketidakadilan dalam proses peradilan (tidak memiliki akses untuk bantuan konsuler) membuat negara-negara bergegas membawa kasus tersebut ke Mahkamah Internasional.

Dalam kasus Avena, 52 orang warga negara Meksiko diancam dengan hukuman mati, sedangkan negara asal mereka tidak menyetujui adanya hukuman mati. Hal ini menurut hukum tidak dapat mempengaruhi prosedur dan jatuhnya hukuman yang diberikan oleh Amerika Serikat. Mahkamah Internasional hanya dapat memberikan putusan mengenai telah terjadinya pelanggaran kewajiban internasional oleh Amerika Serikat dengan tidak memberikan kesempatan untuk bantuan konsuler pada warga negara Meksiko tersebut. Walaupun demikian, terdapat kemungkinan terjadinya perubahan dalam penjatuhan hukuman setelah para tahanan tersebut mendapatkan bantuan konsuler.⁴⁹

Amerika Serikat sendiri membentuk peraturan mengenai kewajiban dan pentingnya pelaksanaan pemberitahuan dan bantuan konsuler bagi warga asing. Selain itu Amerika Serikat juga merupakan salah satu negara yang telah meratifikasi Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik dan Konvensi Wina 1963 tentang Hubungan Konsuler.⁵⁰ Maka seharusnya Amerika Serikat mengakui pentingnya pemberitahuan dan bantuan konsuler bagi warga asing dan ia telah lalai melaksanakan perjanjian yang telah diratifikasi.

Salah satu elemen penting dalam kasus ini adalah pemberitahuan konsuler dan bantuan konsuler sebagai hak asasi yang dimiliki oleh warga asing. Beberapa ahli hukum internasional menyatakan bahwa bantuan konsuler tersebut sendiri bukan merupakan bagian dari hak asasi manusia, akan tetapi dengan tidak terpenuhinya hal tersebut dapat menyebabkan pelanggaran hak asasi, seperti: ketidakadilan dalam proses peradilan, perlakuan yang tidak layak, dan lainnya. Di sisi lain, pemberitahuan dan bantuan konsuler merupakan hak yang telah diatur dalam Konvensi Wina 1963 mengenai Hubungan Konsuler bagi warga asing agar mendapat perlakuan yang layak saat menjalani proses

⁴⁸ Avena, para. 49

⁴⁹ Ricardo Ampudia, *Mexicans on Death Row*, Arte Publico Press, 2010, hal.158

⁵⁰ John Quigley, William J. Aceves, dan Adele Shank, *op cit*, hlm, 133

peradilan di luar negara asalnya. Pelanggaran terhadap hak-hak tersebut termasuk pelanggaran terhadap konvensi tersebut.⁵¹

Salah satu alasan mengapa pemberitahuan dianggap sangat penting dan bahkan sering dikategorikan sebagai hak asasi manusia adalah banyaknya kasus-kasus dimana warga asing yang menjadi tahanan di negara lain dijatuhi hukuman mati tanpa diberitahukan mengenai adanya hak untuk melakukan pemberitahuan konsuler dan negara asal orang tersebut tidak mengetahui masalah penjatuhan hukuman tersebut.⁵² Di samping itu, sebagian tahanan asing juga sering kali tidak peduli terhadap hak yang mereka miliki untuk melakukan pemberitahuan konsuler. Saat ini, beberapa negara, misalnya: Amerika dan Inggris telah membentuk peraturan nasional yang mengatur mengenai kewajiban untuk melakukan pemberitahuan konsuler dan pemberian bantuan konsuler.

Walaupun perkembangan mengenai pengaturan perlindungan konsuler dengan kewajiban pemberitahuan konsuler, sampai saat ini belum terdapat suatu kepastian ataupun kejelasan mengenai kapan pemberitahuan konsuler harus dilakukan. Di dalam konvensi Wina 1963 pasal 36.1 (b) menyatakan bahwa pemberitahuan konsuler harus dilakukan “tanpa adanya penundaan”. Waktu yang pasti belum diberikan batasan yang jelas dalam hukum internasional sehingga beberapa negara membuat ketentuan sendiri mengenai pengaturan tersebut. Inggris, dalam hukum nasionalnya mengatur bahwa pemberitahuan konsuler harus dilakukan dalam jangka waktu 3 hari setelah mengetahui tahanan adalah warga asing.⁵³

Walaupun ketentuan batasan waktu belum jelas, pemberitahuan konsuler seharusnya dilakukan setelah adanya pengecekan identitas tahanan saat dilakukan penahanan ataupun saat menginterogasi tahanan. Walaupun terdapat kemungkinan bahwa identitas tahanan sebagai warga asing setelah berlangsungnya proses peradilan ataupun penjatuhan hukuman, maka prosedur pemberitahuan konsuler akan dilakukan pada saat itu.

Dalam kasus *Avena*, Mahkamah Internasional menemukan bahwa pendapat mengenai batasan waktu untuk melakukan pemberitahuan konsuler berbeda satu sama lain. Menurut Meksiko, ketepatan waktu untuk melakukan pemberitahuan merupakan bagian penting bagi tahanan khususnya untuk menyediakan hak yang diatur dalam pasal 36 Konvensi Wina 1963. Ketepatan waktu tersebut diperlukan demi memperjuangkan hak-hak tahanan tersebut dan berguna untuk dapat menyediakan bantuan-bantuan yang berarti bagi tahanan asing. Bantuan seharusnya dapat diberikan oleh negara asal melalui pejabat konsulernya sebelum terdapat perlakuan yang tidak adil bagi tahanan asing dan putusan yang tidak seharusnya diberikan. Di sisi Amerika Serikat menyatakan bahwa pemberitahuan konsuler tidak berarti segera mungkin ataupun sebelum dilakukannya interogasi. Pemberitahuan konsuler dianggap tidak dapat memberikan pengaruh yang signifikan dalam proses peradilan yang akan dialami oleh tahanan.

Mahkamah Internasional memberikan keputusan bahwa pemberitahuan yang dilakukan tanpa adanya penundaan tidak harus dilakukan seketika saat dilakukannya penangkapan. Pengaturan mengenai batasan waktu belum terdapat ketentuannya, maka ditinjau dari kebiasaan yang dilakukan oleh negara-negara menunjukkan bahwa pemberitahuan konsuler seharusnya dilakukan saat telah diketahuinya seorang tahanan merupakan warga asing ataupun terdapat kemungkinan bahwa tahanan tersebut merupakan warga asing.⁵⁴

Pemberian bantuan konsuler dilakukan sesuai dengan kewarganegaraan seseorang. Dalam kasus *Avena*, warga Meksiko dianggap memiliki kewarganegaraan ganda yaitu kewarganegaraan Meksiko dan Amerika Serikat. Amerika Serikat menyatakan bahwa

⁵¹ Alina Kaczorowska, *Public International Law 4 Edition*, Routledge, 2010, hal. 667

⁵² Ivor Roberts, *op cit*, hal. 280

⁵³ *Ibid*

⁵⁴ Summary of judgement, hal. 8

sebenarnya dia tidak perlu memberikan pemberitahuan konsuler dikarenakan tahanan tersebut juga termasuk warga negaranya. Makamah Internasional dalam keputusannya menyatakan bahwa di antara 52 warga negara Meksiko yang ditahan oleh Amerika Serikat, 45 diantaranya terbukti tidak pernah meminta kewarganegaraan Amerika Serikat dan tidak ada bukti lain yang menyatakan mereka memiliki kewarganegaraan ganda. Akan tetapi terdapat 7 orang yang menyatakan mereka adalah warga negara Amerika Serikat. Setelah dilaksanakan penyelidikan mengenai ketujuh warga Meksiko tersebut, Makamah Internasional memutuskan bahwa bantahan Amerika Serikat mengenai tahanan-tahanan tersebut juga warga negaranya hanya terbukti pada satu orang.

Pada akhirnya Makamah Internasional menolak pembelaan Amerika Serikat karena mayoritas tahanan, yaitu 51 dari 52 orang dilanggar haknya terbukti tidak memiliki kewarganegaraan ganda. Dengan demikian, Amerika Serikat dianggap melanggar kewajibannya untuk memberikan pemberitahuan konsuler dan tidak secara sepihak mengambil keputusan bagi tahanan asing tersebut.

Tuntutan yang diajukan oleh Meksiko atas Amerika Serikat didasari untuk melindungi warga negaranya yang telah dijatuhi hukuman mati oleh pengadilan Amerika Serikat. Dalam kasus ini, Meksiko meminta agar Amerika Serikat menunda pelaksanaan eksekusi hukuman tersebut pada tahanan yang merupakan warga Meksiko. Diharapkan bahwa dengan adanya bantuan yang diberikan oleh pejabat konsuler dari Meksiko dapat menghindari hukuman mati pada mereka. Pelaksanaan prosedur yang seharusnya diharapkan dapat mencegah perlakuan dan putusan yang merugikan bagi tahanan asing. Dalam putusannya, Makamah Internasional menyatakan bahwa Amerika Serikat harus menyediakan pertimbangan kembali mengenai penjatuhan hukuman yang diberikan pada warga Meksiko yang dimana telah terbukti bahwa hak mereka telah dilanggar dengan tidak dijalkannya prosedur yang seharusnya dilakukan oleh Amerika Serikat.

Penutup

Setiap warga baik warga asli maupun warga asing wajib menerima perlakuan dan hak yang sama, jika terdapat perlakuan yang merugikan warga negara asing, negara dari warga asing tersebut memiliki hak untuk melaksanakan perlindungan terhadap warga negaranya tersebut. Jika dibandingkan dengan warga asing yang lain, warga asing yang menjadi tahanan di wilayah negara lain memerlukan perlindungan yang lebih. Karena itu, setiap tahanan yang diketahui sebagai warga asing wajib diberitahukan haknya untuk menghubungi pejabat konsuler negaranya untuk mendapatkan bantuan dan perlindungan dari negara asalnya.

Negara memiliki yurisdiksi untuk menyediakan perlindungan hak bagi warga negaranya bahkan di luar wilayah teritorialnya karena hubungan warga negara dan negara asalnya merupakan hal yang tidak bisa dibantah. Dalam kasus Avena, Meksiko menuntut haknya untuk memberikan perlindungan pada 52 warga negaranya dimana Amerika Serikat telah menangkap dan menjatuhi hukuman pada warga negara Meksiko tersebut tanpa menyediakan hak pemberitahuan konsuler bagi mereka.

Makamah Internasional memutuskan bahwa Amerika bersalah atas kelalaiannya dan pemberitahuan konsuler merupakan hak bagi para tahanan asing sesuai dengan pasal 36 Konvensi Wina 1963. Pemberitahuan konsuler seharusnya diberikan pada saat petugas negara penerima menyadari bahwa tahanan adalah warga asing tanpa adanya penundaan. Pemberitahuan konsuler merupakan bagian yang penting dan awal dari penegakan hak asasi bagi para tahanan asing yang harus dilaksanakan dalam prosedur hukum negara-negara yang beradab. Pelanggaran mengenai pemberitahuan konsuler terutama dalam kasus Avena bukan hanya melanggar hak individu, melainkan juga hak sebuah negara untuk memberikan perlindungan kepada warga negaranya.

Daftar Pustaka

1. Buku

- Ampudia, Ricardo, 2010, *Mexicans on Death Row*, Arte Publico Press.
- Badri, J, 1960, *Perwakilan Diplomatik dan Konsuler*, Tintamas, Jakarta.
- Boll, Alfred M. 2007, *Multiple Nationality And International Law*, Koininklijke Brill NV.
- Borchard, Edwin Montefiore, 1919, *Diplomatic Protection of Citizen Abroad*, New York.
- Brownlie, Ian, 2002, *Principle of Public Internasional Law*, Oxford University Press, England
- Edoardo Chiti, 2011, *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relations, Legal Issues and Comparison*, Springer Heidelberg Dordrecht London New York
- Gardiner, Richard K., 2003, *International Law*, Longman, England.
- Higgins, 1994, *Problems and Process*, Oxford.
- John Quigley, William J. Aceves, and Adele Shank, 2009, *The Law of Consular Access: A Documentary Guide*, Routledge, New York.
- Kaczorowska, Alina, 2010, *Public International Law 4 Edition*, Routledge.
- Kansil, C.S.T, 2002, *Modul Hukum Internasional*, Djambatan, Jakarta
- Nasution, M. Sanwani, 1980, *Pengantar Hukum Internasional Dalam Hubungan Diplomatik*, Fakultas Hukum, Medan.
- Oppenheim, L, 1984, *International Law (Peace) A Treatise, Volume 1*, Grean and Co, London -New York-Toronto
- Roberts, Ivor, Satow's, *Diplomatic Practice Sixth Edition*, Oxford, New York, 2009
- Sastroadmidjojo, Ali, 1971, *Pengantar Hukum Internasional*, Bhratara, Jakarta.
- Suryokusumo, Sumaryo, 1995, *Hukum Diplomatik: Teori dan Kasus*, PT Alumsni, Bandung
- Suryono, Edy, 1986, *Hukum Diplomatik Kekebalan dan Keistimewaan*, Angkasa, Bandung.
- Syahmin, Ak, 1984, *Hukum Diplomatik Suatu Pengantar*, Armico, Bandung

2. Jurnal

- Anna Maria Helena Vermeer-Kunzli, *Protection of Individuals by mean of Diplomatoc Protection : Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, Proefschrift. 1979
- E. Milano, 'Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?' 35 N.Yb.I.L., 85-142 (2004)

3. Instrumen Hukum Internasional

- Charter of Fundamental Rights of the European Union
- European Convention on Human Rights.
- International Covenant on Civil and Political Right.
- Statue of the International Court of Justice.
- Universal Declaration of Human Rights.
- Vienna Convention on Consular Protection.
- Vienna Convention on Diplomatic Protection.

4. Resolusi PBB

- Resolusi Majelis Umum PBB No. 174/II/1947
- Gracia Amador, Second Report, ILC Yb 1957, hlm 114-116
- United Nations, Year Book of the International Law Commission 1997
- UN Doc . A/C6/61/ SR.9

5. Putusan Mahkamah Internasional

Case Concerning Avena and other Mexican Nationals
La Grand Case
North American Dredging Company Case

Riwayat Penulis



Penulis dilahirkan di kota Medan Sumatera Utara pada tanggal 28 Juli 1991, merupakan putri pertama dari Armien Ngadimun dan Nurbeity. Penulis menimba ilmu di TK-SD-SMP-SMA Methodist 3 sejak tahun 1993-2009. Setelah tamat SMA, penulis kemudian melanjutkan pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara. Penulis merupakan penerima beasiswa prestasi dua tahun berturut-turut (2010 dan 2011). Selama mengikuti perkuliahan, penulis merupakan anggota aktif dari *Philip C. Jessup International Law Moot Court Club* dan turut berkontribusi mempersembahkan *Best Memorials* (2009) dan *Third Best Memorials* (2009 dan 2012) dan mengharumkan nama USU di kancah peradilan semu tingkat nasional. Selain itu, penulis juga aktif sebagai anggota *International Law Student Association* periode 2010-2011.

jennifreng69@yahoo.com
arifbsn@yahoo.com
noto.ad.08@hayoo.co.id