

TINJAUAN YURIDIS TENTANG BADAN HAM ASEAN DALAM SISTEM HUKUM NASIONAL INDONESIA*

Heribertus Jaka Triyana**

Abstract

The AICHR seems to fail to contribute positively in enforcing protection, fulfillment, and implementation of human rights at national level since its terms of references and structural composition differs from the commonly-recognised regional institutions. Legal gaps, legal vacuum, legal overlapping and conflicts of authorities with national authorities are indicators that hinder its future works.

Abstrak

Kemampuan AICHR dalam menjamin perlindungan, pemenuhan dan pemajuan hak asasi manusia di level nasional diragukan karena kewenangan AICHR yang limitatif dan tidak mengikuti pakem seperti yang dimiliki oleh komisi HAM di Eropa dan Afrika. Ketimpangan hukum, kekosongan hukum, tumpang-tindih aturan, dan konflik kewenangan dengan otoritas nasional menjadi faktor penghambat pelaksanaan kewenangan AICHR.

Kata Kunci: AICHR, institusi nasional hak asasi manusia.

A. Latarbelakang Masalah

Secara teoretis, implemetasi hukum ratifikasi suatu ketentuan hukum internasional ke dalam sistem hukum nasional dapat diukur secara efektif dengan menggunakan dua rasio hukum, yaitu rasio ketepatan dan kesesuaian terhadap pemenuhan hak dan kewajiban hukum yang timbul (*legal recall and legal precision*).¹ Kedua indikator ini dapat digunakan untuk mengukur efektifitas ratifikasi Piagam ASEAN ke dalam sistem hukum

nasional ketika Indonesia meratifikasinya dengan Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengesahan *Charter of the Association of Southeast Asian Nations*.² Pendekatan hukum inilah yang akan digunakan untuk mengkaji tentang efektifitas perlindungan hak asasi manusia (HAM) oleh mekanisme Badan HAM ASEAN atau *ASEAN Intergovernmental Commission of Human Rights* (AICHR) di Indonesia yang dibentuk oleh Pasal 14 Piagam ASEAN.

* Laporan Penelitian Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia (KHN RI) tentang “Implementasi Ratifikasi Hukum Internasional dalam Hukum Nasional: Studi Implementasi Badan HAM ASEAN”, bulan Maret –Juli 2011.

** Dosen Bagian Hukum Internasional Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta (e-mail: riroyogya@gmail.com).

¹ K. J. Arrow, 1974, *The Limits of Organizations*, W.W. Norton, New York; E. G. Flamholtz, T.K. Das dan A.S. Tsui, 1985, “Toward an Integrative Framework of Organizational Control”, *Accounting, Organization and Society*, hlm. 35-50; dan Aimin Yan dan Barbara Gray, “Bargaining Power, Management Control and Performance in United States-China Joint Venture: A Comparative Study”, *The Academy of Management Journal*, Vol. 37. No. 6, Desember 1994, hlm. 1481.

² Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008, Nomor 4915.

Munculnya pola hubungan positif dan negatif pasca ratifikasi adalah rujukan kesesuaian dan ketepatan hukum tersebut.³ Munculnya pola positif akan berkorelasi secara dinamis dalam meningkatnya budaya hukum (*legal culture*); struktur hukum (*legal structure*) dan substansi hukum (*legal substance*) perlindungan HAM di Indonesia. Akibat hukumnya adalah daya paksa hukum perlindungan HAM dalam Piagam HAM ASEAN memperoleh justifikasi dan legitimasi legal, sosial dan politik.⁴ Selanjutnya, akuntabilitas badan yang memiliki kewenangan perlindungan HAM dalam sistem inipun dapat diterima, yaitu oleh Badan HAM ASEAN di Indonesia.⁵

Pola hubungan negatif perlindungan HAM dapat membuka peluang dan/atau memperlemah sistematisasi hukum nasional baik dalam proses pembentukan dan pelaksanaannya.⁶ Pola negatif ini mereduksi secara sistemik paham *positivist* yang mengedepankan tercapainya trisula tujuan hukum perlindungan HAM yaitu adanya kepastian hukum (*legal rationale*), kemanfaatan hukum (*legal usage*) dan keadilan hukum (*legal justice*).⁷ Pola

negatif tersebut dapat diindikasikan melalui munculnya lima kemungkinan hukum pelaksanaan hukumnya di level nasional, yaitu: (1). adanya kesenjangan antara *das Sollen* dan *das Sein* (teori dengan praktek); (2). kemungkinan terjadinya kekosongan hukum (*legal lacunae* atau *leemten in het recht*); (3). kekaburan norma hukum atau bias dan deviasi norma hukum (*vege normen*); (4). kemungkinan tumpang tindihnya aturan hukum (*legal overlapping*) dan munculnya konflik norma hukum (*conflict of rules*).⁸

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian pada latar belakang tersebut di atas, permasalahan pokok dalam kajian ini dapat dirumuskan sebagai berikut: “Apakah perlindungan hak asasi manusia oleh Badan HAM ASEAN mampu berperan dan berfungsi secara positif dan mendukung peningkatan budaya hukum, struktur, dan isi hukum dalam sistem hukum nasional Indonesia ataukah sebaliknya justru berperan dan berfungsi sebaliknya dalam pelaksanaannya?”

Dari permasalahan pokok tersebut dapat diturunkan permasalahan turunannya,

³ Sudikno Mertokusumo, 1996, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 3-5.

⁴ N. Ismail, “Revitalisasi Daya Pemaksa Hukum”, *Makalah* disampaikan dalam *Law Career and Educational Expo* yang diselenggarakan oleh ASEAN Law Students’ Association, tanggal 4 Juni 2003 di Yogyakarta.

⁵ F. Sugeng Istanto, 1994, *Hukum Internasional*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, hlm. 45; Malcolm N. Shaw, 1997, *International Law* (4th ed.), Cambridge University Press, New York, hlm. 452-456; Christopher L. Blakesley, “Extraterritorial Jurisdiction”, dalam M. C. Bassiouni (ed.), 1986, *International Criminal Law Procedure*, Martinus Nijhoff Publishers; L. Henkin, R. Pugh, O. Schachter, dan H. Smith, 1987, *International Law in Theory and Practice*, hlm. 820-825.

⁶ Michelle Staggs Kelsall, 2009, *The New ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights: Toothless Tiger or Tentative First Step?*, East-West Center, hlm. 2-3.

⁷ Martin Krygier, 1987, “Critical Legal Studies and Social Theory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, No. 1, Oxford University Press; Margolis dan S. Lawrence, 2006, “Concepts”, *Stamford Encyclopedia of Philosophy*; Sudikno Mertokusumo, *Op.cit.*; Korner, 1964, “Deductive Unification and Idealisation”, *British Society for Philosophy of Science*, Vol. 63, No. 20; dan Satjipto Raharjo, 2007, *Biarkan Hukum Mengalir, Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Penerbitan Buku Kompas, Jakarta.

⁸ Ibrahim R., 2009, “Status Hukum Internasional dan Perjanjian Internasional di dalam Hukum Nasional (Permasalahan Teori dan Praktek)”, *Paper*.

yaitu: “Langkah-langkah hukum apakah yang harus disesuaikan dan antisipasi dalam perlindungan hukum hak asasi manusia oleh Badan HAM ASEAN seperti yang telah dipraktekkan oleh norma dan mekanisme yang ada di wilayah-wilayah regional lainnya seperti di Eropa, Afrika dan Amerika?”

C. Metode Penelitian

Metode penelitian ini berdasarkan pada kajian aplikasi dan relevansi dari teori-teori dalam studi Hukum Hak Asasi Manusia Internasional. Teori adalah analisis hubungan antar fakta dan dipahami sebagai sebuah bangunan atau sistem yang tersuktur dari sekumpulan ide, gagasan, atau pemikiran yang berfungsi untuk menerangkan terjadinya sesuatu atau mengapa sesuatu itu ada yang dikemukakan oleh seorang atau beberapa ahli di bidangnya.⁹ Dalam studi hukum HAM, teori adalah sekumpulan ide, gagasan atau pemikiran mengenai apa itu HAM dan mengapa HAM itu ada dan perlu dipertahankan oleh masyarakat.¹⁰ Ia didasari oleh suatu pernyataan-pernyataan umum tentang suatu kebenaran-kebenaran tertentu (konsep) dalam hubungan antara subyek hukum HAM dari berbagai sudut pandang pemahaman baik realis, naturalis, positivis maupun sosiologis.¹¹

Dalam kaitannya dengan perlindungan HAM, fungsi aturan perlindungan HAM dapat dipahami kontekstualitasnya melalui pengertian dalam Teori Fungsi Sosial HAM yang dikemukakan oleh Phillip Allot (*Social Function of International Human Rights Law Theory*).¹² Teori ini memandang bahwa hukum HAM internasional adalah sebuah sistem hukum yang terbentuk dan berkembang dari, ke, dan untuk masyarakat internasional, suatu masyarakat internasional yang terbentuk dari masyarakat nasional tanpa memandang perbedaan suku, agama dan ras untuk mewujudkan kepentingan bersama umat manusia berdasarkan prinsip-prinsip dasar hukum HAM internasional.¹³ Sebagai anggota ASEAN, fungsi perlindungan HAM di Indonesia menurut teori ini akan berkorelasi pada ditemukannya pola untuk memetakan permasalahan, tantangan sekaligus kesempatan dalam perlindungan HAM ke depan.¹⁴

Di samping Teori tersebut di atas, Teori Kedaulatan Negara menjadi kerangka pemahaman yang dapat digunakan sebagai alasan-alasan hukum mengapa Negara adalah pihak utama yang memiliki kewajiban perlindungan HAM dan supremasi negara terhadap pemajuan dan perlindungan HAM terhadap masyarakatnya. Teori ini menyata-

⁹ A. S. Hornby, 2000, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, Oxford University Press, hlm. 1346.

¹⁰ Human Rights Committee, General Comment 3, Article 2, para. 1, *Implementation at the National Level* (13th Session, 1981), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HR1/GEN/1/Rev.1 at 4 (1994).

¹¹ Anthony d'Amato, 2004, *The Need of Theory of International Law*, Northwestern School of Law.

¹² Phillips Allot, “The Concept of International Law”, *10 European Journal of International Law* (1999), hlm. 31-50.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Heribertus Jaka Triyana, “Politics and Law of Human Rights in Southeast Asia: A Critical Legal Analysis”, makalah disajikan dalam *Short Course on Human Rights and Democracy in Southeast Asia for the ASEAN Diplomats*, 24-25 Agustus 2009, Pusat Studi Sosial Asia Tenggara (PSSAT UGM)-Kemlu RI, Yogyakarta.

kan bahwa kedaulatan Negara adalah kekuasaan tertinggi yang merdeka dari pengaruh suatu kekuasaan lain yang dimiliki oleh Negara untuk mengakui, memajukan, melindungi dan melaksanakan ketentuan norma HAM di wilayah negaranya dan di yurisdiksinya.¹⁵ Yurisdiksi adalah kekuasaan negara untuk membuat hukum tentang perlindungan HAM dan berlaku terhadap orang, benda atau perbuatan-perbuatan (yurisdiksi legislatif); kekuasaan negara terhadap orang, perbuatan atau benda didalam proses peradilan HAM (yurisdiksi adjudikasi); atau kekuasaan negara untuk memaksakan berlakunya kewajiban perlindungan HAM dan dipatuhinya ketentuan hukum dan penghukuman bagi pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan HAM tersebut (yurisdiksi penegakan hukum).¹⁶ Arti penting Teori ini adalah diterimanya prinsip “*the exhaustion of local remedies*”, yaitu prinsip dasar perlindungan HAM oleh Negara yang mengutamakan penggunaan norma dan mekanisme perlindungan HAM nasional sebelum menggunakan norma dan mekanisme yang terdapat dalam sistem regional dan internasional.¹⁷

Teori Kedaulatan Negara penting digunakan untuk meredefinisikan prinsip-prinsip dasar ASEAN seperti yang tercantum dalam Piagam ASEAN itu sendiri, yaitu: (a) menghormati kemerdekaan, kedaulatan,

kesetaraan, integritas wilayah, dan identitas nasional seluruh Negara-Negara Anggota ASEAN; (b) tidak campur tangan urusan dalam negeri Negara-Negara Anggota ASEAN; (c) penghormatan terhadap hak setiap Negara Anggota untuk menjaga eksistensi nasionalnya bebas dari campur tangan eksternal, subversi, dan paksaan; (d) menghormati kebebasan fundamental, pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia, dan pemajuan keadilan sosial; (e) menjunjung tinggi Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa dan hukum internasional, termasuk hukum humaniter internasional, yang disetujui oleh Negara-Negara Anggota ASEAN; (f) tidak turut serta dalam kebijakan atau kegiatan apa pun, termasuk penggunaan wilayahnya, yang dilakukan oleh Negara Anggota ASEAN atau Negara non-ASEAN atau subyek non-negara mana pun, yang mengancam kedaulatan, integritas wilayah atau stabilitas politik dan ekonomi Negara-Negara Anggota ASEAN.¹⁸

D. Hasil Penelitian dan Pembahasan

Konsep perlindungan HAM mencakup tiga elemen utama bagi eksistensi manusia dalam konteks bernegara yaitu jaminan dan perlindungan hukum atas integritas manusia (*human integrity*), kebebasan (*freedom*) dan kesamaan (*equality*).¹⁹ Negara adalah pihak utama dalam upaya untuk mengakui,

¹⁵ Huala Adolf, 1990, *Aspek-Aspek Negara dalam Hukum Internasional*, PT Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm. 7.

¹⁶ F. Sugeng Istanto, *Op.cit.*, hlm. 45; Malcolm N. Shaw, *Op.cit.*, hlm. 452-456; Cristopher L. Blakesley, *Op.cit.*, hlm. 1; L. Henkin, R. Pugh, O. Schachter dan H. Smith, *Op.cit.*, hlm. 820-825.

¹⁷ Office for the High Commissioner for Human Rights, *High Commissioner's Strategic Management Plan 2008-2009*, Geneva, hlm. 1-5.

¹⁸ Piagam ASEAN.

¹⁹ Asbjørn Eide, 2001, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, dalam *Economic, Social and Cultural Rights - A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, hlm. 21.

mengatur, menghormati, memajukan dan melindungi HAM di seluruh sendi-sendi penyelenggaraan negara.²⁰ Dalam sistem hukum nasional Indonesia, Pasal 71 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia mewajibkan negara untuk melaksanakan kewajiban hukum yang timbul dalam perlindungan HAM. Terpenuhinya ketersediaan (*availability*), kesempatan memperoleh (*accessability*) yang meningkatkan penerimaan (*acceptability*) dan penyesuaian (*adaptability*) masyarakat terhadap upaya perlindungan HAM berdasarkan kondisi negara senyatanya²¹ adalah pengejawantahan rasio kesesuaian dan ketepatan perlindungan HAM. Rasio ini bisa digunakan juga untuk mengukur efektivitas pengaturan norma dan mekanisme perlindungan HAM Nasional di Indonesia dengan sistem perlindungan HAM di ASEAN pasca ratifikasi Piagam ASEAN oleh Indonesia. Mudah-mudahan, negara memiliki kewajiban hukum yang memuat “*a commitment to act in accordance with the object and purpose of the human rights norms achieving visible and meaningful results and creating a cultural and social context where human rights can be respected and experienced*”.²²

Penghormatan masyarakat ASEAN terhadap hak asasi manusia dalam *ASEAN Charter* terlihat dari pembukaan dan beberapa pasal di dalamnya. Pembukaan *ASEAN Charter* mencantumkan pengakuan “*adhering to the principles of democracy,*

the rule of law and good governance, respect for and protection of human rights and fundamental freedoms.” Beberapa pasal yang menjabarkan perlindungan HAM dapat ditemukan dalam Pasal 1 butir ke-7 yang menentukan salah satu tujuan ASEAN, yaitu “*to strengthen democracy, enhance good governance and the rule of law, and to promote, and protect human rights and fundamental freedoms, with due regard to the right and responsibilities of the Member States of ASEAN*”. Penghormatan terhadap HAM juga disebutkan dalam Pasal 2 ayat 2 (i) yaitu: “*respect for fundamental freedoms, the promotion and protection of human rights, and the promotion of social justice*”. Pasal 14 menetapkan bahwa “*in conformity with the purposes and principles of the ASEAN Charter relating to the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms, ASEAN shall establish an ASEAN human rights body.*

Indonesia terikat untuk melaksanakan ketentuan Piagam ASEAN dengan itikad baik (*good faith*), khususnya dalam melaksanakan tiga kewajiban utama yaitu kewajiban pencapaian hasil (*obligations of result*), kewajiban melaksanakan kemauan dalam Piagam (*obligation of conduct*) dan kewajiban pelaksanaan kewajiban-kewajiban tersebut secara transparan didalam pengambilan keputusan yang menyangkut perlindungan HAM (*obligation transparent assessment*

²⁰ M Santos Pais, “A Human Rights Conceptual Framework for Children’s Rights”, *UNICEF Innovative Essay* No. 9, 12.

²¹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment 13, *The Right to Education (Art. 13)*, 08/12/99, E/C.12/1999/10, CESCR, 8 Desember 1999, para 1.

²² Pais, *Op.cit.*, No. 21.

of progress).²³ Dengan demikian, Indonesia sejajar dengan negara-negara anggota ASEAN dalam perlindungan HAM di wilayahnya²⁴ dan atau di yurisdiksinya²⁵ dengan menerapkan asas penegakan hukum Hak Asasi Manusia secara praktis dan efektif (*practical and effective*).²⁶

Prinsip penerapan perlindungan HAM secara praktis dan efektif tersebut tereduksi secara sistemik oleh lima (5) faktor penentu pelaksanaannya di level nasional yaitu: (1). adanya kesenjangan antara *das Sollen* dan *das Sein* (teori dengan praktek); (2). kemungkinan terjadinya kekosongan hukum (*legal lacunae* atau *leemten in het recht*); (3). kekaburan norma hukum atau bias dan deviasi norma hukum (*vege normen*); (4). kemungkinan tumpang tindihnya aturan

hukum (*legal overlapping*) dan munculnya konflik norma hukum (*conflict of rules*). Elaborasi keempat faktor tersebut diuraikan di bawah ini:

1. Kesenjangan antara *das Sollen* dan *das Sein* Perlindungan HAM

Kesenjangan antara *das Sollen* dengan *das Sein* dalam perlindungan HAM oleh Badan HAM ASEAN dapat diformulasikan dalam tiga bentuk kecenderungan berikut, yaitu: (1). Adanya limitasi *legal personality*; (2). Menguatnya reduksi efektivitas *legal personality*; dan (3). Melemahnya komitmen (*low politics*) dalam penegakan perlindungan HAM. Ketiga kecenderungan tersebut dielaborasi di bawah ini.

²³ Lihat M Santos Pais, *Op.cit.*, No. 9, 12.

²⁴ Human Rights Committee, General Comment 3, Article 2, para 1, "Implementation at the National Level" (13th Session, 1981), *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 14 (1994), University of Minnesota Human Rights Library, <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom13.htm>. *General Comment* adalah suatu institusi legal yang dikeluarkan oleh Komite Hak Asasi Manusia internasional terhadap suatu penafsiran otentik dari suatu Pasal Konvensi HAM dan *General Comment* adalah salah satu mekanisme penegakan HAM di tingkat internasional.

²⁵ Alston dalam hal ini berpendapat pemasukan kata yurisdiksi dalam KHA dimaksudkan untuk dapat diterapkannya Konvensi secara luas, lihat, Phillip Alston, *The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child*. "Diterima juga pertanggungjawaban Negara terhadap pelanggaran HAM yang terjadi di luar wilayah Negara yang bersangkutan jika masuk dalam kategori yurisdiksinya" Lihat Theodore Meron, "Extraterritoriality of Human Rights Treaties", *89 American Journal of International Law* 78 (1995), hlm. 81; Perluasan ini berasal dari kasus-kasus HAM yaitu the *Delia Saldias de Lopez v. Uruguay Case*, Communication No. 52/1979 (29 July 1981) UN Doc. CCPR/C/OP/1, 88 (1984) to the *Coard et al v United States case*, Case 10.951, Report No. 109/99, 29 September 1999; lihat juga John Cerone, "Minding the Gap: Outlining KFOR Accountability in Post-Conflict Kosovo", *12 European Journal of International Law* (2001), hlm. 469-88.

²⁶ Lihat yurisprudensi dari kasus *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), European Court of Human Rights (1995) Series A.No.310, 23 February 1995, para. 72; lihat juga *Velasquez-Rodriguez* (Judgment), 29 July 1988, Inter American Court of Human Rights (1988) Series C. No.4, para 167; *Artico v. Italy*, European Court of Human Rights (1980) Series A.No. 37, 16; A v UK (Application) No. 15599/1994, Report of 18 September 1997, para 48; see generally Human Rights Committee, General Comment No. 16; ICESCR, Committee, General Comment, No. 5, para 11 (1994); dan Human Rights Committee, General Comment 3, Article 2, para. 1, *Implementation at the National Level* (13th Session, 1981), *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 4 (1994), and *General Comment*, Human Rights Committee, General comment 13, Article 14, para 3 (Twenty-first session, 1984), *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 14 (1994), University of Minnesota Human Rights Library, <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom13.htm>, diakses 15 April 2003.

Pertama, transformasi mendasar yang dilakukan oleh Piagam ASEAN adalah memberikan *legal personality* kepada ASEAN dan organ bentukannya yaitu AICHR. *Legal personality* yang dimiliki oleh AICHR adalah kewenangan hukum untuk bertindak yang dijamin oleh hukum internasional.²⁷ AICHR bisa beraktivitas dan membuat perjanjian atas namanya dan dapat pula menuntut dan dituntut secara hukum.²⁸ Badan HAM ASEAN tersebut bertugas merumuskan upaya pemajuan dan perlindungan HAM di kawasan melalui upaya edukasi, pemantauan, diseminasi nilai-nilai dan standar HAM internasional sebagaimana diamanatkan oleh Deklarasi Universal tentang HAM, Deklarasi Wina dan instrumen HAM lainnya.²⁹ Tugas AICHR hampir sama dengan komisi HAM yang dimiliki PBB yang kini telah berganti nama menjadi Dewan HAM PBB. Namun sejauh ini peran AICHR masih lebih banyak berupa promosi di level strategis dan bukan proteksi atas upaya perlindungan HAM di level operasional dan taktis.³⁰

Promosi perlindungan HAM yang belum sampai pada kewenangan proteksi HAM di wilayah suatu negara anggota adalah perbedaan mendasar antara *das Sollen* dengan *das Sein* yang dimiliki oleh Badan HAM ASEAN tersebut ketika dibandingkan dengan kewenangan badan-badan HAM lainnya. Inilah yang

disebut sebagai limitasi dan reduksi atas *legal personality* yang dimilikinya dalam konteks kewenangan bertindak.³¹ Ia tidak memiliki kewenangan penegakan hukum perlindungan HAM di negara-negara anggota (*independent enforcement power*) selain hanya bisa berperan sebagai badan penasihat, koordinasi dan konsultasi (*low politics matters*) di dalam perlindungan HAM di ASEAN itu sendiri dan kewenangan itu tidak sampai pada level taktis di wilayah negara anggota ASEAN berupa upaya advokasi dan adjudikasi.³²

Akibat hukumnya adalah kewenangan hukum tersebut hanya akan efektif berjalan di level strategis dalam konteks pembuatan atau perumusan kebijakan perlindungan HAM namun kewenangan tersebut tidak akan efektif dalam pelaksanaannya. Pelaksanaan perlindungan HAM tidak akan sampai pada level operasional dan taktis yang berupa upaya-upaya penegakan hukum yang berupa advokasi dan adjudikasi di negara-negara anggota ASEAN karena aplikasi Pasal 2 *ASEAN Charter*. Pasal ini melarang campur tangan urusan dalam negeri pada setiap Anggota ASEAN.³³ Jika dibandingkan dengan ketentuan dalam Piagam PBB, ketentuan non intervensi bisa disimpangi ketika Bab VII Piagam PBB digunakan oleh Dewan Keamanan PBB untuk melakukan tindakan-tindakan hukum yang diperlukan terhadap pelanggaran berat

²⁷ Malcolm N. Shaw, *Op.cit.*, hlm. 175-178.

²⁸ *Ibid.*, hlm. 179.

²⁹ Terms and References of the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights, hlm. 1.

³⁰ Heppy Ratna, 2009, "AICHR dan Penguatan Perlindungan HAM di ASEAN", <http://news.antara.co.id/berita/1256362459/aicHR-dan-penguatan-perlindungan-ham-di-asean>.

³¹ Malcolm N. Shaw, *Op.cit.*, No. 27, hlm. 177.

³² Kalsall, *Op.cit.*, No. 7, hlm. 2.

³³ ASEAN Charter, diratifikasi pada 30 November 2008.

HAM (*gross violations of human rights*) yang masuk dalam kategori mengancam keamanan dan perdamaian internasional yang terjadi di wilayah negara anggota PBB.³⁴ Jika kita cermati ketentuan dalam Piagam ASEAN khususnya Pasal 2, ketentuan ini tidak mengatur adanya penafsiran tentang kemungkinan pengecualian terhadap aplikasi prinsip ini khususnya terkait dengan perlindungan HAM yang terjadi di Negara anggota ASEAN. Asumsinya adalah ketika pelanggaran berat HAM terjadi seperti terjadinya penyiksaan, kejahatan terhadap kemanusiaan, kerja paksa dan pemusnahan penduduk atas dasar perbedaan ras, agama, suku, jenis kelamin dan lain sebagainya, Badan HAM ASEAN tidak mungkin bisa melakukan upaya-upaya hukum untuk mencegah dan/atau melakukan tindakan-tindakan hukum tertentu sebagai akibat pelaksanaan ketentuan Pasal ini.³⁵ Hal ini adalah akibat hukum dari reduksi dan limitasi ketentuan *legal personality* dari Badan HAM ASEAN terhadap upaya perlindungan HAM di wilayah negara-negara anggota oleh Badan HAM ASEAN sehingga *Sollen* dengan *Sein* akan sangat berbeda dalam pelaksanaannya ke depan.

Kedua, motivasi pembentukan ASEAN adalah didasarkan pada keinginan untuk

meningkatkan kerjasama dibidang ekonomi dan peningkatan kemakmuran bagi semua anggota.³⁶ Motivasi ini lebih didasarkan pada pendekatan pemenuhan kebutuhan (*need-based approach*) daripada motivasi pemenuhan hak asasi manusia yang seharusnya menjadi landasan kerja sama regional berdasarkan pendekatan berbasis hak asasi manusia (*human rights-based approach*).³⁷ Pendekatan kerjasama regional yang menjunjung nilai-nilai HAM (*human rights*), demokrasi (*democracy*), dan pemerintahan yang baik (*good governance*) bukanlah menjadi motivasi utama dalam kerjasama regional ASEAN.³⁸ Dengan demikian, kewenangan bertindak dalam perlindungan HAM oleh Badan HAM ASEAN sejatinya tidak memiliki dasar filosofis, sosiologis dan legal yang utama sebagai sebuah “*a common shared-governance values*” karena hal tersebut di atas.³⁹ Kewenangan yang dimiliki oleh Badan HAM ASEAN bisa ditempatkan hanya didasarkan pada derivasi sekunder atau bahkan tersier dari motivasi peningkatan pembangunan berdasarkan motivasi ekonomi dan kesejahteraan.⁴⁰ Hal inilah yang menjadikan *low politics commitment* terhadap kewenangan bertindak dalam perlindungan hukum oleh Badan HAM ASEAN ke depan.⁴¹

³⁴ Diane Orenlichter, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *100 Yale Law Journal* (1991), hlm. 2537-2542.

³⁵ Kelsall, *Op.cit.*, No.7, hlm. 3.

³⁶ Phillip J Eldridge, 2002, *The Politics of Human Rights in Southeast Asia*, Routledge, London, hlm. 32-33.

³⁷ Maria-Gabriela Manea, “Human Rights and the Inter Regional Dialogue Between Asia and Europe: ASEAN-EU Relations and the ASEM”, *The Pacific Review* 21, Issue 3, 2008, hlm. 376.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Termsak Chalermpanupap, “Promoting and Protecting Human Rights in ASEAN”, *The Nations*, 18 Desember 2008, hlm. 2-5.

⁴¹ Luningning G Camoying, “Establishing an ASEAN Human Rights Mechanism: Development and Prospects”, *Insights*, Issue No. 1, March 2005, hlm. 2-6.

Untuk mengatasi ketimpangan antara ketentuan nomatif dan pelaksanaannya, Badan HAM ASEAN sebaiknya menindaklanjuti *Terms of Reference* ke dalam sebuah panduan dialog dan keterlibatan secara konstruktif dalam hal koordinasi, komunikasi dan supervisi.⁴² Penetapan agenda pembahasan perlindungan HAM harus segera dibentuk dan dikonsolidasikan sebagai sebuah proposal bersama bagi perlindungan HAM di level strategis, operasional dan taktis.⁴³

Bagaimana usulan ini memiliki konteks dan perspektif Indonesia? Advokasi yang berupa pembentukan panduan dialog dan keterlibatan konstruktif oleh *civil society* dalam hal koordinasi, komunikasi dan supervisi dapat dilakukan di Sekretariat ASEAN yang terletak di Jakarta. Penjabaran agenda, rekomendasi serta rencana aksi perlindungan HAM, aturan dan tata cara (*rules and procedures*) pengambilan keputusan oleh Badan HAM ASEAN yang mengarah pada pembentukan sebuah kerangka kerja sama perlindungan HAM dalam bentuk-bentuk Konvensi HAM ASEAN dan instrumen HAM yang berisi pembakuan norma dan mekanismenya perlu segera diinisiasikan.⁴⁴ Agenda mengenai perlindungan HAM dalam situasi konflik bersenjata internal dan pemajuan perlindungan hak-hak anak berdasarkan *Convention on the Rights of Child (CRC) 1989* yang telah diratifikasi oleh semua

negara anggota ASEAN kiranya bisa menjadi isu pemersatu (agenda) dalam perlindungan HAM di negara-negara anggota ASEAN yang bisa dijadikan “*a shared-common governmental value*” dalam upaya perlindungan HAM ke depan oleh Badan HAM ASEAN.

2. Kemungkinan Kekosongan Hukum

Dalam kaitan ini, kesesuaian materi pengaturan dalam Piagam ASEAN dengan Undang-Undang Dasar 1945 perlu mendapat kajian hukum secara lugas dan kritis ketika Lembaga Aliansi untuk Keadilan Global mengajukan *judicial review* terhadap pembatalan Undang-Undang Nomor 38 tentang Pengesahan *Charter of the Association of Southeast Asian Nations* ke Mahkamah Konstitusi (MK) Republik Indonesia.⁴⁵ Aliansi berpendapat bahwa dengan diratifikasinya Piagam ASEAN yang memberlakukan perdagangan bebas akan merugikan industri dan perdagangan nasional karena Indonesia tunduk pada segala keputusan yang diambil di tingkat ASEAN.⁴⁶

Judicial review terhadap Undang-undang atau Perpres yang digunakan untuk meratifikasi suatu ketentuan perjanjian internasional dimungkinkan dalam sistem hukum nasional Indonesia berdasarkan ketentuan Pasal 11 dan Pasal 12 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Intinya kedua pasal

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Pasal 4.2. Terms of Refence of ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights.

⁴⁵ Lihat: Hukum Online, “UU Ratifikasi Piagam ASEAN Diuji ke MK.”

<http://hukumonline.com/berita/baca/lt4dc2cf078aa3e/uu-ratifikasi-piagam-asean-diuji-ke-mk>, diakses 17 Mei 2011.

⁴⁶ *Ibid.*

tersebut mengatur kewenangan MK dan MA untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang dan peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Ada dua kemungkinan hukum terhadap *judicial review* yang diajukan ke MK tersebut di atas, yaitu: (1) MK menerima untuk membatalkan instrumen ratifikasi Piagam ASEAN tersebut; atau (2) MK tidak menerima pembatalan instrumen ratifikasi tersebut.

Jika kemungkinan pertama yang akan terjadi seperti ketika MK membatalkan Undang-Undang Pengesahan Perjanjian WTO, maka kekosongan hukum (*legal lacunae* atau *leemten in het recht*) terhadap upaya perlindungan HAM akan terjadi di Indonesia. Kekosongan hukum tersebut dapat dilihat dari dua varian hukum, yaitu: (1) Jika MK membatalkan Undang-Undang tersebut, konsekuensinya adalah Indonesia harus keluar dari ASEAN termasuk keluar dari segala kewajiban hukum yang ada, dan (2) Jika MK membatalkan salah satu pasal dalam ratifikasi tersebut, maka Indonesia dapat dianggap tidak melaksanakan kewajiban yang terkandung dalam Piagam ASEAN. Kedua varian hukum ini menimbulkan kerumitan hukum tersendiri karena Piagam ASEAN tidak mengatur tentang pengunduran diri (*withdrawal*), apalagi Indonesia

adalah tokoh utama berdirinya ASEAN (*founding father*).

Mudahnya, uji materi tersebut memberikan ruang interpretasi hukum di level nasional mengenai efektifitas perlindungan HAM di Indonesia dengan norma dan mekanisme di ASEAN ke depan. Supremasi pengaturan dan pelaksanaan penegakan HAM yang telah diatur dan diakui pengaturannya dalam Konstitusi dan peraturan perundangan-undangan di Indonesia bisa menjadi alasan hukum untuk menonaktifkan norma dan mekanisme perlindungan HAM dalam sistem ASEAN ketika alasan kepentingan dan kedaulatan nasional Indonesia, norma serta mekanisme HAM nasional lebih *rigid* dan lengkap mengaturnya digunakan untuk menguji materi di MK atau MA.

Jika kemungkinan kedua yang akan terjadi yaitu MK menolak dan/atau tidak menerima pembatalan tersebut maka upaya-upaya hukum apakah yang harus dilaksanakan untuk: (1). Mengkaji keselarasan perjanjian internasional; dan (2). Proses untuk memastikan keselarasan suatu perjanjian internasional dengan UUD 1945⁴⁷ perlu mendapat perhatian yang serius. Ke depan, kedua aspek hukum ini perlu mendapatkan kajian secara seksama untuk menyinkronkan muatan materi pengaturan perlindungan HAM dalam sistem nasional Indonesia terkait dengan isu kepentingan nasional dan kedaulatan dalam kerangka pemajuan perlindungan hukum HAM dalam kerangka ASEAN.

⁴⁷ Hikmahanto Juwana, "Kewajiban Memastikan Keselarasan Perjanjian Internasional dengan Konstitusi", *Paper*, dipresentasikan dalam Seminar Upgrading Hukum Internasional FH UNDIP, 20-21 Mei 2011, hlm. 6-8.

3. Kekaburan Norma dan Mekanisme Hukum

Kekaburan norma dan mekanisme hukum perlindungan HAM ASEAN oleh Badan HAM ASEAN terletak pada tiga hal, yaitu: (1) Ada tidaknya jaminan kepastian hukum bahwa kewenangan perlindungan hukum yang dimilikinya adalah sebagai pelengkap dari sistem norma dan mekanisme hukum nasional dan internasional dan bukan sebagai duplikasi dari norma dan mekanisme yang telah ada;⁴⁸ (2) Ada tidaknya suatu *rule of engagement* (RoE) yang dimiliki oleh Badan HAM ASEAN terkait dengan upaya diseminasi HAM yang menjadi domain dari lembaga HAM nasional di negara-negara anggota ASEAN (*national human rights institutions* (NHRI));⁴⁹ dan (3) Ada tidaknya mekanisme konsultasi dan koordinasi yang dimiliki oleh lembaga swadaya masyarakat (LSM) yang bergerak di bidang perlindungan HAM terhadap Badan HAM ASEAN.⁵⁰ Ketiga kekaburan norma dan mekanisme hukum perlindungan HAM tersebut akan berimbas pada dua kecenderungan kekaburan atau bias hukum yang akan menimbulkan masalah dan tantangan sekaligus ke depan, khususnya dalam sistem perlindungan HAM di Indonesia.

Pertama, jika dicermati secara kontekstual, formulasi kewenangan perlindungan hukum oleh Badan HAM ASEAN tersebut lebih menekankan pada tindakan perlindungan hukum yang kuratif atas sebuah perbuatan-perbuatan atau kejadian hukum pelanggaran HAM yang telah terjadi. Konsekuensi logisnya adalah intervensinya cenderung bersifat maskulin karena jika dilihat alur reparasinya bertumpu pada tindakan tanggap darurat yang menekankan pada aspek rekonstruksi dan rehabilitasi atas suatu pelanggaran di tingkat pemerintah dan bukan langsung kepada *stakeholder* utama perlindungan HAM.⁵¹ Reaktif dan insidental adalah sifat yang mereduksi sifat konsultasi dan koordinasi dalam perlindungan HAM yang seharusnya dilakukan secara kontinu dan terus menerus yang diupayakan melalui upaya-upaya mitigasi atau penyiapan dalam ranah preventif atas pelanggaran HAM.⁵² Rantai birokrasi antar pemerintah akan menjadi simbol koordinasi vertikal dalam penyelesaian masalah-masalah pelanggaran HAM sehingga kewenangan Badan HAM ASEAN akan *vis á vis* berhadapan dengan birokrasi pemerintah.⁵³ Rantai birokrasi ini menjadi simbol intervensi efektif dalam advokasi dan adjudikasi perlindungan HAM oleh Badan HAM

⁴⁸ Kelsall, *Op.cit.*, No. 7, hlm. 4.

⁴⁹ Lihat selengkapnya dalam B. Lindsnaes, L. Lindholt, dan K. Yigen (eds), *National Human Rights Institutions, Articles and Working Papers, Input to the Discussions of the Establishment and Development of the Functions of National Human Rights Institutions*, The Danish Center for Human Rights, Wilden Plada, Denmark, hlm. 44; Mortem Kjaerum, 2003, *National Human Rights Institution Implementing Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, hlm. 2-4; dan Pacific Forum Secretariat, *National Human Rights Institutions Pathways of the Pacific States*, Pacific Islands Forum Secretariat, hlm. 2-10.

⁵⁰ Kelsall, *Op.cit.*, No. 7, hlm. 4 dan SAPA Task Force (FORUM-ASIA), *Hiding Behind the Limits*, 2009, hlm. 1-5.

⁵¹ ToR AICHR, hlm. 1.4.

⁵² *Ibid.*, hlm. 2.4.

⁵³ *Ibid.*, hlm. 4.4.

ASEAN. Dengan demikian, advokasi dan adjudikasi perlindungan HAM yang seharusnya langsung ditujukan kepada masyarakat malah akan tertuju kepada pemerintah.

Dengan demikian, upaya meminimalisasi dampak keaburan norma dan mekanisme perlindungan HAM harus diletakkan pada upaya peningkatan kesadaran hukum perlindungan HAM seperti edukasi, pemberdayaan masyarakat, inventarisasi dan pemetaan permasalahan perlindungan HAM di negara-negara anggota ASEAN, dan peringatan dini akan kemungkinan pelanggaran HAM.⁵⁴ Dari rumusan normatif tersebut di atas, tipe dan strategi perlindungan HAM oleh badan HAM ASEAN harus lebih menekankan pada proses (*process*) daripada hasil (*goals*).

Kedua, perlindungan HAM oleh Badan HAM ASEAN cenderung bersifat pasif (*given*) dari sebuah premis aktif atas peran dan fungsi Badan HAM ASEAN menurut Pasal 14 Piagam ASEAN. Dengan konstruksi hukum demikian, perlindungan hukum HAM lebih cenderung menguatkan dan/atau mengedepankan peran dan fungsi otoritas kekuasaan (*authoritative-based approach*) untuk pencapaian hasil (*obligation of results*) atas perlindungan HAM. Upaya perlindungan berdasarkan pendekatan ini merupakan upaya-upaya konstruktif yang tidak lagi populer dan mulai ditinggalkan dalam praktek negara demokrasi sebagai sebuah pengakuan tiga pilar utama eksistensi dasar hak asasi manusia yaitu integritas

manusia (*human integrity*), kebebasan (*freedom*) dan kesamaan (*equality*). Dengan kata lain konstruksi ini melalaikan pendekatan perlindungan HAM sebagai sebuah konstruksi aktif (*rights-based approach*) dalam hal eksistensi perlindungan HAM itu sendiri (*bottom up*) berdasarkan atas asas ketersediaan (*availability*), kesempatan memperoleh (*accessability*), asas penerimaan (*acceptability*) dan asas penyesuaian (*adaptability*) berdasarkan kondisi masyarakat madani yang demokratis.⁵⁵ Partisipasi aktif dari orang perorang dan kelompok orang dalam sebuah fungsionalitas sosial dan peran aktif dari serikat sosial adalah dasar dari sebuah konstruksi aktif (*rights-based approach*) yang telah menjadi komitmen bersama dalam penyelenggaraan *good governance* dan pemberdayaan masyarakat madani (*civil society*) menjadi kurang terwadahi dalam sistem perlindungan HAM oleh Badan HAM ASEAN.

Sebaiknya, formulasi perlindungan HAM oleh Badan HAM ASEAN tersebut diarahkan pada pemberdayaan masyarakat dengan meredefinisikan perannya sebagai koordinator dan fasilitator sehingga keampuhan (*resilience*) dan ketahanan (*independence*) masyarakat sipil yang didukung oleh lembaga-lembaga masyarakat akan menjadi solid dan saling melengkapi. Dengan demikian, pendekatan *rights-based approach* harus diletakkan sebagai kerangka dasar perlindungan HAM oleh Badan HAM ASEAN dalam tataran strategis, operasional dan taktis.

⁵⁴ Kelsall, *Op.cit*, No. 7, hlm. 5.

⁵⁵ Heribertus Jaka Triyana, "Komentar Hukum atas Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 12/PUU-III/2005 Mengenai Pengujian UU No. 36 Tahun 2004 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja", *Jurnal Hukum dan HAM Bidang Pendidikan*, Vol. 3. No. 2, Desember 2005.

4. Kemungkinan Tumpang Tindihnya Aturan Hukum dan Konflik Hukum

Kemungkinan konflik hukum dan tumpang tindihnya aturan hukum terkait dengan perlindungan HAM oleh Badan HAM ASEAN terletak pada dua masalah mendasar yaitu: (1). Kesesuaian aturan atau norma perlindungan HAM yang terdapat di level nasional dan yang terdapat di level internasional; dan (2). Kesesuaian aturan mengenai mekanisme atau prosedur perlindungan HAM yang terdapat di level nasional dan internasional. Aplikasi norma dan mekanisme yang terdapat dalam *charter-based* dan *treaty based*⁵⁶ dan eksistensi norma dan mekanisme perlindungan HAM regional Eropa, Amerika dan dan Afrika akan digunakan sebagai rujukan kritis untuk melihat kemungkinan munculnya tumpang tindih aturan dan kewenangan perlindungan HAM yang dimiliki oleh Badan HAM ASEAN ke dalam sistem hukum perlindungan HAM di Indonesia dan negara anggota lainnya.⁵⁷

Pertama, model konsultasi dan koordinasi yang seperti apakah yang harus dikembangkan dan dibuat oleh Badan HAM ASEAN terkait dengan eksistensi norma perlindungan HAM yang diatur dalam instrumen-instrumen dasar HAM supaya

tidak terjadi tumpang tindih substansi aturan terkait dengan adanya *treaty-based norms* yang berlaku secara internasional dan/atau telah diratifikasi oleh negara-negara ASEAN. Contoh *treaty-based norms* tersebut adalah *International Covenant on Civil and Political Rights 1966 (ICCPR)*;⁵⁸ *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*;⁵⁹ *Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)*;⁶⁰ *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 (CAT)*;⁶¹ *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*;⁶² dan *Convention on the Rights of the Child (CRC)*.⁶³ Penentuan model konsultasi dan koordinasi ini penting karena adanya variasi keanggotaan dari masing-masing negara anggota ASEAN terhadap keenam instrumen pokok HAM tersebut di atas. Semua negara anggota ASEAN adalah *party States* kepada CERD dan CRC.

Namun, banyak negara anggota ASEAN bukan dan/atau belum menjadi *party states* terhadap ICCPR, ICESCR, CAT dan CEDAW. Indonesia adalah pengecualian karena Indonesia adalah anggota dari keenam instrumen pokok HAM

⁵⁶ Henry J. Steiner dan Philip Alston, 2000, *International Human Rights in Context, Law Politics and Morals*, hlm. 779-780.

⁵⁷ Sripapha Sriprasert, "The International Norms and Mechanism of Human Rights", *Paper*, disajikan pada Workshop of the Asia Pacific Curriculum, Mahidol University, Bangkok, hlm. 1-8.

⁵⁸ Berlaku pada tanggal 23 Maret 1976, 993 UNTS 171, 1966 UNJYB 193; 1977 UKTS 6, anggota Komite adalah 18 orang.

⁵⁹ Berlaku pada tanggal 3 January 1976; 993 UNTS 3; 1966 UNJYB 170, anggota Komite adalah 18 orang.

⁶⁰ Berlaku pada tanggal 4 Januari 1969, GA Res. 2106 A (XX) 21 December 1965, anggota Komite adalah 18 orang.

⁶¹ Berlaku tanggal 26 Juni 1987, GA Res. 39/46, 10 December 1984, anggota Komite adalah 10 orang.

⁶² Berlaku tanggal 3 September 1981, GA Res 34/180, 18 Desember 1979, anggota Komite adalah 23 orang.

⁶³ Berlaku pada tanggal 2 September 1990, GA Res. 44/25 (Annex), UNGAOR, 44th Sess., Supp. No. 49, at 166, UN Doc. A/RES/44/49 (1990), 30 ILM 1448 (1989), anggota Komite adalah 10 orang.

tersebut. Dampak dari perbedaan keanggotaan tersebut adalah mencuatnya perbedaan pemenuhan kewajiban berdasarkan konvensi-konvensi tersebut, yaitu: (a). *duty to respect*; (b). *duty to protect*; dan (c). *duty to fulfill*.⁶⁴ Disparitas keanggotaan terhadap keenam instrumen HAM pokok tersebut juga akan berimbas pada model komunikasi dan konsultasi seperti apa yang harus dikembangkan oleh Badan HAM ASEAN terkait dengan pemenuhan ketiga kewajiban tersebut di level kerjasama ASEAN. Skala prioritas harus ditentukan guna mengeliminasi ketimpangan hukum pemenuhan kewajiban internasional dan membuat pemenuhan kewajiban tersebut koheren atau senyampang dengan tujuan ASEAN⁶⁵. Di samping itu, kekhususan *political will* pemenuhan kewajiban tersebut sangat beranekaragam seperti Singapura yang menentukan bahwa pemenuhan kewajiban internasional tersebut tidak boleh bertentangan dengan konstitusinya, dan Malaysia dan Brunei Darussalam menentukan bahwa pemenuhan kewajiban internasional tersebut tidak boleh bertentangan dengan Islam dan hukum nasionalnya.⁶⁶

Kedua, koordinasi dan konsultasi kewenangan perlindungan HAM antara Badan HAM ASEAN terhadap lembaga bentukan dari keenam instrumen HAM pokok tersebut seperti lembaga *Human Rights Committee, Committee on Economic and Social Rights, Committee on the*

Elimination on Racial Discrimination, Committee against Torture, Committee for the Elimination of Discrimination against Women, dan Committee on the Rights of the Child akan tumpang tindih dan cenderung tidak pasti. Hal ini terkait dengan mekanisme perlindungan hukum yang dimiliki oleh mereka dan tidak dimiliki oleh Badan HAM ASEAN seperti kewenangan mekanisme pelaporan pelaksanaan Konvensi dari negara peserta (*reports*), penerimaan pengaduan individu (*individual complaints*), pengaduan antar negara (*interstate complaints*) dan mekanisme lainnya seperti pemeriksaan lapangan (*on site investigation*) untuk ICCPR, CEDAW dan CAT, serta langkah-langkah yang penting dan segera diwujudkan (*urgent action, early warning and interim measures*) dalam ICCPR, CEDAW dan CERD.⁶⁷

Jawaban dasar dalam konteks kemungkinan munculnya tumpang tindih kewenangan hukum terletak pada ketidakjelasan mengenai dasar hukum pembentukan agenda koordinasi dan konsultasinya oleh Badan HAM ASEAN terhadap keenam instrumen pokok HAM tersebut di atas, yaitu: (a). apakah Badan tersebut akan membatasi peran dan fungsi koordinasi terhadap upaya promosi dan perlindungan hukum HAM bagi kedua instrumen pokok HAM yang telah diratifikasi oleh semua anggota ASEAN; atau (2). Tidak hanya terbatas pada peran dan fungsi koordinasi

⁶⁴ UNICEF, *A Human Rights Approach to UNICEF Programming for Children and Women: What It is, And Some Changes It Will Bring*, 17 April 1998 dan bandingkan dengan The World Conference on Human Rights: Vienna Declaration and Programme of Action, UN Doc. A/CONF.157/23, Part I, para 5

⁶⁵ ToR, AICHR, *Op.cit.*, hlm. 49.

⁶⁶ Kelsall, *Op.cit.*, No. 7, hlm. 4.

⁶⁷ Lihat ketentuan Pasal 40 dan 41 ICCPR, Pasal 16 ICESCR, Pasal 18 CEDAW, Pasal 44 CRC, Pasal 9, 11 dan 14 CERD dan Pasal 19, 21 dan 22 CAT.

terhadap upaya promosi dan perlindungan hukum HAM bagi keenam instrumen pokok HAM tersebut. Jawaban dari permasalahan pertama akan terkait dengan dispersitas reservasi pada kedua instrumen itu sendiri, dan jawaban terhadap permasalahan hukum kedua akan tertuju pada ada tidaknya basis penentuan upaya koordinasi dan pemenuhan terhadap kewajiban-kewajiban hukum yang timbul oleh Badan HAM ASEAN.

E. Kesimpulan

Berdasarkan uraian dalam bab-bab terdahulu maka dapat disimpulkan sebagai berikut, yaitu (1). perlindungan hak asasi manusia oleh Badan HAM ASEAN belum mampu berperan dan berfungsi secara positif dan mendukung peningkatan budaya hukum, struktur, dan isi hukum dalam sistem hukum nasional Indonesia. Hal ini disebabkan karena pola negatif pelaksanaan peran dan fungsi Badan HAM ASEAN lebih banyak mengarah pada pola hubungan negatif dengan norma dan mekanisme perlindungan HAM yang ada baik di level nasional, regional dan internasional. Identifikasi pola negatif dapat dibuktikan dengan mencuatnya kecenderungan timbulnya kesenjangan antara *das Sollen* dan *das Sein* (teori dengan praktik); (2). kemungkinan terjadinya kekosongan hukum (*legal lacunae* atau *leemten in het recht*); (3). kekaburan norma hukum atau bias dan deviasi norma hukum (*vege normen*); (4). kemungkinan tumpang tindihnya aturan hukum (*legal overlapping*); dan (5). munculnya konflik norma hukum (*conflict of rules*) dalam perlindungan HAM dalam Piagam ASEAN didalam sistem hukum

nasional Indonesia. (2). Langkah-langkah hukum apakah yang harus disesuaikan dan antisipasi dalam perlindungan hukum hak asasi manusia oleh Badan HAM ASEAN seperti yang telah dipraktikkan oleh norma dan mekanisme yang ada di wilayah-wilayah regional lainnya seperti di Eropa, Afrika dan Amerika adalah dengan menentukan secara jelas agenda perlindungan HAM dalam konteks kejelasan norma dan mekanisme yang harus dijalankan Badan HAM ASEAN sesuai dengan keselarasan aturan perlindungan HAM dalam Konstitusi Republik Indonesia dan peraturan perundang-undangan yang relevan.

Sintesis dari kerangka normatif dan operatif di atas, dapat digunakan untuk mereaktualisasikan peran dan fungsi Badan HAM ASEAN dalam sistem hukum Indonesia. Sintesis-sintesis tersebut adalah, yaitu: (1). Mereformulasikan peran dan fungsi pembuatan kebijakan tentang koordinasi dan supervisi perlindungan HAM oleh Badan HAM ASEAN sesuai dengan kesuaian dan ketepatan norma dan mekanisme yang ada di level nasional dan internasional untuk menghindari adanya duplikasi kewenangan; (2). Meredefinisikan pendekatan konsultasi dan diseminasi perlindungan HAM yang memberdayakan masyarakat dengan diarahkan dan mulai dikembangkan pada tataran feminis dan berkelanjutan dari upaya-upaya kuratif yang selama ini menjadi dasar kebijakan perlindungan HAM dalam ToR; (3). Mengaplikasikan model konsultasi dan koordinasi berdasarkan *bottom up system* berdasarkan partisipasi dari para pelaku perlindungan HAM di level nasional berdasarkan *rights-based approach* sebagai

amanat konstitusional; (4). Mendorong pembentukan agenda yang menjadi skala prioritas advokasi dan adjudikasi pada level pemerintah dalam mekanisme pengambilan keputusan di ASEAN; (5). Penyebarluasan norma dan mekanisme perlindungan HAM tertentu (*purposive massive education and dissemination*) yang harus didasarkan

pada persamaan dan perbedaan keterkaitan dengan instrumen pokok HAM yang ada dan yang telah diratifikasi oleh anggota ASEAN; dan (6). Mengembangkan rasio-rasio atau indikator pelaksanaan program (*objectively verified indicators*) bagi pelaksanaan perlindungan HAM oleh Badan HAM ASEAN.

DAFTAR PUSTAKA

- Adolf, Huala, 1990, *Aspek-Aspek Negara dalam Hukum Internasional*, PT Raja-grafindo Persada, Jakarta.
- Allot, Phillips, "The Concept of International Law", *10 European Journal of International Law* (1999).
- Arrow, K. J., 1974, *The Limits of Organizations*, W.W. Norton, New York.
- Blakesley, Christopher L., "Extraterritorial Jurisdiction", dalam M. C. Bassiouni (ed.), 1986, *International Criminal Law Procedure*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Camoying, Luningning G, "Establishing an ASEAN Human Rights Mechanism: Development and Prospects", *Insights, Issue No. 1, March 2005*.
- Cerone, John, "Minding the Gap: Outlining KFOR Accountability in Post-Conflict Kosovo", *12 European Journal of International Law* (2001).
- Chalermphanupap, Termsak, "Promoting and Protecting Human Rights in ASEAN", *The Nations*, 18 Desember 2008.
- d'Amato, Anthony, 2004, *The Need of Theory of International Law*, Northwestern School of Law.
- Eide, Asbjørn, 2001, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", dalam *Economic, Social and Cultural Rights - A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Eldridge, Phillip J, 2002, *The Politics of Human Rights in Southeast Asia*, Routledge, London.
- Flamholtz, E. G., T.K. Das dan A.S. Tsui, 1985, "Toward an Integrative Framework of Organizational Control", *Accounting, Organization and Society*.
- Henkin, L., R. Pugh, O. Schachter, dan H. Smith, 1987, *International Law in Theory and Practice*.
- Hornby, S., 2000, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, Oxford University Press.
- Hukum Online, "UU Ratifikasi Piagam ASEAN Diuji ke MK", <http://hukumonline.com/berita/baca/lt4dc2cf078aa3e/uu-ratifikasi-piagam-asean-diuji-ke-mk>, diakses 17 Mei 2011.
- Ismail, N., "Revitalisasi Daya Pemaksa Hukum", *Makalah*, disampaikan dalam *Law Career and Educational Expo* yang diselenggarakan oleh ASEAN Law Students' Association, tanggal 4 Juni 2003 di Yogyakarta.

- Istanto, F. Sugeng, 1994, *Hukum Internasional*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta.
- Juwana, Hikmahanto, "Kewajiban Memastikan Keselarasan Perjanjian Internasional dengan Konstitusi", *Paper*, dipresentasikan dalam Seminar Upgrading Hukum Internasional FH UNDIP, 20-21 Mei 2011.
- Kelsall, Michelle Staggs, 2009, *The New ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights: Toothless Tiger or Tentative First Step?*, East-West Center.
- Kjaerum, Mortem, 2003, *National Human Rights Institution Implementing Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher.
- Korner, 1964, "Deductive Unification and Idealisation", *British Society for Philosophy of Science*, Vol. 63, No. 20.
- Krygier, Martin, 1987, "Critical Legal Studies and Social Theory", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, No. 1, Oxford University Press.
- Lindsnaes, B., L. Lindholt, dan K. Yigen (eds), *National Human Rights Institutions, Articles and Working Papers, Input to the Discussions of the Establishment and Development of the Functions of National Human Rights Institutions*, The Danish Center for Human Rights, Wilden Plada, Denmark.
- Manea, Maria-Gabriela, "Human Rights and the Inter Regional Dialogue Between Asia and Europe: ASEAN-EU Relations and the ASEM", *The Pacific Review* 21, Issue 3, 2008.
- Margolis dan S. Lawrence, 2006, "Concepts", *Stamford Encyclopedia of Philosophy*.
- Meron, Theodore, "Extraterritoriality of Human Rights Treaties", *89 American Journal of International Law* 78 (1995).
- Mertokusumo, Sudikno, 1996, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta.
- Orenlichter, Diane, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *100 Yale Law Journal* (1991).
- Pacific Forum Secretariat, *National Human Rights Institutions Pathways of the Pacific States*, Pacific Islands Forum Secretariat.
- Pais, M Santos, "A Human Rights Conceptual Framework for Children's Rights", *UNICEF Innovative Essay* No. 9, 12.
- R., Ibrahim, 2009, "Status Hukum Internasional dan Perjanjian Internasional di dalam Hukum Nasional (Permasalahan Teori dan Praktek)", *Paper*.
- Raharjo, Satjipto, 2007, *Biarkan Hukum Mengalir, Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Penerbitan Buku Kompas.
- Ratna, Heppy, 2009, "AICHR dan Penguatan Perlindungan HAM di ASEAN", <http://news.antara.co.id/berita/1256362459/aichr-dan-penguatan-perlindungan-ham-di-asean>.
- Shaw, Malcolm N., 1997, *International Law* (4th ed.), Cambridge University Press, New York.
- Sriprasert, Sripapha, "The International Norms and Mechanism of Human Rights", *Paper* disajikan pada Workshop of the Asia Pacific Curriculum, Mahidol University, Bangkok.

Steiner, Henry J. dan Philip Alston, 2000, *International Human Rights in Context, Law Politics and Morals*.

Triyana, Heribertus Jaka, "Komentar Hukum atas Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 12/PUU-III/2005 Mengenai Pengujian UU No. 36 Tahun 2004 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja", *Jurnal Hukum dan HAM Bidang Pendidikan*, Vol. 3, No. 2, Desember 2005.

_____, "Politics and Law of Human Rights in Southeast Asia: A

Critical Legal Analysis", *Makalah*, disajikan dalam *Short Course on Human Rights and Democracy in Southeast Asia for the ASEAN Diplomats*, 24-25 Agustus 2009, Pusat Studi Sosial Asia Tenggara (PSSAT UGM)-Kemlu RI, Yogyakarta.

Yan, Aimin dan Barbara Gray, "Bargaining Power, Management Control and Performance in United States-China Joint Venture: A Comparative Study", *The Academy of Management Journal*, Vol. 37, No. 6, Desember 1994.