

**HAK ASASI MANUSIA BERKATEGORI *JUS COGENS*
DAN KAITANNYA DENGAN HAK ATAS PENDIDIKAN****HUMAN RIGHTS CATEGORIZED *JUS COGENS*
AND IT'S RELATION TO THE RIGHT OF EDUCATION****Virgayani Fattah**Faculty Of Law Airlangga University
JL. Dharmawangsa Dalam Selatan, Airlangga, Gubeng, Surabaya, East Java, Indonesia
Telp./Fax: +62-623- 15023151 Email: virgayani_fattah@yahoo.co.id**Submitted: Jun 05, 2017; Reviewed: Jun 12, 2017; Accepted: Jun 29, 2017****Abstrak**

Jus cogens sebagai suatu norma hukum internasional umum yang diterima dan diakui oleh masyarakat internasional 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, sebagaimana diatur dalam Instrumen HAM Internasional, khususnya Kovenan Hak Ekosob. 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.

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

Jus cogens as a norm of general international law accepted and recognized by the international community as a whole with the main characteristics is the nature of non derogable rights. The right to education is a fundamental human right, so that its existence can't be reduced under any circumstances based on the importance and importance of education for children. The national education policy is not yet fully aligned with the international human rights instruments causing the development of education sector not yet fully based on human rights. The Government is obliged to fulfill the right to education primarily in relation to the budget for building and repairing school buildings and improving the quality of education in Indonesia, as set out in the International Human Rights Instrument, in particular the Covenant on Ecosystem Rights. The importance of the right to education as the primary vehicle for lifting and empowering children from poverty, as a means to participate actively and totally in the development of its social community and as a powerful road to humanity.

Keywords: *Education Right; Human Right; Jus Cogens*

PENDAHULUAN

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.

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.¹

Verdross mengemukakan 3 (tiga) ciri aturan yang dapat menjadi *jus co-*

gens, 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.²

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-ketentuan itu tidak dapat dikesampingkan atau diubah oleh negara-negara yang membuat perjanjian. Dengan kata lain bahwa *jus cogens* dapat lahir dari hukum kebiasaan internasional yang bermaksud untuk melindungi kepentingan umum masyarakat internasional.³

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 dite-

¹ George Zwanzerberger, *International Law*, Steven and Sons, London, 1960 dalam Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Hukum Internasional Bunga Rampai*, Alumni, Bandung, 2013, hlm. 171

² Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum Laut Internasional*, Bina Cipta, Bandung, 1986 dalam *Ibid.*, hlm. 176

³*Ibid.*

rima sebagai suatu hal yang mengikat dan terhadap norma tersebut tidak boleh dilanggar.⁴

Brownlie⁵ mengakui bahwa perjanjian yang bertentangan dengan kebiasaan atau prinsip umum yang merupakan bagian dari *jus cogens* adalah batal demi hukum atau dapat dikalahkan.⁶ 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.⁷

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 force of jus cogens, it might itself engage in a prolonged study of matters which fall outside scope of the present article.*”

Dari 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 peneri-

⁴ Christos Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, (North Holland Publishing Company, 1976) dalam *Ibid.* h. 169-170

⁵ 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.

⁶ I Brownlie, *Principles of public international law*, (4th ed, Oxford : Clarendon Press, 1990), P. 4 dalam Sefriani, *Hukum Internasional Suatu Pengantar*, Raja Grafindo Perkasa, Jakarta, 2011, hlm. 60

⁷ Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, (George Allen and Lewin 1983) 46 dalam Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Op. Cit.*, hlm. 170

maan 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. Dibawah *Vienna Convention on the Law and Treaties*, 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*.⁸

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*.⁹Jelas 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 juga karena tidak seimbangnnya 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.¹⁰

Berdasarkan HAM internasional negara sebagai pemangku kewajiban (*rights bearer*). Kewajiban tersebut

⁸ Rhona K.M. Smith, dkk., *Hukum Hak Asasi Manusia*, Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia-PUSHAM UII, Yogyakarta, 2010, hlm. 61

⁹*Ibid.*, h. 59

¹⁰ Enny Soeprapto, Rudi M. Rizky dan Eko Riyadi, *Hak Asasi Manusia Kelompok Rentan dan Mekanisme Perlindungannya*, kumpulan tulisan dalam buku *Vulnerable Groups : Kajian dan Mekanisme Perlindungannya*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2012, hlm. 27

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, judisial dan kebijakan praktis untuk memastikan hak-hak yang menjadi kewajibannya dapat terpenuhi hingga pencapaian maksimal.¹¹ Kewajiban memenuhi¹² (*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*). Dalam rangka 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*).¹³

Berdasarkan Prinsip-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 yang disebut sebagai *obligation of conduct* di satu sisi dan *obligation of result* di sisi lain. Dalam 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.¹⁴

Berdirinya Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada tahun 1945 meru-

¹¹ *Ibid.*, hlm. 21-23

¹² Kewajiban turunan dari kewajiban memenuhi (*to fulfill*) adalah mempromosikan (*to promote*) dan memfasilitasi (*to facilitate*).

¹³ Y. Sari Murti, W., *Anak*, dalam kumpulan tulisan buku *Vulnerable Groups : Kajian dan Mekanisme Perlindungannya*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2012, hlm. 151-152

¹⁴ Ihdhal 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, Jakarta, 2009, hlm. xxx-xxxii

pakan saat yang paling penting terhadap eksistensi HAM. Dibentuknya 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.¹⁵

Pada tahun 1966 dihasilkan perjanjian internasional yang mengatur

¹⁵ Andrey Sujatmoko, *Sejarah, Teori, Prinsip dan Kontroversi HAM*, Materi yang disampaikan pada acara "Training Metode Pendekatan Pengajaran, Penelitian, Penulisan Disertasi dan Pencarian Bahan Hukum HAM Bagi Dosen-Dosen Hukum HAM", yang diselenggarakan oleh PUSHAM UII Yogyakarta bekerjasama dengan *Norwegian Centre for Human Right* (NCHR) Universitas Oslo-Norwegia, Yogyakarta, tanggal 12-13 Maret 2009, h. 14

tentang mekanisme pengawasan dan perlindungan HAM yaitu Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights*) serta Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya¹⁶ (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights/ICESCR*). 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.¹⁷ Beberapa problem yang mendasar dalam pemenuhan hak atas pendidikan di Indonesia adalah menge-

¹⁶Kovenan tersebut dirancang oleh Komisi Hak Asasi Manusia, Badan bawahan Dewan Ekonomi dan Sosial namun pengukuhan dan penerimaannya dilakukan oleh Majelis Umum PBB.

¹⁷Y. Sari Murti, *Op. Cit.*, h. 151

nai 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 : 1. Kebiasaan Internasional ; 2. Traktat ; 3. Keputusan pengadilan atau badan-badan arbitrase ; 4. Karya-karya hukum ; 5. Keputusan atau ketetapan organ-organ/lembaga internasional.¹⁸

Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional 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 sebagai bukti praktek 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”.¹⁹

Urutan penyebutan sumber hukum dalam Pasal 38 ayat (1) 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. Satu-satunya klasifikasi yang dapat kita adakan ialah bahwa sumber hukum formal itu di bagi atas 2 (dua) golongan, yaitu sumber hukum utama

¹⁸ Boer Mauna, *Hukum Internasional : Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, Alumni, Bandung, 2001, hlm. 8

¹⁹ 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.

atau primer dan sumber hukum tambahan atau subsidier.²⁰

Pasal 38 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 Statuta Mahkamah Internasional tidaklah menunjukkan suatu hierarki. Hukum internasional tidaklah sejelas hukum nasional dalam mengurutkan daftar otoritas konstitusionalnya,²¹ 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 di antara negara-negara yang samameskipun tidak demikian, jika aturan umum tersebut tergolong dalam *jus cogens*.²²

Konsep *jus cogens* diduga telah ada sejak zaman Romawi. Pasca perang dunia kedua, pengadilan Nuremberg dalam berbagai putusannya menyatakan bahwa : . . . *the individual has a legal obligation to disregard immoral law*. Pengadilan Nuremberg selanjutnya menetapkan kembali hierarki norma hukum untuk mengatur konflik antara hukum internasional dengan hukum nasional yang pertama kali pernah diusulkan oleh aliran hukum alam di abad 17-18, sejak pengadilan Nuremberg itulah hukum internasional mengakui tegas adanya konsep *jus cogens* sebagai sumber utama (*primary source*) dari norma-norma hukum yang mengatur hubungan internasional.²³

Selanjutnya pada tahun 1953, Hirsch Lauterpacht²⁴ mencoba mengenalkan konsep *jus cogens* dalam suatu diskusi yang diselenggarakan oleh Komisi Hukum Internasional. Hirsch menyatakan bahwa perjanjian yang dila-

²⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Putra A. Bardin, Bandung, 1999, hlm. 83

²¹ 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 di antara sumber-sumber hukum tersebut.

²² Malcolm N. Shaw QC, *Hukum Internasional*, (diterjemahkan oleh Derta Sri Widodo-

watie, Imam Baehaqi dan M. Khozim), Nusa Media, Bandung, 2013, h. 103

²³ Adam C. Belski, Mark Merva & Naomi Roth-Arriaza, *Implied Waiver Under THE FSIA : A Proposed Exemption to Immunity for Violation of Preemptory Norms of International Law*, (California Law Review 1989) h. 10 dalam Sefriani, *Op. Cit.*, hlm. 66-67

²⁴ *Ibid.*

hirkan dari penggunaan kekerasan melanggar “*international public policy*”.²⁵

Pada tahun 1969, konsep *jus cogens* diinkorporasikan dalam Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian. Pasal 53²⁶ mengatur tentang perjanjian yang batal karena bertentangan dengan *jus cogens*²⁷ dan batasan *jus cogens*. 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.²⁸

Pasal 64 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.²⁹ Pasal 71 akibat-akibat yang timbul karena batalnya suatu perjanjian yang disebabkan bertentangan dengan *jus cogens*. Dalam hal suatu perjanjian batal karena bertentangan dengan *jus cogens*, para pihak sejauh 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-

²⁵ UN Doc. A/CN.4/63, [1953] 2 Y.B.I.L.C 90 at 147

²⁶ Pasal 53 Konvensi Wina menyatakan bahwa sebuah perjanjian yang bertentangan dengan aturan *jus cogens* yang ada, adalah batal *ab initio*

²⁷ 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.

²⁸ Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Op. Cit.*, hlm. 166

²⁹ Ketentuan pada Pasal 64 dan ketentuan pada Pasal 53 harus diartikan bersamaan, baca Sunaryati Hartono, *Pokok-Pokok Hukum Perdata Internasional*, Bina Cipta, Bandung, 1976, hlm. 117

negara.³⁰ *Jus cogens* juga terefleksikan dalam perjanjian-perjanjian multilateral modern, dan juga direfleksikan oleh hukum kebiasaan serta perjanjian-perjanjian lama.³¹

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. 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.”*³²

Demikianlah, prinsip *jus cogens* pada akhirnya membatasi kedaulatan

negara. Penegakan HAM dapat maju melalui norma *jus cogens*, untuk menghalangi “impunitas” dari kedaulatan negara.³³ *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.

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.³⁴

³⁰ Sefriani, *Op. Cit.*, hlm. 68-69

³¹ *Ibid.*, hlm. 77

³² Turpel & Sands, *Peremptory International Law and Sovereignty*, (3 CONN. J. INT'L., L., 1988) 364-365 dalam Sefriani, *Op. Cit.*, hlm. 72

³³ Predrag Zenovic, *Human Rights enforcement via peremptory norms- a challenge to state sovereignty*, Riga Graduate School of Law (RGSL) Research Papers No. 6, 2012, hlm. 24

³⁴ Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, *Hukum Internasional kontemporer*, Refika Aditama, Bandung, 2006, hlm. 74

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. Dengan demikian, dewasa ini konsep tersebut sudah mengalami pengikisan dengan munculnya perjanjian-perjanjian humaniter dan HAM yang tidak mengizinkan *suspension or denunciation*. Dalam hukum internasional kontemporer, proses pembuatan perjanjian multilateral adalah *legislative in objective*, hanya cara atau metodenya saja yang bersifat kontraktual.³⁵

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, juga 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.³⁶

Prinsip kewajiban positif negara³⁷ 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 ke-

³⁵ Sefriani, *Op. Cit.*, hlm. 75-76

³⁶ *Ibid.*, hlm. 77

³⁷ 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*.

wajiban bagi seluruh negara jika menyangkut norma-norma HAM yang berkategori sebagai *Jus Cogens* (*peremptory norms*), misalnya larangan untuk melakukan perbudakan, *genocide* dan penyiksaan.³⁸

Kewajiban *erga omnes*³⁹ (*obligation erga omnes*), meskipun sering dipandang sama dengan *jus cogens* namun sesungguhnya kewajiban *erga omnes* berbeda dengan norma *jus cogens*, di mana 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.⁴⁰

Kovenan Ekosob dan Kovenan Sipil merupakan penjabaran dari DU-

HAM. 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 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.⁴¹

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*.⁴²

³⁸ Andrey Sujatmko, *Hukum HAM dan Hukum Humaniter*, Raja Grafindo Perkasa, Jakarta, 2015, hlm. 12

³⁹ *Obligation erga omnes* memiliki otoritas lebih besar dibandingkan *customary international legal norms* sebab *customary international legal norms* hanya mensyaratkan penerimaan dari negara-negara.

⁴⁰ Sefriani, *Op. Cit.*, hlm. 83

⁴¹ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Putra A. Bardin, Bandung, 1999, hlm. 110

⁴² Andrey Sujatmko, *Op. Cit.*, hlm. 18

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 bias 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*.⁴³

Beberapa norma yang merefleksikan *jus cogens*, adalah *prohibition of aggression, right to life, right to humane treatment, prohibition of criminal ex pose facto laws, prohibition of genocide, prohibition of war crimes, prohibition of slavery, prohibition of discrimination on the basis of race, co-*

lour, 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. Dari seluruh hak-hak yang disebutkan tersebut, sebagian besar diarahkan langsung pada HAM dan sebagian besar didasarkan pada HAM. Meskipun beberapa hak tumpang tindih namun hal tersebut menunjukkan bahwa mayoritas norma *jus cogens* adalah saling berkaitan.⁴⁴

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 me-

⁴³Sefriani, *Op. Cit.*, hlm. 73

⁴⁴*Ibid.*, hlm. 77

nempati prioritas utama dalam mengokohkan eksistensi diri sebagai manusia. Sebagai HAM, hak atas pendidikan memberikan arti penting bagi upaya pemenuhan HAM secara luas. Penegakan ini penting artinya bagi upaya membangun kesadaran kolektif terhadap pemenuhan hak atas pendidikan. Coomans⁴⁶ 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 Nowak⁴⁷ 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 umum⁴⁸ bahwa hak atas pendidikan merupakan HAM fundamental yang eksistensinya tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non derogable rights*).⁴⁹ 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.⁵⁰

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

⁴⁵ *Hak-Hak Masyarakat Adat Yang Berlaku - Pedoman Untuk Konvensi ILO No. 169*, 2010, hlm. 150

⁴⁶ 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* (Pretoria : Protea Book House, 2002) P. 160, dalam Majda El Muhtaj, *Op. Cit.*, hlm.167

⁴⁷ Manfrek Nowak, *The Right to Education*, dalam Osborjn Eide, et, al. (ed) *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook* (Boston : Martinus Nijhoff Publisher, 1995) P. 189-190 dalam *Ibid.*

⁴⁸ Pendekatan umum ini didasarkan arti penting pendidikan serta pada konsep pendidikan itu sendiri.

⁴⁹ Deny Slamet Pribadi, "Kajian Hak Asasi Manusia Untuk Meningkatkan Pemenuhan Hak Anak Atas Pendidikan", *Jurnal Risalah Hukum Fakultas Hukum Ummul*, Vol. 3 No.1, 2007, hlm. 46

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 47

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.”

(1). 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 ;

(2) 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 ;

(3). 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 sistem hukum HAM internasional. Dalam rangka memajukan hak atas pendidikan, negara wajib memajukan nilai-nilai HAM dalam kurikulum pendidikan yang selaras dengan konstruksi HAM universal.⁵¹

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

⁵¹ Majda El Muhtaj, *Op. Cit.*, hlm. 165

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.⁵²

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.”

Dalam Aksi Nasional HAM Untuk Pendidikan Bagi Anak Pasca Ratifikasi Kovenan Hak Ekosob dapat diketahui beberapa hal, yaitu : a. Hak asasi manusia merupakan suatu konsep multidisipliner sehingga memerlukan pendekatan pemenuhan, perlindungan dan pemajuan serta konprehensif yang melibatkan semua elemen ; b. 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 sosial ; c. 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

⁵² 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, Jakarta, 2005, hlm. 3

menyangkut hak anak atas pendidikan (*obligation transparent assessment of progress*) ; d. 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.⁵³

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) : - 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 ; - Kewajiban untuk menghargai kebebasan orang tua untuk menentukan pendidikan bagi anak-anaknya dengan mempertimbangkan minat anak yang bersangkutan.

2. *Accessibility* (keterjangkauan) : - 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) ; - Kewajiban untuk menghapus diskriminasi jender dan rasial dengan menjamin pemberian kesempatan yang sama dalam pemenuhan HAM, daripada hanya secara formal melarang diskriminasi.

3. *Acceptability* (keberterimaan) : - Kewajiban untuk menetapkan standar minimum pendidikan termasuk bahasa pengantar, materi, metode mengajar dan untuk menjamin penerapannya pada semua lembaga pendidikan ; - Kewajiban untuk meningkatkan mutu pendidikan dengan menjamin bahwa seluruh sistem pendidikan sejalan dengan HAM.

4. *Adaptability*(Kebersesuaian) : - 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

⁵³ Hasil Temu Konsultasi Diseminasi Aksi Nasional HAM Bidang Pendidikan, Surabaya, 1-3 Juni 2006

bagi pekerja anak).- Kewajiban untuk menyesuaikan pendidikan dengan minat utama setiap anak, khususnya bagi mereka dengan kelainan atau anak minoritas dan penduduk asli.⁵⁴

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 besar sekolah swasta menarik bayaran untuk pelayanan yang mereka berikan.⁵⁵

⁵⁴ Katarina Tomasevski, *Pendidikan Berbasis Hak Asasi - Penyederhanaan Persyaratan Hak Asasi Manusia Global*, Proyek kerjasama antara Pelapor Khusus PBB tentang Hak Atas Pendidikan dan Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO, Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO, Bangkok, h. 8-9, lihat juga dalam Darmaningtyas dan Heranisty Nasution, "Pemenuhan Hak-Hak Atas Pendidikan", *Jurnal HAM*, Vol.8, Tahun 2012, h. 79

⁵⁵ Katarina Tomasevski, *Op. Cit.*, hlm. 63

Dalam rumusan Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 yang mengamatkan 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 Tahun 1945 diper tegas lagi dengan Undang-Undang No.

20 tentang Sistem Pendidikan Nasional tahun 2003, 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”. Ayat (2) menyatakan bahwa “Gaji guru dan dosen yang diangkat oleh pemerintah dialokasikan dalam APBN”.

Tahun 2007, rumusan Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 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 Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin – Makassar⁵⁶, tentang pengu-

jian materi UU Sisdiknas, khusus Pasal 49 tentang Anggaran Pendidikan.⁵⁷

Menurut Putusan MK tersebut, mengecualikan gaji pendidik di dalam persentase anggaran pendidikan dianggap bertentangan dengan Pasal 31 ayat (4) UUD Tahun 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 gratis⁵⁸, 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/2008⁵⁹. Putusan ini mengafirmasi ketentuan Pasal 31 ayat (4) UUD ta-

⁵⁶ Alasan pemohon mengajukan gugatan adalah karena telah merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya.

⁵⁷ Darmaningtyas dan Heranisty, *Op. Cit.*, hlm. 77-78

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ 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.

hun 1945. Alokasi anggaran sebesar 20% ditetapkan sebagai ambang batas konstitusional anggaran pendidikan dalam struktur APBN. Dalam 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 tahun 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.⁶⁰

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. 23.45% ruang kelas dalam kondisi baik, 57.48% ruang kelas dalam kondisi rusak ringan, 6.62% ruang kelas dalam kondisi 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 1.048.5 ribu.⁶¹

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. 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 336.4 ribu.⁶²

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

⁶⁰Majda El Muhtaj, *Op. Cit.*, hlm.176-178

⁶¹*Indonesia Educational Statistic in Brief 2015/2016*, Pusat Data dan Statistik Pendidikan dan Kebudayaan, Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan, 2016, hlm. 23

⁶²*Ibid.*

kelas dalam kondisi rusak berat, 2.07% ruang kelas dalam kondisi rusak total serta terdapat 12.4 ribu ruang kelas bukan milik sekolah, sehingga jumlah ruang kelas secara keseluruhan adalah 275.3 ribu.⁶³

Dengan 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.

PENUTUP

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.

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

⁶³ *Ibid.*, hlm. 24

melalui kebijakan di bidang pendidikan terutama berkaitan dengan anggaran untuk membangun dan memperbaiki gedung-gedung sekolah dan meningkatkan mutu pendidikan di Indonesia.

BIBLIOGRAFI

Buku-Buku

- Adam C. Belski, Mark Merva & Naomi Roth-Arriaza. (1989). *Implied Waiver Under THE FSIA : A Proposed Exemption to Immunity for Violation of Preemptory Norms of International Law*, California Law Review.
- Andrey Sujatmko. (2015). *Hukum HAM dan Hukum Humaniter*. Jakarta. Raja Grafindo Perkasa.
- Boer Mauna. (2001). *Hukum Internasional : Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*. Bandung. Alumni.
- Christos Rozakis. (1976). *The Concep of Jus Cogens in the Law of Treaties*. North Holland Publishing Company.
- Coomans, *The Core Content of the Right to Education*, dalam Brand and Russel (ed). (2002). *Exploring the Core Content of Socio-Economic Rights : South African and International Perspectives*. Pretoria : Protea Book House.
- Enny Soeprapto, Rudi M. Rizky dan Eko Riyadi. (2012). *Hak Asasi Manusia Kelompok Rentan dan Mekanisme Perlindungannya*, kumpulan tulisan dalam buku *Vulnerable Groups : Kajian dan Mekanisme Perlindungannya*. Yogyakarta. PUSHAM UII.
- George Zwanzerberger. (1960). *International Law*. London. Steven and Sons.
- I Brownlie. (1990) *Principles of public international law*. 4th ed. Oxford Clarendon Press.
- Ifdhal Kasim. (2009). *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*. Jakarta. Raja Grafindo Persada.
- Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar. (2006) *Hukum Internasional kontemporer*. Bandung. Refika Aditama.
- Katarina Tomasevski, *Pendidikan Berbasis Hak Asasi - Penyederhanaan Persyaratan Hak Asasi Manusia Gobal*, Proyek kerjasama antara Pelapor Khusus PBB tentang Hak Atas Pendidikan dan Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO, Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO, Bangkok
- Komnas HAM bekerjasama dengan Lingkar Studi Agama dan Kebangsaan (eLSAK) dan Lembaga Pengkajian dan Pengabdian Masyarakat Demokratis (LPPMD) Universitas Padjadjaran. (2005). *Pendidikan Untuk Semua : Advokasi Terhadap Kebijakan Pendidikan Nasional*, Jakarta. Komnas HAM.
- Majda El Muhtaj. (2009) *Dimensi-Dimensi HAM : Mengurai Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*. Jakarta. Raja Grafindo Persada.
- Malcolm N. Shaw QC, *Hukum Internasional*. (2013). (diterjemahkan oleh Derta Sri Widowatie, Imam Bae-haqi dan M. Khozim). Bandung. Nusa Media.

- Manfrek Nowak. (1995). *The Right to Education*, dalam Osborjn Eide, et, al. (ed) *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, Boston : Martinus Nijhoff Publisher.
- Michael Akehrst. (1983). *A Modern Introduction to International Law*. George Allen and Lewin.
- Mochtar Kusumaatmadja. (1999) *Pengantar Hukum Internasional*. Bandung. Putra A. Bardin.
- .Mochtar Kusumaatmadja. (1986). *Hukum Laut Internasional*. Bandung. Bina Cipta, Bandung.
- Pusat Data dan Statistik Pendidikan dan Kebudayaan. (2016). *Indonesia Educational Statistic in Brief 2015/2016*. Jakarta. Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan.
- Rhona K.M. Smith, dkk. (2010). *Hukum Hak Asasi Manusia* Yogyakarta, Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia- PUSHAM UII.
- Sefriani. (2011) *Hukum Internasional Suatu Pengantar*. Jakarta. Raja Grafindo Perkasa.
- Sunaryati Hartono. (1976). *Pokok-Pokok Hukum Perdata Internasional*. Bandung. Bina Cipta.
- Turpel & Sands. (1988) *Peremptory International Law and Sovereignty*, 3 CONN. J. INT'L., L.
- Yudha Bhakti Ardhiwisatra. (2013). *Hukum Internasional Bunga Rampai*. Bandung. Alumni.
- Y. Sari Murti, W. (2012). *Anak*, dalam kumpulan tulisan buku *Vulnerable Groups : Kajian dan Mekanisme Perlindungannya*. Yogyakarta. PUSHAM UII.
- Artikel/Jurnal/Dokumen**
- Andrey Sujatmoko. (12-13 Maret 2009). *Sejarah, Teori, Prinsip dan Kontroversi HAM*, Materi yang disampaikan pada acara "Training Metode Pendekatan Pengajaran, Penelitian, Penulisan Disertasi dan Pencarian Bahan Hukum HAM Bagi Dosen-Dosen Hukum HAM", yang diselenggarakan oleh PUSHAM UII Yogyakarta bekerjasama dengan *Norwegian Centre for Human Right* (NCHR) Universitas Oslo-Norwegia, Yogyakarta.
- Darmaningtyas dan Heranisty Nasution. (2012). "Pemenuhan Hak-Hak Atas Pendidikan", *Jurnal HAM*, Vol.8.
- Deny Slamet Pribadi. (2007). "Kajian Hak Asasi Manusia Untuk Meningkatkan Pemenuhan Hak Anak Atas Pendidikan". *Jurnal Risalah Hukum Fakultas Hukum Ummul*, Vol. 3 No.1.
- Dokumen Hasil Temu Konsultasi Diseminasi Aksi Nasional HAM Bidang Pendidikan. (1-3 Juni 2006). Surabaya.
- Pedoman Untuk Konvensi ILO No.169 - *Hak-Hak Masyarakat Adat Yang Berlaku*, 2010
- Predrag Zenovic. (2012). *Human Rights enforcement via peremptory norms- a challenge to state sovereignty*, Riga Graduate School of Law (RGSL) Research Papers No. 6.
