



Volume 32 No. 2, Mei 2017
DOI : 10.20473/ydk.v32i2.4775

Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Jalan Dharmawangsa Dalam Selatan
Surabaya, 60286 Indonesia, +6231-5023151/5023252
Fax +6231-5020454, E-mail: yuridika@fh.unair.ac.id
Yuridika (ISSN: 0215-840X | e-ISSN: 2528-3103)
by <http://e-journal.unair.ac.id/index.php/YDK/index> under a Creative
Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International License.



FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA

Article history: Submitted 19 February 2017; Accepted 05 May 2017; Available online 31 May 2017

HAK ASASI MANUSIA SEBAGAI *JUS COGENS* DAN KAITANNYA DENGAN HAK ATAS PENDIDIKAN

Virgayani Fattah

virgayani.fattah@gmail.com

Universitas Tadulako

Abstract

Jus cogens as a norm of general international law accepted and recognized by the community as a whole interasional with the main characteristics are non-derogable nature. The right to education is a fundamental human rights, so that its presence can not be reduced under any circumstances based on the benefits and importance of education for children. The national education policy is not fully aligned with the international human rights instruments led to the development of the education sector is not entirely based on human rights. Government is obliged to fulfill the right to education, especially with regard to the budget for building and repairing school buildings and improve the quality of education in Indonesia. The importance of the right to education as the main vehicle for elevating and empowering children from poverty, as a means to actively participate in the construction and total social community and as a powerful path towards human civilization itself. So it can be understood that a peremptory norm, also called *jus cogens* is a basic principle of international law that is considered to have been accepted in the international community of the country as a whole. Unlike general treaty law that traditionally requires treaties and allows for changes in obligations between countries through treaties, peremptory norms can not be violated by any country.

Keywords: *Jus Cogens*; Human Rights; Right to Education.

Abstrak

Jus cogens sebagai suatu norma hukum internasional umum yang diterima dan diakui oleh masyarakat interasional secara keseluruhan dengan karakteristik utama adalah sifat *non derogable rights*. Hak atas pendidikan merupakan HAM yang fundamental, sehingga keberadaannya tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun berdasarkan manfaat dan arti penting pendidikan bagi anak. Kebijakan pendidikan nasional belum sepenuhnya selaras dengan instrument HAM internasional menyebabkan pembangunan bidang pendidikan belum sepenuhnya berbasis HAM. Pemerintah berkewajiban memenuhi hak atas pendidikan terutama berkaitan dengan anggaran untuk membangun dan memperbaiki gedung-gedung sekolah dan meningkatkan mutu pendidikan di Indonesia. Arti penting hak atas pendidikan sebagai kendaraan utama untuk mengangkat dan memberdayakan anak-anak dari kemiskinan, sebagai sarana untuk berpartisipasi secara aktif dan total dalam pembangunan komunitas sosialnya dan sebagai jalan ampuh menuju keadaban manusia itu sendiri. Sehingga dapat dipahami bahwa sebuah norma peremptory, disebut juga *jus cogens* merupakan prinsip dasar hukum internasional yang dianggap telah diterima dikomunitas internasional negara secara menyeluruh. Tidak seperti hukum perjanjian pada umumnya yang mensyaratkan secara tradisional adanya treaty dan memungkinkan perubahan kewajiban antar negara melalui perjanjian, norma peremptory tidak bisa dilanggar oleh negara manapun.

Kata Kunci: *Jus Cogens*; HAM; Hak Atas Pendidikan.

Pendahuluan

Hak Asasi Manusia (HAM) merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia, bersifat universal dan langsung.¹ Dalam HAM kita mengenal tentang *jus cogens*. Konsep *jus cogens* didasarkan atas penerimaan nilai-nilai fundamental dan superior dalam sistem dan dalam beberapa hal mirip dengan gagasan tentang ketertiban umum dan kebijakan umum dalam tatanan hukum domestik. Hal ini juga mencerminkan pengaruh pemikiran hukum alam. Kaidah *jus cogens* bukanlah aturan yang baru dalam hukum internasional. Prinsip dasar hukum internasional yang diakui oleh komunitas internasional sebagai norma yang tidak boleh dilanggar. Tidak ada konsensus resmi mengenai norma mana yang merupakan *jus cogens* dan bagaimana suatu norma mencapai status tersebut. Akan tetapi, pelanggaran genosida, pembajakan laut dan perbudakan biasanya dianggap sebagai salah satu *jus cogens*.

Menurut Schwarzenberger, untuk membentuk *jus cogens*, suatu aturan hukum internasional harus memiliki sifat-sifat yang universal atau asas-asas yang fundamental, misalnya asas-asas yang bersangkutan harus mempunyai arti penting luar biasa (*exceptionally significant*) dalam hukum internasional di samping arti penting istimewa dibandingkan dengan asas-asas lainnya. Selain itu, asas tersebut merupakan bagian esensial daripada sistem hukum internasional yang ada atau mempunyai karakteristik yang merupakan refleksi dari hukum internasional yang berlaku.²

Verdross mengemukakan 3 (tiga) ciri aturan yang dapat menjadi *jus cogens*, yaitu aturan-aturan dasar yang timbul karena adanya kepentingan bersama dalam masyarakat internasional, timbul untuk tujuan-tujuan kemanusiaan dan harus sesuai atau selaras dengan Piagam PBB.³ Sekalipun tidak menggunakan kata-kata *jus cogens*, Mac Nair menegaskan adanya ketentuan-ketentuan hukum kebiasaan internasional yang berada dalam suatu kategori hukum yang lebih tinggi, ketentuan-

¹ Bunadi Hidayat, 'Perlindungan Hak Asasi Manusia Sebagai Proses Pengembangan Lembaga Hukum Modern Di Indonesia' (2006) 21 Yuridika.[432].

² Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Hukum Internasional Bunga Rampai* (Alumni 2013).[171].

³ Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum Laut Internasional* (Bina Cipta 1986).[176].

ketentuan itu tidak dapat dikesampingkan atau diubah oleh negara-negara yang membuat perjanjian. Sehingga dengan kata lain bahwa *jus cogens* dapat lahir dari hukum kebiasaan internasional yang bermaksud untuk melindungi kepentingan umum masyarakat internasional.⁴

Rozakis memberikan arti norma *jus cogens* sebagai suatu norma hukum internasional umum yang diterima dan diakui oleh masyarakat internasional secara keseluruhan. Norma hukum internasional umum diartikan sebagai suatu norma yang diterapkan kepada sebagian besar negara-negara karena telah diterima sebagai suatu hal yang mengikat dan terhadap norma tersebut tidak boleh dilanggar.⁵ Brownlie⁶ mengakui bahwa perjanjian yang bertentangan dengan kebiasaan atau prinsip umum yang merupakan bagian dari *jus cogens* adalah batal demi hukum atau dapat dibatalkan.⁷ Akehurst berpendapat bahwa suatu perjanjian yang batal karena bertentangan dengan *jus cogens* hendaknya dikembalikan pada praktik negara-negara berdasarkan kebiasaan setempat yang memang tidak diatur oleh konvensi karena konvensi hanya mengkodifikasi hukum perjanjian saja.⁸

The International Law Commission (ILC) sebagai badan yang ditugaskan untuk mengkodifikasi hukum perjanjian internasional telah mendapat kesulitan dalam memberikan formulasi yang tepat apa yang dimaksud dengan *jus cogens*. Selanjutnya, ILC memberikan alasan mengapa *jus cogens* ini tidak diberikan secara definitif, yaitu:

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

⁴ *ibid.*

⁵ Christos Rozakis, *The Concep of Jus Cogens in the Law of Treaties* (North Holland Publishing Company 1976).[169-170].

⁶ Brownlie memberikan beberapa contoh aturan-aturan yang bertentangan dengan *jus cogens*, misalnya perang agresi, pelanggaran terhadap hukum genosida, perdagangan perbudakan, pembajakan, kejahatan-kejahatan yang bertentangan dengan kemanusiaan, pelanggaran terhadap prinsip-prinsip hak menentukan nasib sendiri.

⁷ I Brownlie, *Principles of Public International Law* (4th ed, Clarendon Press 1999).[4].

⁸ Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law* (George Allen And Lewin 1983).[46].

Melalui pandangan ILC tersebut dapat ditarik beberapa hal yang menyangkut beberapa pengertian *jus cogens*, yaitu bahwa *jus cogens* merupakan aturan-aturan dasar hukum internasional umum yang dapat ditafsirkan sebagai *public policy* (ketertiban umum) dalam pengertian hukum nasional. Beberapa prinsip hukum kebiasaan internasional telah mencapai kekuatan sebagai *peremptory norm* yang tidak bisa dilanggar atau dirubah kecuali oleh norma dengan kekuatan serupa. Norma-norma ini dikatakan mendapatkan kekuatan mereka dari penerimaan secara universal misalnya pelanggaran terhadap *apartheid*, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, pembajakan, genosida, perbudakan dan penyiksaan. Sebuah norma *peremptory*, disebut juga *jus cogens* merupakan prinsip dasar hukum internasional yang dianggap telah diterima dikomunitas internasional negara secara menyeluruh. Tidak seperti hukum perjanjian pada umumnya yang mensyaratkan secara tradisional adanya *treaty* dan memungkinkan perubahan kewajiban antar negara melalui perjanjian, norma *peremptory* tidak bisa dilanggar oleh negara manapun. Melalui *Vienna Convention on the Law and Treaties*, diatur tentang perjanjian apapun yang berlawanan dengan norma *peremptory* tidak sah dan dianggap tidak ada. *Treaty* memungkinkan munculnya norma *peremptory*, namun *treaty* itu sendiri bukanlah norma *peremptory*.⁹

Aturan-aturan yang diciptakan melalui perjanjian akan diutamakan jika instrument semacam itu ada. Juga dimungkinkan, meskipun jarang terjadi, bagi sebuah perjanjian untuk dimodifikasi oleh praktik-praktik yang muncul antara pihak-pihak yang terlibat dalam perjanjian tersebut. Keadaan lain dimana sebuah peraturan akan mengambil alih peraturan perjanjian internasional ketika aturan tersebut memiliki status khusus *jus cogens*.¹⁰ Jelas bahwa hanya aturan yang berdasarkan kebiasaan atau perjanjian yang dapat membentuk fondasi norma *jus cogens*.

Secara historis, kemunculan HAM adalah proses pembelaan kepada masyarakat atas tindakan sewenang-wenangan yang dilakukan oleh negara dan

⁹ Rhona KM Smith, *Hukum Hak Asasi Manusia* (Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia-PUSHAM UII 2010).[61].

¹⁰ *ibid.*[59].

juga karena tidak seimbangnya posisi negara dengan masyarakat. Negara selalu menjadi pihak yang kuat karena mempunyai wewenang dan kekuasaan sedangkan masyarakat dalam posisi lemah atau dilemahkan karena tidak mempunyai wewenang apapun, apalagi kekuasaan. Wewenang dan kekuasaan yang melekat pada negara itulah yang menyebabkan diposisikannya negara sebagai pemangku kewajiban.¹¹ Berdasarkan HAM internasional negara sebagai pemangku kewajiban (*rights bearer*). Kewajiban tersebut adalah kewajiban untuk menghormati (*to respect*), kewajiban untuk melindungi (*to protect*) dan kewajiban untuk memenuhi (*to fulfill*). Kewajiban memenuhi (*to fulfill*) HAM mengacu pada kewajiban negara untuk mengambil langkah-langkah legislatif, administratif, judicial dan kebijakan praktis untuk memastikan hak-hak yang menjadi kewajibannya dapat terpenuhi hingga pencapaian maksimal.¹² Kewajiban memenuhi¹³ (*to fulfill*) merupakan kewajiban positif yang mengharuskan negara untuk menempuh langkah-langkah bagi pemenuhan HAM.

Selain ketiga kewajiban tersebut diatas, negara juga mempunyai kewajiban mengenai tindakan (*obligation of conduct*) dan kewajiban mengenai hasil (*obligation of result*). Untuk memenuhi kewajiban mencapai hasil (*obligation of result*), negara dituntut untuk membuat suatu kebijakan atau program. Kebijakan atau program tersebut dikatakan sebagai komitmen untuk mencapai hasil dan dalam rangka mencapai hasil sebagaimana dimaksud, negara wajib melakukan tindakan-tindakan tertentu sekaligus tidak boleh melakukan tindakan-tindakan lainnya. Inilah yang disebut dengan kewajiban berbuat (*obligation of conduct*).¹⁴

Berdasarkan prinsip Maastricht (*Maastricht Principles*) yang dirumuskan oleh ahli-ahli hukum internasional tentang Tanggung Jawab Negara berdasarkan Kovenan Hak Ekosob, menolak pemisahan tanggung jawab negara terhadap apa

¹¹ Enny Soeprapto,[*et.,al.*], *Hak Asasi Manusia Kelompok Rentan Dan Mekanisme Perlindungannya, Kumpulan Tulisan Dalam Buku Vulnerable Groups: Kajian Dan Mekanisme Perlindungannya* (PUSHAM UII 2012).[27].

¹² *ibid.*[21-23].

¹³ Kewajiban turunan dari kewajiban memenuhi (*to fulfill*) adalah mempromosikan (*to promote*) dan memfasilitasi (*to facilitate*).

¹⁴ W.Y. Sari Murti, *Anak, Dalam Kumpulan Tulisan Buku Vulnerable Groups: Kajian Dan Mekanisme Perlindungannya* (PUSHAM UII 2012).[151-152].

yang disebut sebagai *obligation of conduct* di satu sisi dan *obligation of result* di sisi lain. Pada konteks tanggung jawab, kebijakan-kebijakan negara dalam memajukan hak-hak ekosob harus dapat menunjukkan terpenuhinya kedua bentuk kewajiban tersebut. Ketika negara merancang kebijakan, harus sudah menimbang hasilnya apakah dapat menjamin terpenuhinya hak tersebut. Negara juga harus menyediakan sarana dan mekanisme yang memberi akses kepada rakyat untuk menuntut apabila hak-hak tersebut tidak terpenuhi.¹⁵

Berdirinya Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada tahun 1945 merupakan saat yang paling penting terhadap eksistensi HAM. Adanya PBB juga merefleksikan komitmen dari sejumlah besar negara menyangkut HAM. Hal tersebut terlihat dari ketentuan-ketentuan mengenai HAM yang terkandung di dalam Piagam PBB. Sejalan dengan terbentuknya PBB, HAM semakin mendapatkan perhatian yang besar. Hal ini terbukti dari adanya mandat yang diberikan oleh *The Economic and Social Council* (ECOSOC) kepada Komisi HAM PBB agar menyusun semacam dokumen HAM. Dokumen tersebut berisi daftar hak-hak yang termasuk kategori HAM. Dokumen tersebut dikenal sebagai Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) atau *The Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) yang disetujui oleh Majelis Umum PBB pada tahun 1948. Deklarasi tersebut merupakan tonggak sejarah bagi perkembangan HAM di dunia.¹⁶

Pada tahun 1966 dihasilkan perjanjian internasional yang mengatur tentang mekanisme pengawasan dan perlindungan HAM yaitu Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil dan Political Rights*) serta Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya¹⁷ (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights/ICESCR*).

¹⁵ Ifdhal Kasim, *Pelanggaran Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya: Impunitas Yang Tersembunyi, Prolog Dalam Buku Majda El Muhtaj, Dimensi-Dimensi HAM: Mengurai Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya* (Raja Grafindo Persada 2009).[8].

¹⁶ Andrey Sujatmoko, 'Sejarah, Teori, Prinsip Dan Kontroversi HAM', *Training Metode Pendekatan Pengajaran, Penelitian, Penulisan Disertasi Dan Pencarian Bahan Hukum HAM Bagi Dosen-Dosen Hukum HAM* (PUSHAM UII Yogyakarta bekerjasama dengan Norwegian Centre for Human Right (NCHR) Universitas Oslo-Norwegia 2009).[14].

¹⁷ Kovenan tersebut dirancang oleh Komisi Hak Asasi Manusia, Badan bawahan Dewan Ekonomi dan Sosial namun pengukuhan dan penerimaannya dilakukan oleh Majelis Umum PBB.

Kovenan Ekosob sebagai salah satu instrument pokok HAM internasional juga mengatur tentang Hak Atas Pendidikan. Sebagai HAM, hak atas pendidikan memberikan arti penting bagi upaya pemenuhan HAM secara luas. Penegasan ini penting artinya bagi upaya membangun kesadaran kolektif terhadap pemenuhan hak atas pendidikan.

Hak atas pendidikan mewajibkan negara menyiapkan sistem pendidikan yang memadai. Contoh dari kewajiban terhadap hak atas pendidikan, adalah dengan mengalokasikan anggaran pendidikan, membuat program pendidikan guru atau membangun gedung-gedung sekolah.¹⁸ Beberapa problem yang mendasar dalam pemenuhan hak atas pendidikan di Indonesia adalah mengenai legislasi dan kebijakan, termasuk di dalamnya adalah masalah anggaran yang sangat erat kaitannya dengan pembangunan pembangunan dan perbaikan gedung-gedung sekolah serta mutu pendidikan.

Jus Cogens Berdasarkan Hukum Internasional

J.G. Starke menguraikan bahwa sumber-sumber materil hukum internasional dapat didefinisikan sebagai bahan-bahan aktual yang digunakan oleh para ahli hukum internasional untuk menetapkan hukum yang berlaku bagi suatu peristiwa atau situasi tertentu. Pada garis besarnya, sumber tersebut dapat dikategorikan dalam 5 (lima) bentuk, yaitu kebiasaan internasional, traktat, keputusan pengadilan atau badan-badan arbitrase, karya-karya hukum dan keputusan atau ketetapan organ-organ/lembaga internasional.¹⁹

Pasal 38 ayat 1 Statuta Mahkamah Internasional (SMI) senantiasa menjadi rujukan pembahasan sumber-sumber hukum internasional dan diakui secara luas sebagai pernyataan paling otoritatif dan lengkap, menyatakan bahwa:

“Mahkamah yang berfungsi memutuskan berbagai sengketa yang diajukan kepadanya sesuai dengan hukum internasional, akan memberlakukan: (a) konvensi internasional, baik umum atau khusus yang menetapkan aturan yang secara tegas diakui oleh negara-negara terkait; (b) kebiasaan internasional

¹⁸ W.Y. Sari Murti. *Op.Cit.*[151].

¹⁹ Boer Mauna, *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan Dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global* (Alumni 2001).[8].

sebagai bukti praktik umum yang diterima sebagai hukum; (c) prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab; (d) tunduk pada ketentuan Pasal 59, keputusan pengadilan dan pendapat para ahli yang diakui kepakarannya (*teaching of the mosthighly qualified publicists*) merupakan sumber tambahan hukum internasional”.²⁰

Urutan penyebutan sumber hukum dalam Pasal 38 ayat 1 SMI di atas tidak menggambarkan urutan pentingnya masing-masing sumber hukum itu sebagai sumber hukum formal karena persoalan tersebut tidak sama sekali diatur oleh Pasal 38 SMI. Satu-satunya klasifikasi yang dapat kita adakan ialah bahwa sumber hukum formal itu di bagi atas 2 (dua) golongan, yaitu sumber hukum utama atau primer dan sumber hukum tambahan atau subsidier.²¹

Pasal 38 SMI ini sifatnya hanya merupakan petunjuk bagi hakim untuk mempertimbangkan macam-macam sumber hukum yang dapat digunakannya. Selain itu, daftar sumber hukum seperti yang tercantum dalam Pasal 38 SMI tidaklah menunjukkan suatu hierarki. Hukum internasional tidaklah sejelas hukum nasional dalam mengurutkan daftar otoritas konstitusionalnya.²² Namun terdapat sebuah prinsip yang menyatakan bahwa sebuah aturan khusus berlaku mengatasi aturan umum (*lex specialis derogat legi generali*) sehingga misalnya terdapat sebuah perjanjian di antara sejumlah negara sebagai *lex specialis* akan diprioritaskan di atas aturan umum perjanjian atau hukum kebiasaan diantara negar-negara yang sama meskipun tidak demikian, jika aturan umum tersebut tergolong dalam *jus cogens*.²³

Konsep *jus cogens* diduga telah ada sejak zaman Romawi. Pasca perang dunia kedua, pengadilan Nurenberg dalam berbagai putusannya menyatakan bahwa: “. . . *the individual has a legal obligation to disregard immoral law*”. Pengadilan Nurenberg selanjutnya menetapkan kembali hierarki norma hukum untuk mengatur

²⁰ Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional tersebut, tidak memasukkan keputusan-keputusan badan arbitrase sebagai sumber hukum internasional karena dalam prakteknya, penyelesaian sengketa mengenai badan arbitrase hanya merupakan pilihan hukum dan kesepakatan para pihak pada perjanjian.

²¹ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional* (Putra A. Bardin 1999). [83].

²² Pellet menyatakan bahwa sementara tidak ada hierarki formal di antara berbagai konvensi, adat dan prinsip umum, Mahkamah Internasional menggunakan semua itu secara tertib dan telah menyusun semacam susunan yang bersifat saling melengkapi diantara sumber-sumber hukum tersebut.

²³ Malcolm N Shaw QC, *Hukum Internasional* (Nusa Media 2013).[103].

konflik antara hukum internasional dengan hukum nasional yang pertama kali pernah diusulkan oleh aliran hukum alam di abad 17-18. Sejak pengadilan Nurenberg itulah hukum internasional mengakui tegas adanya konsep *jus cogens* sebagai sumber utama (*primary source*) dari norma-norma hukum yang mengatur hubungan internasional.²⁴

Selanjutnya pada tahun 1953, Hirsch Lauterpacht²⁵ mencoba mengenalkan konsep *jus cogens* dalam suatu diskusi yang diselenggarakan oleh Komisi Hukum Internasional. Hirsch menyatakan bahwa perjanjian yang dilahirkan dari penggunaan kekerasan melanggar “*international public policy*”. Pada tahun 1969, konsep *jus cogens* diinkorporasikan dalam Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian. Pasal 53 Konvensi Wina mengatur tentang perjanjian yang batal karena bertentangan dengan *jus cogens* dan batasan *jus cogens*.²⁶ Pasal ini memberikan batasan tentang apa yang dimaksud dengan norma dasar hukum internasional umum itu, yaitu sebagai suatu norma yang diterima dan diakui oleh masyarakat internasional secara keseluruhan sebagai suatu norma yang tidak boleh dilanggar dan hanya dapat diubah oleh suatu norma dasar hukum internasional umum yang baru, yang mempunyai sifat yang sama.²⁷

Pasal 64 Konvensi Wina mengatur bahwa apabila lahirnya suatu kaidah hukum internasional baru yang sifatnya memaksa atau kuat atau *jus cogens*, perjanjian manapun yang bertentangan dengan *jus cogens*, akan menjadi batal dan tidak berlaku lagi.²⁸ Pasal 71 Konvensi Wina akibat-akibat yang timbul karena batalnya suatu perjanjian yang disebabkan bertentangan dengan *jus cogens*. Jika suatu perjanjian batal karena bertentangan dengan *jus cogens*, para pihak sejauh

²⁴ Adam C Belski, [et., al.], *Implied Waiver Under THE FSIA: A Proposed Exemption to Immunity for Violation of Preemptory Norms of International Law* (California Law Review 1989). [10].

²⁵ *ibid.*

²⁶ Yang dapat menilai bahwa suatu ketentuan atau aturan adalah bertentangan atau termasuk *jus cogens* akhirnya diserahkan kepada praktik negara-negara dan yurisprudensi Mahkamah Internasional, namun ternyata bahwa dalam yurisprudensi mahkamah belum ada yang secara tegas menyatakan sebagai bertentangan atau termasuk *jus cogens*, yang ada adalah pendapat tersendiri dari beberapa hakim mahkamah.

²⁷ Yudha Bhakti Ardhiwisastra. *Op.Cit.* [166].

²⁸ Ketentuan pada Pasal 64 dan ketentuan pada Pasal 53 harus diartikan bersamaan. Sunaryati Hartono, *Pokok-Pokok Hukum Perdata Internasional* (Bina Cipta 1976). [117].

mungkin mencegah akibat-akibat yang bertentangan dengan *jus cogens* dan selanjutnya akan menyesuaikan atau menyelaraskan hubungan timbal balik mereka agar sesuai dengan *jus cogens*.

Meskipun konsep modern *jus cogens* dikemukakan oleh hukum perjanjian, secara umum dapat dikatakan *jus cogens* diterapkan untuk membatasi perjanjian. Perjanjian yang melanggar *jus cogens* adalah *null and void*. Namun demikian, dalam praktik pelanggaran *jus cogens* lebih sering muncul sebagai akibat dari tindakan sepihak negara. Oleh karena para ahli hukum sepakat bahwa norma *jus cogens* tidak hanya diterapkan dalam kerangka perjanjian internasional saja tetapi juga pada setiap tindakan atau aksi negara-negara.²⁹ *Jus cogens* juga terefleksikan dalam perjanjian-perjanjian multilateral modern, dan juga direfleksikan oleh hukum kebiasaan serta perjanjian-perjanjian lama.³⁰

Sebagaimana pernah digagas aliran hukum alam, *jus cogens* mengikat negara tanpa mempedulikan kehendak negara berdaulat yang bersangkutan karena *jus cogens* adalah superior dalam hierarki terhadap hukum positif atau hukum lain yang lahir atas perjuangan negara. Hal yang terpenting dari *jus cogens* adalah:

“*Jus cogens, however is a set of peremptory norms which does not depend on the consent of any individual state for its validity. The very existence of jus cogens limits state sovereignty in the sense that the general will of the international community of state takes precedence over the individual wills of states to order their relation. Thus, the concept that a sovereign is subject to no restraints except those imposed by its own will is inconsistent with the definition of jus cogens as peremptory law*”.³¹

Demikianlah, prinsip *jus cogens* pada akhirnya membatasi kedaulatan negara. Penegakan HAM dapat maju melalui norma *jus cogens*, untuk menghalangi “impunitas” dari kedaulatan negara.³² *Jus cogens* mutlak membatasi kebebasan negara dalam melaksanakan kedaulatannya. *Jus cogens* memiliki otoritas lebih besar dibanding sumber hukum internasional lainnya. Larangan penyiksaan atau pelanggaran HAM berat lainnya memiliki derajat yang lebih tinggi dalam hierarki internasional.

²⁹ Sefriani, *Hukum Internasional Suatu Pengantar* (Raja Grafindo Perkasa 2011).[68-69].

³⁰ *ibid.*[77].

³¹ *ibid.*[72].

³² Predrag Zenovic, ‘Human Rights Enforcement via Peremptory Norms- a Challenge to State Sovereignty, Riga Graduate School of Law (RGSL) Research Papers’ (2012) 6.[24].

Meskipun ruang lingkup *jus cogens* masih sering diperdebatkan dan bagaimana suatu norma mencapai *jus cogens* masih bersifat kontroversial, akan tetapi beberapa norma telah menjadi *jus cogens* seperti genosida, diskriminasi rasial, agresi, penyiksaan dan perbudakan. Ada yang mengaitkan dengan kebiasaan bahkan ketentuan dalam traktat itu sendiri tetapi adapula yang mendasarkan pada prinsip-prinsip hukum umum.³³

Hak Asasi Manusia Sebagai *Jus Cogens*

Karakteristik utama dari *jus cogens* adalah sifat *non derogable rights* dalam norma tersebut. Bukanlah hal yang mudah untuk menetapkan apakah ketentuan-ketentuan yang ada dalam suatu perjanjian merefleksikan *jus cogens* atau tidak, mengingat perjanjian lebih dikenal sebagai *contracts of private law* daripada suatu *genuine normative instruments*. Perjanjian tidak menciptakan hak dan kewajiban pada pihak ketiga tanpa persetujuannya. Sehingga, dewasa ini konsep tersebut sudah mengalami pengikisan dengan munculnya perjanjian-perjanjian humaniter dan HAM yang tidak mengizinkan *suspension or denunciation*. Pada hukum internasional kontemporer, proses pembuatan perjanjian multilateral adalah *legislative in objective*, hanya cara atau metodenya saja yang bersifat kontraktual.³⁴

Perjanjian-perjanjian HAM bisa merefleksikan *jus cogens* karena diadopsi oleh mayoritas negara-negara secara luas. Alasan lain yang mendukung *the pedigree of jus cogens norms* pada perjanjian-perjanjian HAM adalah banyaknya perjanjian yang membentuk atau mendirikan *interpretive organs* seperti *courts, tribunals, commission, committees* yang memberikan klarifikasi lebih jauh norma-norma yang bersangkutan, termasuk kepatuhannya. Selain itu, yang jauh lebih kuat lagi adalah tidak diizinkan negara peserta untuk mengundurkan diri dari perjanjian itu sendiri yang dapat merusak keberlangsungan perjanjian aspek persetujuan negara pada perjanjian-perjanjian tersebut.³⁵

³³ Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, *Hukum Internasional Kontemporer* (Refika Aditama 2006).[74].

³⁴ Sefriani.*Op.Cit.*[75-76].

³⁵ *ibid.*[77].

Prinsip kewajiban positif negara³⁶ timbul sebagai konsekuensi logis dari adanya ketentuan menurut hukum HAM internasional bahwa individu adalah pihak yang memegang HAM (*right bearer*). Sedangkan negara berposisi sebagai pemegang kewajiban (*duty bearer*) terhadap HAM, yaitu kewajiban untuk melindungi (*protect*), menghormati (*respect*) dan memenuhi (*to fulfill*) HAM setiap individu. Bahkan menurut hukum internasional, kewajiban-kewajiban tersebut merupakan kewajiban yang bersifat *erga omnes* (*obligation erga omnes*) atau kewajiban bagi seluruh negara jika menyangkut norma-norma HAM yang berkategori sebagai *Jus Cogens* (*peremptory norms*), misalnya larangan untuk melakukan perbudakan, *genocide* dan penyiksaan.³⁷

Kewajiban *erga omnes*³⁸ (*obligation erga omnes*), meskipun sering dipandang sama dengan *jus cogens* namun sesungguhnya kewajiban *erga omnes* berbeda dengan norma *jus cogens*. Kewajiban *erga omnes* dapat dicabut (*derogable*) dalam beberapa situasi namun demikian, tidak semua kewajiban *erga omnes* dapat memperoleh status sebagai *jus cogens*. Seluruh ketentuan dalam Kovenan Hak Sipil dan Kovenan Hak Ekosob, menimbulkan kewajiban *erga omnes*, namun tidak semua ketentuan dalam kedua kovenan tersebut merupakan *jus cogens* karena perlu persetujuan khusus lagi dari masyarakat internasional keseluruhan untuk mendapatkan status tersebut.³⁹

Kovenan Ekosob dan Kovenan Sipil merupakan penjabaran dari DUHAM. DUHAM tidak mempunyai kekuatan mengikat menurut hukum internasional, seperti halnya suatu perjanjian internasional yang ditandatangani dan diratifikasi oleh beberapa negara. Walaupun demikian, DUHAM mempunyai kekuatan yang besar. Asas-asas yang termuat dalam DUHAM mengenai hak-hak asasi manusia telah

³⁶ Kewajiban yang dimaksud adalah kewajiban yang lahir dari perjanjian-perjanjian internasional hak asasi manusia, maupun dari hukum kebiasaan internasional (*international customary law*) khususnya norma-norma hukum kebiasaan internasional yang memiliki sifat *jus cogens*.

³⁷ Andrey Sujatmoko, *Hukum HAM Dan Hukum Humaniter* (Raja Grafindo Perkasa 2015). [12].

³⁸ *Obligation erga omnes* memiliki otoritas lebih besar dibandingkan *customary international legal norms* sebab *customary international legal norms* hanya mensyaratkan penerimaan dari negara-negara.

³⁹ Sefriani. *Op.Cit.*[83].

mengilhami dan dimuat dalam undang-undang dasar banyak negara di dunia, terutama negara-negara yang baru merdeka atau telah mengilhami dikeluarkannya undang-undang yang mempunyai tujuan yang serupa di beberapa negara, dimana jaminan hak asasi manusia ini memberikan bantuan dan dorongan moral yang tidak sedikit kepada pihak-pihak yang memperjuangkan jaminan hak asasi manusia tersebut.⁴⁰

Lung Chu Chen berpendapat bahwa ketentuan-ketentuan yang mengatur HAM, terutama yang terdapat dalam deklarasi sudah dapat digolongkan sebagai *jus cogens* yang berarti bahwa ketentuan itu hanya dapat diubah atau ditiadakan oleh ketentuan yang juga berstatus *jus cogens*.⁴¹ *Jus cogens* mewakili *the public order* dari masyarakat internasional, bahwa norma-norma dan nilai-nilai tertentu memperoleh perlindungan absolut. Demikianlah substansi *jus cogens* belum memperoleh penetapan atau kepastian. Tanpa *consensus* berkaitan dengan hak-hak fundamental dan kesulitan yang melekat dalam mengidentifikasi *peremptory norm*, jelaslah bahwa belum ada pemahaman umum mengenai hierarki HAM. Budaya, ekonomi, politik yang bisa mempengaruhi persepsi negara-negara mengenai hak-hak yang fundamental tersebut, akhirnya tidak memungkinkan tercapai suatu pemahaman umum. Ketiadaan pemahaman menjadikan sulitnya menetapkan parameter *jus cogens* sehingga sulit pula menetapkan standar untuk membedakan antara hak-hak yang fundamental (*fundamental rights*), hak-hak yang biasa (*ordinary rights*) serta *jus cogens*.⁴² Beberapa norma yang merefleksikan *jus cogens*, adalah:

“Prohibition of aggression, right to life, right to humane treatment, prohibition of criminal ex post facto laws, prohibition of genocide, prohibition of war crimes, prohibition of slavery, prohibition of discrimination on the basis of race, colour, sex, language, religion or social origin, prohibition of imprisonment for civil debt, prohibition of crime against humanity, right to legal personhood, freedom of conscience, and the right to self determination. Regional jus cogens norm include the following, freedom from arbitrary detention, rights of the family, right to a name, rights of the child, right to nationality and right to participate in government”.

Seluruh hak-hak yang disebutkan di atas, sebagian besar diarahkan langsung pada

⁴⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*. [110].

⁴¹ Andrey Sujatmoko, *Hukum HAM Dan Hukum Humaniter*. [18].

⁴² Sefriani. *Op. Cit.* [73].

HAM dan sebagian besar didasarkan pada HAM. Meskipun beberapa hak tumpang tindih namun hal tersebut menunjukkan bahwa mayoritas norma *jus cogens* adalah saling berkaitan.⁴³

Hak Atas Pendidikan Sebagai Hak Asasi Manusia

Hukum HAM Internasional mengakui hak atas pendidikan sebagai HAM yang mendasar bagi setiap orang pendidikan memungkinkan tiap orang mencapai pengembangan kepribadian, kemampuan serta memungkinkan untuk berpartisipasi secara efektif dalam masyarakat. Bagi masyarakat internasional, pemenuhan hak atas pendidikan menempati prioritas utama dalam mengokohkan eksistensi diri sebagai manusia. Sebagai HAM, hak atas pendidikan memberikan arti penting bagi upaya pemenuhan HAM secara luas. Penegasan ini penting artinya bagi upaya membangun kesadaran kolektif terhadap pemenuhan hak atas pendidikan. Coomans⁴⁴ mengatakan hak atas pendidikan adalah hak yang memberdayakan (*empowerment rights*).

Hak atas pendidikan secara efektif, memberikan secara langsung bagi penikmat dan pemenuhan hak-hak lainnya. Bagi Coomans, pemenuhan terhadap hak atas pendidikan adalah pemenuhan bagi jati diri dan martabat manusia. Sejalan dengan hal tersebut, Manfrek Nowak⁴⁵ menegaskan “*Education is a precondition for the exercise of human rights*”. Nowak mengingatkan kita tentang pentingnya pendidikan dan pendidikan HAM sebagai bagian dari HAM.

Van Beuren berargumentasi bahwa DUHAM, Kovenan Hak Sipil Kovenan Hak Ekosob dan Konvensi Hak Anak 1989 mengambil pendekatan umum⁴⁶ bahwa hak atas pendidikan merupakan HAM fundamental yang eksistensinya tidak dapat

⁴³ *ibid.*[77].

⁴⁴ Coomans, *The Core Content of the Right to Education, Dalam Brand and Russel (Ed), Exploring the Core Content of Socio-Economic Rights: South African And International Perspectives* (Protea Book House 2002).[160], dalam Ifdhal Kasim.*op.cit.*[167].

⁴⁵ Manfrek Nowak, *The Right to Education, Dalam Osborn Eide, [et., al.], Economic, Social and Cultural Rights A Textbook* (Martinus Nijhoff 1995).[189-190].

⁴⁶ Pendekatan umum ini didasarkan arti penting pendidikan serta pada konsep pendidikan itu sendiri.

dikurangi dalam keadaanapapun (*non derogable rights*).⁴⁷ Komite Hak Ekosob menekankan arti penting hak atas pendidikan sebagai kendaraan utama untuk mengangkat dan memberdayakan anak-anak dari kemiskinan, sebagai sarana untuk berpartisipasi secara aktif dan total dalam pembangunan komunitas sosialnya dan sebagai jalan ampuh menuju keadaban manusia itu sendiri.⁴⁸ DUHAM dalam Pasal 26 menyatakan dengan tegas, bahwa:

- (1) *Everyone has the rights to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit;*
- (2) *Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedom. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nation, racial or religious group and hal further the activities of the United Nations for the maintenance of peace;*
- (3) *Parents have prior right to choose of kind education that shall be given to their children.*

Pengertian Pasal 26 DUHAM adalah sebagai berikut: Pertama, setiap orang berhak memperoleh pendidikan. Pendidikan harus dengan cuma-cuma, setidaknya untuk tingkatan sekolah rendah dan pendidikan dasar. Pendidikan terendah harus diwajibkan. Pendidikan teknik dan kejuruan secara umum harus terbuka bagi semua orang dan pendidikan tinggi harus dapat dimasuki dengan cara yang sama oleh semua orang, berdasarkan kecerdasan. Kedua, pendidikan harus ditujukan kepada perkembangan pribadi yang seluas-luasnya serta untuk mempertebal penghargaan kepada hak asasi manusia dan kebebasan yang mendasar. Pendidikan harus menggalakkan saling pengertian, toleransi dan persahabatan di antara semua bangsa, kelompok ras maupun agama, serta harus memajukan kegiatan PBB dalam memelihara perdamaian. Ketiga, orang tua mempunyai hak utama dalam memilih jenis pendidikan yang akan diberikan kepada anak-anak mereka.

Syed memberikan komentar terhadap Pasal 26 DUHAM tersebut, bahwa sebagai sebuah rezim, hak atas pendidikan merupakan satu kesatuan bangunan

⁴⁷ Deny Slamet Pribadi, 'Kajian Hak Asasi Manusia Untuk Meningkatkan Pemenuhan Hak Anak Atas Pendidikan' (2007) 3 Risalah Hukum Fakultas Hukum Ummul.[46].

⁴⁸ *ibid.*[47].

sistem hukum HAM internasional. Untuk memajukan hak atas pendidikan, negara wajib memajukan nilai-nilai HAM dalam kurikulum pendidikan yang selaras dengan konstruksi HAM universal.⁴⁹ DUHAM menegaskan arti penting dari substansi pendidikan itu sendiri, yaitu pendidikan membantu anak untuk mengenali dirinya sendiri, bakat serta kemampuannya dalam interaksi sosial dimana mereka berada. Selain DUHAM, Pasal 13 Kovenan Ekosob juga mengafirmasi pemerintah untuk mengambil langkah-langkah cerdas dalam pemenuhan hak atas pendidikan. Akses terhadap keseluruhan jenjang pendidikan harus menjadi perhatian pemerintah.

Pemenuhan hak atas pendidikan dasar yang tersedia, terjangkau, bermutu, non-diskriminatif, telah menjadi komitmen bersama dalam bentuk penyelenggaraan pendidikan untuk semua (*education for all*) yang telah dideklarasikan bersama dalam Konferensi UNESCO, Konferensi Dunia tentang Pendidikan Untuk Semua (*World Conference on Education for All*) di Jomtien, Thailand pada Tanggal 5-9 Maret 1990 : “Deklarasi Dunia tentang Pendidikan Untuk Semua: Memenuhi Kebutuhan Belajar Dasar” memberikan komitmen bagi pemenuhan hak atas pendidikan dasar, partisipasi perempuan, non-diskriminasi, pendidikan bagi masyarakat dengan kemampuan yang berbeda (*diffable-different ability*), masyarakat di pengungsian, situasi konflik, perang dan lain-lainnya.⁵⁰

Selanjutnya, deklarasi dunia tentang “pendidikan untuk semua” memenuhi kebutuhan belajar dasar, oleh UNESCO di Dakar pada bulan April 2000 telah menghasilkan *Dakar Declaration on Education for All*. Deklarasi tersebut menyatakan bahwa pendidikan adalah hak dasar (fundamental) semua orang, wanita dan pria semua usia di seluruh dunia; memahami bahwa pendidikan dapat membantu menjamin terbentuknya dunia yang lebih aman, lebih sehat, lebih sejahtera dengan lingkungan hidup yang lebih baik dan serentak dengan memberi iuran pada kemajuan sosial, ekonomi dan budaya, toleransi dan kerjasama antar bangsa.

⁴⁹ Ifdhal Kasim. *Op. Cit.* [165].

⁵⁰ Komnas HAM bekerjasama dengan Lingkar Studi Agama dan Kebangsaan (eLSAK) dan Lembaga Pengkajian dan Pengabdian Masyarakat Demokratis (LPPMD) Universitas Padjadjaran, *Pendidikan Untuk Semua: Advokasi Terhadap Kebijakan Pendidikan Nasional* (Komnas HAM 2005).[3].

Aksi Nasional HAM untuk pendidikan bagi anak pasca ratifikasi kovenan hak ekosob dapat diketahui beberapa hal, yaitu pertama tentang hak asasi manusia merupakan suatu konsep multidisipliner sehingga memerlukan pendekatan pemenuhan, perlindungan dan pemajuan serta konprehensif yang melibatkan semua elemen. Kedua tentang hak anak atas pendidikan merupakan HAM yang fundamental sehingga keberadaannya tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun berdasarkan manfaat dan arti penting pendidikan bagi anak dalam korelasinya sebagai makhluk individu dan social. Ketiga, Indonesia terikat untuk melaksanakan ketentuan Kovenan Hak Ekosob dengan itikad baik (*good faith*), khususnya dalam melaksanakan tiga kewajiban utama yaitu kewajiban pencapaian hasil (*obligation of result*), kewajiban melaksanakan kemauan dalam konvensi (*obligation of conduct*) dan kewajiban pelaksanaan kewajiban-kewajiban tersebut secara transparan di dalam pengambilan keputusan yang menyangkut hak anak atas pendidikan (*obligation transparent assessment of progress*). Terakhir tentang indikator pemanfaatan dan penggunaan sumber daya maksimal yang tersedia (*maximum available resources*) terhadap pemenuhan hak anak atas pendidikan harus diarahkan pada asas ketersediaan (*availability*), asas kesempatan memperoleh/keterjangkauan (*accessibility*), asas penerimaan (*acceptability*) dan asas penyesuaian (*adaptability*) berdasarkan kondisi negara senyatanya.

Pemanfaatan dan penggunaan sumber daya maksimal yang tersedia (*maximum available resources*) terhadap pemenuhan hak atas pendidikan harus diarahkan pada 4 (empat) indikator, yaitu:

1. *Availability* (ketersediaan): yang pertama adalah kewajiban untuk menjamin wajib belajar dan pendidikan tanpa biaya bagi seluruh anak usia sekolah bagi suatu negara, sampai sekurang-kurangnya usia minimum untuk diperbolehkan bekerja dan yang kedua adalah kewajiban untuk menghargai kebebasan orang tua untuk menentukan pendidikan bagi anak-anaknya dengan mempertimbangkan minat anak yang bersangkutan.
2. *Accessibility* (keterjangkauan): yang pertama adalah kewajiban untuk menghapuskan eksklusivitas pendidikan berdasarkan pelarangan terhadap

diskriminasi (suku, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, opini, asal, status ekonomi, kelahiran, status sosial, status minoritas atau penduduk asli, berkemampuan kurang) dan yang kedua adalah kewajiban untuk menghapus diskriminasi gender dan rasial dengan menjamin pemberian kesempatan yang sama dalam pemenuhan HAM, daripada hanya secara formal melarang diskriminasi.

3. *Acceptability* (keberterimaan): yang pertama adalah kewajiban untuk menetapkan standar minimum pendidikan termasuk bahasa pengantar, materi, metode mengajar dan untuk menjamin penerapannya pada semua lembaga pendidikan dan yang kedua adalah kewajiban untuk meningkatkan mutu pendidikan dengan menjamin bahwa seluruh sistem pendidikan sejalan dengan HAM.
4. *Adaptability* (Kebersesuaian): yang pertama adalah kewajiban untuk merencanakan dan mengimplementasikan pendidikan bagi anak yang tidak mengikuti sekolah formal, (misalnya, pendidikan bagi anak dipengungsian atau pengasingan, pendidikan bagi anak-anak yang kehilangan kebebasannya atau pendidikan bagi pekerja anak) dan yang kedua adalah kewajiban untuk menyesuaikan pendidikan dengan minat utama setiap anak, khususnya bagi mereka dengan kelainan atau anak minoritas dan penduduk asli.⁵¹

Empat indikator tersebut di atas merupakan kewajiban hukum pemerintah terhadap berbagai perjanjian internasional dan juga indikator tersebut sebagai alat untuk mengukur sejauh mana negara telah memenuhi hak atas pendidikan warganya.

Hukum HAM internasional juga mendefinisikan pendidikan wajib dan gratis sebagai kewajiban negara, implikasinya adalah pendidikan haruslah sebagai pelayanan publik yang gratis, meskipun mengizinkan pendidikan swasta untuk para orang tua yang menginginkan dan menyanggupinya, dengan catatan bahwa sebagian

⁵¹ Katarina Tomasevski, *Pendidikan Berbasis Hak Asasi - Penyederhanaan Persyaratan Hak Asasi Manusia Gopal, Proyek Kerjasama Antara Pelapor Khusus PBB Tentang Hak Atas Pendidikan Dan Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO* (Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO).[8-9], lihat juga dalam Darmaningtyas dan Heranisty Nasution, 'Pemenuhan Hak-Hak Atas Pendidikan' (2012) 8 HAM.[79].

besar sekolah swasta menarik bayaran untuk pelayanan yang mereka berikan.⁵²

Pada rumusan Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945) yang mengamanatkan bahwa salah satu tugas negara adalah mencerdaskan kehidupan bangsa. Pendidikan merupakan salah satu media untuk mencerdaskan bangsa yang dirumuskan secara jelas dalam Pasal 31 Amandemen UUD 1945, yang menyatakan bahwa setiap warga negara berhak dan wajib mengikuti pendidikan dasar dan pemerintah wajib membiayainya, pemerintah mengusahakan dan menyelenggarakan suatu sistem pendidikan nasional yang meningkatkan keimanan dan ketakwaan serta akhlak mulia dalam rangka mencerdaskan kehidupan bangsa yang diatur dengan undang-undang. Selain itu negara memprioritaskan anggaran pendidikan sekurang-kurangnya 20% dari anggaran pendapatan dan belanja negara serta dari anggaran pendapatan dan belanja daerah untuk memenuhi kebutuhan penyelenggaraan pendidikan nasional serta dengan menjunjung tinggi nilai-nilai agama dan persatuan bangsa untuk kemajuan peradaban serta kesejahteraan umat manusia, pendidikan dapat memajukan ilmu pengetahuan dan teknologi.

Pasal 31 UUD 1945 dipertegas lagi dengan Undang-Undang No. 20 Tentang Sistem Pendidikan Nasional Tahun 2003 (selanjutnya disebut UU Sisdiknas). Pasal 49 ayat 1 yang menyatakan bahwa dana pendidikan selain gaji pendidik dan biaya pendidikan kedinasan alokasi minimal 20% dari APBN pada sektor pendidikan dan minimal 20% dari APBD”. Kemudian Pasal 49 ayat 2 menyatakan bahwa “gaji guru dan dosen yang diangkat oleh pemerintah dialokasikan dalam APBN”.

Tahun 2007, rumusan Pasal 31 ayat 4 UUD 1945 yang telah diamandemen dan Pasal 49 UU Sisdiknas terdistorsi oleh putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 24/PUU-VV/2007 yang di dalamnya mengamanatkan bahwa anggaran 20% itu termasuk gaji pendidik dan pendidikan kedinasan sebagai bagian dari komponen pendidikan yang harus dimasukkan dalam penyusunan anggaran dan belanja pendidikan pada APBN dan APBD. Putusan tersebut sebagai jawaban terhadap permohonan gugatan yang diajukan oleh Dra. Hj. Rahmatiah Abbas, guru dari Kabupaten Wajo, Sulawesi Selatan dan Prof. Dr. Badryah Rifai, dosen

⁵² Tomasevski. *Op. Cit.* [63].

Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin – Makassar⁵³, tentang pengujian materi UU Sisdiknas, khususnya dalam Pasal 49 tentang anggaran pendidikan.⁵⁴

Menurut Putusan MK tersebut, mengecualikan gaji pendidik di dalam persentase anggaran pendidikan dianggap bertentangan dengan Pasal 31 ayat 4 UUD 1945 sehingga anggaran pendidikan di setiap daerah atau secara nasional lebih dari 20% dari APBN/APBD. Namun 70% dari anggaran tersebut dipergunakan untuk membayar gaji guru dan dosen serta untuk membiayai pendidikan kedinasan. Anggaran pendidikan tersebut dinilai tidak cukup untuk membiayai operasional pendidikan. Konsekuensinya adalah membebankan biaya pendidikan kepada murid-murid. Realitas tersebut bertentangan dengan Pasal 26 DUHAM yang telah disebutkan sebelumnya bahwa pendidikan dasar itu gratis⁵⁵ (Pasal 13 ayat 2 Kovenan Hak Ekosob dan Pasal 34 ayat 2 UU Sisdiknas).

Perubahan fundamental justru terjadi pasca putusan MK No. 13/PUU-VI/2008⁵⁶. Putusan ini mengafirmasi ketentuan Pasal 31 ayat 4 UUD tahun 1945. Alokasi anggaran sebesar 20% ditetapkan sebagai ambang batas konstitusional anggaran pendidikan dalam struktur APBN. Pada putusannya, MK menyatakan bahwa dalam Undang-Undang No. 16 Tahun 2008 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 45 Tahun 2007 Tentang APBN Tahun Anggaran 2008 bertentangan dengan UUD 1945. Konsekuensinya, APBN tahun 2009 wajib menetapkan ambang batas 20% dari total APBN. Putusan yang dihasilkan pada tanggal 13 Agustus 2008 itu ditetapkan dengan suara bulat dari seluruh hakim konstitusi.⁵⁷

Data jumlah Siswa Sekolah Dasar (SD) di Indonesia 25.8 Juta dengan guru 1.8 juta yang 62.98% adalah guru Pegawai Negeri Sipil. Sebanyak 147.536 SD tersebar diseluruh Indonesia. Sebanyak 23.45% ruang kelas dalam kondisi baik, 57.48% ruang kelas dalam kondisi rusak ringan, 6.62% ruang kelas dalam kondisi

⁵³ Alasan pemohon mengajukan gugatan adalah karena telah merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya.

⁵⁴ Darmaningtyas dan Heranisty Nasution. *Op. Cit.*[77-78].

⁵⁵ *ibid.*

⁵⁶ Permohonan uji materil ini diajukan oleh 29 (dua puluh Sembilan) orang yang sebagian besar merupakan pengurus PGRI, diantaranya Prof. Dr. H. Muhammad Surya sebagai Ketua Umum Pengurus Besar PGRI.

⁵⁷ Ifdhal Kasim. *Op. Cit.*[176-178].

rusak sedang dan 5.43% ruang kelas dalam kondisi rusak berat, 5.33% ruang kelas dalam kondisi rusak total serta terdapat 11.961 ruang kelas bukan milik sekolah sehingga jumlah ruang kelas secara keseluruhan adalah 10.485.000.⁵⁸

Data jumlah Siswa Sekolah Menengah Pertama (SMP) di Indonesia 10.01 Juta dengan guru 681.4 ribu yang 52.25% adalah guru Pegawai Negeri Sipil. Sebanyak 37.023 SMP tersebar diseluruh Indonesia. Sebanyak 26.97% ruang kelas dalam kondisi baik, 58.54% ruang kelas dalam kondisi rusak ringan, 5.95% ruang kelas dalam kondisi rusak sedang dan 4.65% ruang kelas dalam kondisi rusak berat, 3.64% ruang kelas dalam kondisi rusak total serta terdapat 8.854 ruang kelas bukan milik sekolah, sehingga jumlah ruang kelas secara keseluruhan adalah 336.400.⁵⁹

Data jumlah Siswa Sekolah Menengah Atas (SMA) di Indonesia 8.6 Juta dengan guru 569.2 ribu yang 45.92% adalah guru Pegawai Negeri Sipil. Sebanyak 25.348 SMA tersebar diseluruh Indonesia, yang terdiri dari 12.689 SMA dan 12.659 SMK. 46.56% ruang kelas dalam kondisi baik, 46.31% ruang kelas dalam kondisi rusak ringan, 2.85% ruang kelas dalam kondisi rusak sedang dan 2.22% ruang kelas dalam kondisi rusak berat, 2.07% ruang kelas dalam kondisi rusak total serta terdapat 12.400 ruang kelas bukan milik sekolah, sehingga jumlah ruang kelas secara keseluruhan adalah 275.3 ribu.⁶⁰ Jika dipenuhinya ambang batas 20% anggaran pendidikan dalam APBN dan APBD, mutu pendidikan dapat ditingkatkan, yaitu pembangunan dan perbaikan gedung sekolah, perpustakaan dan laboratorium termasuk kompetensi dan kesejahteraan guru, terutama sekolah-sekolah yang berada di daerah-daerah pelosok Indonesia.

Kesimpulan

Jus cogens sebagai suatu norma hukum internasional umum yang diterima dan diakui oleh masyarakat internasional secara keseluruhan. Norma hukum internasional umum diartikan sebagai suatu norma yang diterapkan kepada sebagian

⁵⁸ Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan Pusat Data dan Statistik Pendidikan dan Kebudayaan, 'Indonesia Educational Statistic in Brief 2015/2016' (2016).[23].

⁵⁹ *ibid.*

⁶⁰ *ibid.*[24].

besar negara-negara karena telah diterima sebagai suatu hal yang mengikat dan terhadap norma tersebut tidak boleh dilanggar. Karakteristik utama dari *jus cogens* adalah sifat *non derogable rights*, meskipun tidak mudah untuk menetapkan apakah sebuah ketentuan yang ada dalam suatu perjanjian internasional merefleksikan *jus cogens*. Van Beuren berargumentasi bahwa DUHAM, Kovenan Hak Sipil Kovenan Hak Ekosob dan Konvensi Hak Anak 1989 mengambil pendekatan umum bahwa hak atas pendidikan merupakan HAM fundamental yang eksistensinya tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non derogable rights*). Komite Hak Ekosob menekankan arti penting hak atas pendidikan sebagai kendaraan utama untuk mengangkat dan memberdayakan anak-anak dari kemiskinan, sebagai sarana untuk berpartisipasi secara aktif dan total dalam pembangunan komunitas sosialnya dan sebagai jalan ampuh menuju keadaban manusia itu sendiri

Hak atas pendidikan merupakan HAM yang fundamental, sehingga keberadaannya tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun berdasarkan manfaat dan arti penting pendidikan bagi anak dalam korelasinya sebagai makhluk individu dan sosial. Kebijakan pendidikan nasional belum sepenuhnya selaras dengan instrument-instrumen HAM internasional menyebabkan pembangunan bidang pendidikan belum sepenuhnya berbasis hak asasi manusia. Masih banyak yang harus pemerintah lakukan untuk memenuhi hak atas pendidikan melalui kebijakan di bidang pendidikan terutama berkaitan dengan anggaran untuk membangun dan memperbaiki gedung-gedung sekolah dan meningkatkan mutu pendidikan di Indonesia.

Daftar Bacaan

Buku

Adam C Belski, [et., al.], *Implied Waiver Under THE FSIA: A Proposed Exemption to Immunity for Violation of Preemptory Norms of International Law* (California Law Review 1989).

Andrey Sujatmoko, 'Sejarah, Teori, Prinsip Dan Kontroversi HAM', *Training Metode Pendekatan Pengajaran, Penelitian, Penulisan Disertasi Dan Pencarian Bahan Hukum HAM Bagi Dosen-Dosen Hukum HAM* (PUSHAM

UII Yogyakarta bekerjasama dengan Norwegian Centre for Human Right (NCHR) Universitas Oslo-Norwegia 2009).

—, *Hukum HAM Dan Hukum Humaniter* (Raja Grafindo Perkasa 2015).

Boer Mauna, *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan Dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global* (Alumni 2001).

Christos Rozakis, *The Concep of Jus Cogens in the Law of Treaties* (North Holland Publishing Company 1976).

Coomans, *The Core Contentof the Right to Education, Dalam Brand and Russel (Ed), Exploring the Core Content of Sosio-Economic Rights: South African And International Perspectives* (Protea Book House 2002).

Enny Soeprpto,[et.,al.], *Hak Asasi Manusia Kelompok Rentan Dan Mekanisme Perlindungannya, Kumpulan Tulisan Dalam Buku Vulnerable Groups: Kajian Dan Mekanisme Perlindungannya* (PUSHAM UII 2012).

I Brownlie, *Principles of Public International Law* (4th ed, Clarendon Press 1999).

Ifdhal Kasim, *Pelanggaran Hak-Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya: Impunitas Yang Tersembunyi, Prolog Dalam Buku Majda El Muhtaj, Dimensi-Dimensi HAM: Mengurai Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya* (Raja Grafindo Persada 2009).

Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, *Hukum Internasional Kontemporer* (Refika Aditama 2006).

Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan Pusat Data dan Statistik Pendidikan dan Kebudayaan, 'Indonesia Educational Statistic in Brief 2015/2016' (2016).

Malcolm N Shaw QC, *Hukum Internasional* (Nusa Media 2013).

Manfrek Nowak, *The Right to Education, Dalam Osborjn Eide, [et., al.] Economic, Social And Cultural Rights A Textbook* (Martinus Nijhoff 1995).

Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law* (George Allen and Lewin 1983).

Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum Laut Internasional* (Bina Cipta 1986).

—, *Pengantar Hukum Internasional* (Putra A Bardin 1999).

Padjadjaran KH bekerjasama dengan LSA dan K (eLSAK) dan LP dan PMD

(LPPMD) U, *Pendidikan Untuk Semua: Advokasi Terhadap Kebijakan Pendidikan Nasional* (Komnas HAM 2005).

Rhona KM Smith, *Hukum Hak Asasi Manusia* (Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia-PUSHAM UII 2010).

Sefriani, *Hukum Internasional Suatu Pengantar* (Raja Grafindo Perkasa 2011).

Sunaryati Hartono, *Pokok-Pokok Hukum Perdata Internasional* (Bina Cipta 1976).

Tomasevski K, *Pendidikan Berbasis Hak Asasi - Penyederhanaan Persyaratan Hak Asasi Manusia Gobar, Proyek Kerjasama Antara Pelapor Khusus PBB Tentang Hak Atas Pendidikan Dan Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO* (Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO).

W.Y. Sari Murti, *Anak, Dalam Kumpulan Tulisan Buku Vulnerable Groups: Kajian Dan Mekanisme Perlindungannya* (PUSHAM UII 2012).

Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Hukum Internasional Bunga Rampai* (Alumni 2013).

Jurnal

Bunadi Hidayat, 'Perlindungan Hak Asasi Manusia Sebagai Proses Pengembangan Lembaga Hukum Modern Di Indonesia' (2006) 21 Yuridika.

Darmaningtyas dan Heranisty Nasution, 'Pemenuhan Hak-Hak Atas Pendidikan' (2012) 8 HAM.

Deny Slamet Pribadi, 'Kajian Hak Asasi Manusia Untuk Meningkatkan Pemenuhan Hak Anak Atas Pendidikan' (2007) 3 Risalah Hukum Fakultas Hukum Ummul.

Predrag Zenovic, 'Human Rights Enforcement via Peremptory Norms- a Challenge to State Sovereignty, Riga Graduate School of Law (RGSL) Research Papers' (2012) 6.

HOW TO CITE: Virgayani Fattah, 'Hak Asasi Manusia Sebagai Jus Cogens Dan Kaitannya Dengan Hak Atas Pendidikan' (2017) 32 Yuridika.