ISSN 1693-6027

JURNAL HAM

KOMISI NASIONAL HAK ASASI MANUSIA



Vol. 2 No. 2 • Nopember 2004



KOMISI NASIONAL HAK ASASI MANUSIA

ISSN 1693-6027



ISSN 1693-6027

JURNAL HAM

KOMISI NASIONAL HAK ASASI MANUSIA



Vol. 2 No. 2 • Nopember 2004

Vol. 2 No. 2 Nopember 2004 ISSN 1693-6027

JURNAL HAM

KOMISI NASIONAL HAK ASASI MANUSIA

Diterbitkan oleh :

KOMISI NASIONAL HAK ASASI MANUSIA
©2004

JURNAL HAM
KOMISI NASIONAL HAK ASASI MANUSIA

Penanggung Jawab

Sub Komisi Pendidikan dan Penyuluhan Komnas HAM

Pemimpin Redaksi

Roichatul Aswidah

Redaktur Pelaksana

Kurniasari N.Dewi

Dewan Redaksi

Agus H. Wibowo
Atikah Nur'aini
Heru Waskito

Redaktur Ahli

Achmad Ali
Anshary Thayib
Enny Soeprapto
Habib Chirzin

Distribusi dan Pemasaran

Rika Safira

Photo Cover

Adrianus Mulya, Acehkita.com

Alamat Redaksi

Komisi Nasional Hak Asasi Manusia
Jl. Latuharhary No. 4B, Menteng,
Jakarta - Indonesia 10310
Tel : +62 21 392 5230 Ext. 300/310
Fax : +62 21 392 5227, 315 1042
E-mail : jurnal-ham@komnasham.go.id

DAFTAR ISI

Editorial v

Sebuah Upaya Memutus Impunitas :Tanggung Jawab Komando Dalam Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia viii
Abdul Hakim G Nusantara

Konsep Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia Dilihat dari sisi Hukum Humaniter 1
Rina Rusman

Akhirnya Pengadilan Tingkat Nasional Mulai Menyidangkan, Kejahatan Terbesar: "Genosida" 16
William A. Schabas

Elemen-Elemen Kejahatan dari "Crimes Against Humanity": Sebuah Penjelajahan Pustaka 42
Ifdhal Kasim

Pertanggungjawaban Komando 62
P.L.T. Sihombing, SH., LLM.

Yurisdiksi Universal: Praktik, Prinsip dan Realitas 77
Bhatara Ibnu Reza

Penyelesaian Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat; Belajar dari Pengalaman 93
Asmara Nababan

Persidangan Campuran : Mendari Keadilan di Timor Timur 110
Suzanne Katzenstein

Mekanisme Nasional untuk Penyelesaian Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat 144
Prof. Dr. Komariah Emong Sapardjaja, SH

Sidik Jari (Kabur) Keadilan Global 152
Ignas Triyono

Tentang Penulis 155

EDITORIAL

Pelanggaran berat hak asasi manusia atau dalam istilah internasional disebut sebagai kejahatan yang serius *(serous crime)* – untuk membedakannya dengan pidana biasa - menjadi bahasan penting dalam pembicaraan tentang hak asasi manusia di Indonesia sejak pembentukan pengadilan hak asasi manusia. Berbagai kalangan turut serta menyumbangkan sesuatu agar mendapatkan pelaksanaan yang lebih baik atas pengadilan tersebut.

Upaya untuk terus menerus memperbaiki juga terjadi dalam masyarakat internasional. Akademisi dan juga mereka yang bekerja di lapangan bahu membahu untuk menyumbangkan sesuatu. Akademisi melihat penerapan atas hukum yang ada, menelaahnya dan kemudian meyumbangkannya untuk sebuah definisi atau bahkan cara pandang yang lebih baik atas masalah itu.

Jurnal hak asasi manusia terbitan kedua ini mengangkat masalah pelanggaran berat hak asasi manusia. Hal itu dimaksudkan untuk juga turut serta menyumbangkan sesuatu dalam arus pembicaraan dan diskusi tentang masalah itu serta pelaksanaannya di Indonesia.

Pada dasarnya Jurnal kedua mencoba mendekati pelanggaran berat hak asasi manusia dari dua hal besar yaitu konsep dan mekanisme yang ada. Bahasan tentang itu dimulai dengan bahasan tentang konsep pelanggaran berat hak asasi manusia dilihat dari sisi hukum humaniter. Hal ini dimaksudkan untuk menjernihkan kaitan/hubungan hukum hak asasi manusia dengan hukum humaniter. Hal ini perlu karena penyebutan pelanggaran berat hak asasi manusia hampir selalu dikaitkan dengan pelanggaran hukum humaniter. Rina Rusman dalam artikelnya menjelaskan konsep pelanggaran berat hak asasi manusia dilihat dari sisi hukum humaniter dan juga menjelaskan perbedaan antara hukum hak asasi manusia dengan hukum humaniter internasional dalam hubungan antara negara dengan warganya. Rina menjelaskan bahwa hukum hak asasi manusia dan hukum humaniter internasional berada dalam konteks yang berbeda. Berbeda dengan hukum hak asasi manusia, hukum humaniter mengatur hubungan dan perilaku negara pada waktu konflik atau sengketa bersenjata. Lebih jauh Rina melihat pula kemungkinan untuk memberlakukan UU Pengadilan HAM terhadap pelaku pelanggaran hukum humaniter internasional dalam situasi konflik bersenjata dan juga kemungkinan untuk memberlakukan ketentuan hukum pelanggaran berat hak asasi manusia terhadap pelanggaran berat hukum humaniter internasional pada waktu perang internasional.

Pembahasan pelanggaran berat hak asasi manusia dilanjutkan dengan bahasan tentang bagaimana sebuah hukum atas genosida dalam pelaksanaannya. William Schabas melihat bagaimana konvensi genosida dilaksanakan dalam sebuah pengadilan nasional. Dengan mempelajari dan membahas pelaksanaan konvensi, Schabas berkesimpulan bahwa terlepas dari kritik atas sempitnya definisi yang diberikan, menurutnya praktik yang ada menunjukkan adanya manfaat yang dapat diambil dari definisi tersebut. Dengan

melihat pengadilan nasional Rwanda, Schabas menyatakan bahwa definisi yang ada telah menghasilkan putusan-putusan dan ketentuan-ketentuan yang baik.

Ifdhal Kasim membedah *element of crime* dari pelanggaran berat hak asasi manusia dengan mencoba melihatnya dari kejahatan terhadap kemanusiaan. Untuk lebih membuatnya terfokus, Ifdhal melihat dari salah satu kejahatan dari kejahatan-kejahatan yang tercantum dalam Statuta Roma yaitu kejahatan seksual. Ifdhal menjelaskan konsep *element of crime* dari kejahatan seksual dengan mencoba melihat penerapan pada beberapa kasus dari pengadilan pidana internasional yaitu ICTY dan ICTR.

Sebuah konsep lain yang paling sering salah dipahami adalah konsep pertanggungjawaban komando. Artikel dari P.L.T. Sihombing mencoba membuatnya menjadi lebih jelas hingga kita semua dapat jernih melihat masalah ini. P.L.T. Sihombing dalam artikelnya menjelaskan perbedaan antara pertanggungjawaban komando dengan perintah atasan. Sihombing juga menjelaskan bentuk-bentuk pelanggaran dalam hukum humaniter dan hukum hak asasi manusia. Sihombing menjelaskan juga latar belakang pertanggungjawaban komando melalui pemaparan sejarah pertanggungjawaban komando. Hal signifikan dari artikel ini adalah pembahasan mengenai prinsip-prinsip pertanggungjawaban komando dan juga penerapannya.

Selanjutnya Jurnal II ini juga memuat tulisan Bhatara mengenai konsep jurisdiksi universal yang hangat dibicarakan. Bhatara mencoba melihat kemungkinan implementasi konsep ini. Isu tentang kedaulatan negara dan juga tarik ulur politik, menurutnya masih tetap akan menghantui pelaksanaan konsep jurisdiksi universal.

Beranjak dari artikel-artikel yang menjabarkan mengenai konsep-konsep yang berkaitan dengan pelanggaran berat hak asasi manusia, tulisan Asmara Nababan mengawali bahasan mengenai mekanisme penyelesaian pelanggaran HAM berat tersebut. Pada awal tulisan nya Asmara membahas mengenai sejarah pembentukan Pengadilan HAM Ad-Hoc Timor Timur dan mengajak kita untuk menarik pelajaran dari berlangsungnya Pengadilan tersebut. Dalam tulisannya Asmara banyak membahas mengenai kekurangan UU No 26 Tahun 2000 mengenai Pengadilan HAM yang berujung pada kesimpulannya bahwa sangat mendesak untuk dilakukan amandemen terhadap UU No 26 Tahun 2000 tersebut. Lebih lanjut disebutkan bahwa untuk mencegah terjadinya kejahatan serius, mekanisme nasional tidak menjadi satu-satunya jalan. Dengan alasan bahwa mekanisme nasional tidak dapat menegakkan keadilan karena keterbatasan sumber daya atau alasan lainnya, muncul mekanisme *hybrid tribunal*. Beberapa pengadilan hybrid dijabarkan oleh Asmara, natara lain: Tribunal Khusus untuk kejahatan Khmer Merah di Kamboja, Panel Khusus Kejahatan Berat pada Pengadilan Distrik Dili-Timor Leste, dan Pengadilan Khusus untuk Sirra Leone.

Lebih jauh Suzanne Katzenstein membahas salah satu mekanisme hybrid tribunal yang sedikit telah disinggung oleh Asmara yaitu hybrid tribunal di Timor-Timur. Mekanisme ini dianggap lebih sedikit menimbulkan pertentangan politik, lebih berarti bagi komunitas korban dan lebih efektif dalam membangun kembali sistem peradilan lokal. Walaupun dalam praktiknya pengadilan hybrid di Timor Timur ini memiliki banyak kelemahan, terdapat harapan bahwa ke depan hybrid tribunal yang diimplementasikan dengan baik merupakan alternatif yang lebih baik dibandingkan dengan persidangan-

persidangan ad hoc.

Tulisan terakhir dalam Jurnal ini adalah tulisan Komariah E. Sapardjaja yang menggambarkan pengalamannya sebagai hakim dari Pengadilan HAM ad-Hoc kasus Timor-Timur. Berbagai hambatan yang dihadapi para hakim Pengadilan HAM ad-Hoc ini seperti terbatasnya hukum pembuktian dalam KUHAP yang menyebabkan para hakim sulit berinovasi khususnya berkaitan dengan alat-alat bukti dan permasalahan *obstruction of justice*.

Bahasan-bahasan diatas menggambarkan bahwa upaya untuk meretas rantai impunity dan memberikan rasa keadilan terhadap korban kejahatan terhadap kemanusiaan bukanlah hal yang mudah untuk dilakukan, namun upaya tersebut merupakan *obligio erga omnes* yang harus bersama-sama kita tegakkan.

SEBUAH UPAYA MEMUTUS IMPUNITAS:
Tanggung Jawab Komando Dalam Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia

Oleh : Abdul Hakim G Nusantara

I

Impunitas yaitu membiarkan para pemimpin politik dan militer yang diduga terlibat dalam kasus pelanggaran berat Hak Asasi Manusia seperti, kejahatan genosida, kejahatan kemanusiaan, dan kejahatan perang tidak diadili merupakan fenomena hukum dan politik yang dapat kita saksikan sejak abad yang lalu hingga hari ini. Pada abad yang lalu negara-negara Eropa gagal membentuk pengadilan internasional sebagaimana direkomendasikan Perjanjian Versailles untuk mengadili Raja Wilhelm II berkaitan dengan kekuasaannya yang melawan moralitas internasional. Impunitas dinikmati pula oleh Kaisar Hirohito. Amerika Serikat selaku pemenang perang memutuskan tidak mengadili tokoh penjahat perang dunia ke II ini dan bahkan melindungi dan membiarkannya sebagai Kepala Negara Kerajaan Jepang. Sampai hari ini kita masih terus menyaksikan drama impunitas yang terus dinikmati para pemimpin politik dan militer yang diduga tidak hanya melakukan pelanggaran berat hak asasi manusia tetapi juga diduga telah merampok uang negara dalam skala yang amat luar biasa besarnya. Dari mulai Idi Amin, Mangistu Haile Mariam, Mobutu Seseko, Pinochet, Soeharto, dan lain sebagainya. Para mantan penguasa itu sebagian telah pergi dari dunia menemui raja akhirat. Namun sebagian lainnya tetap enak-enak menikmati hasil korupsinya di hari tuanya tanpa pernah bisa disentuh oleh hukum. Pada saat yang sama kita menyaksikan drama pengadilan pura-pura atau pengadilan se-olah-olah yang mengadili dan menghukum serdadu-serdadu berpangkat rendah dengan hukuman yang acap ringan dan melawan nurani keadilan masyarakat. Masih terus berlangsungnya fenomena impunitas menunjukkan pertimbangan-pertimbangan kepentingan politik, ekonomi jangka pendek dan bahkan militer masih dominan ketimbang kepentingan penegakan HAM dan keadilan.

II

Pada sisi yang lain dunia internasional mencatat adanya upaya yang terus-menerus untuk meminta pertanggung-jawaban para pemimpin politik dan militer yang dipandang sebagai komandan yang diduga bertanggungjawab dalam kasus pelanggaran berat hak asasi manusia. Komisi yang dibentuk Konferensi Perdamaian Versailles setelah Perang Dunia Pertama merumuskan sebuah rekomendasi untuk mengakhiri impunitas yang dinikmati para pemimpin negara yang melakukan kejahatan perang. Rekomendasi Komisi itu menyatakan, "semua orang dari negara musuh, bagaimanapun tingginya posisi mereka, tanpa membedakan pangkat maupun posisi, termasuk jabatan Kepala Negara yang bersalah melakukan kejahatan melawan hukum dan kejahatan terhadap hukum kebiasaan perang atau hukum kemanusiaan, dapat dikenai tuntutan." Sayang sekali rekomendasi itu ditolak oleh negara-negara yang hadir di Konferensi Versailles, khususnya

Amerika Serikat.

Namun demikian seusai Perang Dunia Kedua melalui Piagam Pengadilan Nuremberg, negara-negara pemenang perang berhasil mencapai kesepakatan untuk mengadili para jenderal dan pemimpin Nazi. Piagam Nuremberg bisa dikatakan merupakan langkah awal untuk mengakhiri impunitas para komandan militer dan pemimpin politik yang diduga bertanggungjawab melakukan pelanggaran berat hak asasi manusia. Pasal 6 (c) Piagam Nuremberg menegaskan prinsip hukum sebagai berikut :

> *"pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, pengasingan dan tindakan lain yang sangat kejam, yang dilakukan terhadap penduduk sipil, sebelum perang maupun selama perang, atau kekerasan-kekerasan dan penyiksaan-penyiksaan atas dasar politik, rasial atau alasan-alasan keagamaan menjadi yurisdiksi pengadilan, entah bertentangan dengan hukum nasional atau tidak dari negara dimana kejahatan itu dilakukan pemimpin-pemimpin, organisator-organisator, penghasut-penghasut dan antek-antek yang terlibat ketika menyusun dan melaksanakan rencana bersama atau berkonspirasi untuk melaksanakan kejahatan-kejahatan yang bersangkutan, bertanggungjawab atas tindakan yang dilakukan oleh siapapun yang ada dalam rencana tersebut."*

Prinsip peranggungjawaban Komando ditegaskan pula oleh Pengadilan Tokyo yang mengadili Jenderal Yamashita. Putusan Pengadilan Tokyo yang dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Amerika menyatakan :

> *"Seorang penguasa wilayah, bertanggungjawab penuh secara individual dalam memberikan perintah yang keliru untuk melakukan kejahatan. Tanggungjawab itu juga mencakup kegagalan untuk mencegah tingkah laku yang melanggar hukum dari bawahannya, jika ia mengetahui bahwa tindakan yang dilakukan anak buahnya itu mendatangkan kejahatan, dan tidak dilakukan upaya pencegahannya atau menghukum mereka yang melakukan kejahatan."*

Prinsip hukum tentang tanggung jawab komando ini merupakan prinsip yang penting dalam penyelenggaraan pengadilan terhadap kasus pelanggaran berat hak asasi manusia yang acap melibatkan para pemimpin politik dan militer. Prinsip ini menutup peluang bagi pelaku pelanggaran hak asasi manusia di tingkat bawah membela diri dengan menyatakan, bahwa apa yang ia lakukan semata-mata karena perintah komandan atau atasan mereka. Prinsip hukum tanggung jawab komando ini dianut dalam Pengadilan Balkan, dan menjadi dasar hukum untuk menangkap dan menahan serta mengadili para pemimpin politik dan militer Serbia yang diduga terlibat dalam kejahatan kemanusian dan Genosida.

Bahwa para pemimpin politik dan militer yang diduga bertanggungjawab dalam peristiwa pelanggaran berat hak asasi manusia wajib diadili sudah merupakan norma hukum universal. Norma hukum ini tertuang dalam Statuta Roma tentang Pengadilan Pidana Internasional. Sebagaimana tertuang dalam pasal 28 Statuta Roma, seorang komandan militer harus bertanggungjawab secara pidana untuk kejahatan-kejahatan yang dilakukan oleh kekuatan-kekuatan di bawah komando dan pengawasan efektifnya, atau otoritas dan kontrol efektifnya, bilamana (1) komandan militer atau orang itu mengetahui atau menyadari keadaan-

keadaan pada waktu itu, seharusnya mengetahui bahwa pasukan-pasukan itu melakukan atau hendak melakukan kejahatan tersebut; dan (2) komandan militer atau orang itu gagal untuk mengambil langkah-langkah yang perlu dan masuk akal dalam kekuasaannya untuk mencegah atau menekan perbuatan mereka atau mengajukan masalah itu kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan dan penuntutan. Demikian pula seorang atasan harus bertanggungjawab secara pidana untuk kejahatan-kejahatan yang dilakukan bawahannya sesuai dengan otoritas yang dimilikinya secara efektif sebagai akibat dari kegagalannya untuk melaksanakan pengawasan secara tepat pada bawahan itu, di mana : a). atasan tersebut mengetahui, atau secara sadar mengabaikan informasi yang dengan jelas mengindikasikan bahwa bawahannya sedang melakukan atau hendak melakukan kejahatan tersebut; b). kejahatan itu menyangkut kegiatan yang berada dalam tanggungjawab efektif dan pengendalian atasan tersebut; dan c). atasan gagal mengambil semua tindakan yang perlu dan masuk akal di dalam kekuasaannya untuk mencegah atau menekan perbuatan mereka atau mengajukan masalahnya kepada pejabat yang berwenang untuk penyelidikan dan penuntutan.

III

Prinsip hukum tanggungjawab komando tersebut di atas diadopsi oleh UU Nomor : 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Pasal 42 UU tersebut persisnya mengatur sebagai berikut :

"(1) Komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada di dalam yurisdiksi Pengadilan Hak Asasi Manusia, yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah komando dan pengendaliannya yang efektif, atau di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif dan tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian pasukan secara patut, yaitu :

a. komandan militer atau seseorang tersebut mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran Ham yang berat; dan

b. komandan militer atau seseorang tersebut tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan."

"(2) Seorang atasan, baik polisi maupun sipil lainnya, bertanggungjawab secara pidana terhadap pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan oleh bawahannya yang berada di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif, karena atasan tersebut tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar, yakni :

a. atasan tersebut mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukkan bahwa bawahan sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat; dan

b. atasan tersebut tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlu-

kan dalam ruang lingkup kewenangannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan."

Dalam kasus Tragedi Trisakti, Semanggi I dan II Tim Ad Hoc Penyelidik Pro Justisia Komnas HAM menemukan telah terjadinya pelanggaran berat hak asasi manusia, yaitu kejahatan terhadap kemanusiaan. Tim Penyelidik ini menemukan adanya unsur meluas atau sistematik dalam kasus penembakan, penganiayaan, dan pembunuhan para pengunjuk rasa tersebut. Sejumlah pejabat militer seperti, Jenderal Wiranto dan lain-lain diduga bertanggungjawab dalam peristiwa pelanggaran berat hak asasi manusia tersebut. Hasil penyelidikan telah diserahkan kepada Jaksa Agung. Namun Jaksa Agung sampai saat ini menolak untuk melakukan penyidikan. Salah satu alasan yang dikemukakan oleh Jaksa Agung ialah, bahwa para prajurit yang didakwa dalam kasus pembunuhan mahasiswa Trisakti telah diadili di pengadilan militer. Oleh karena itu menurut Jaksa Agung para komandannya (Jenderalnya) tidak dapat dituduh melakukan pelanggaran berat hak asasi manusia. Oleh karena itu tidak dapat diadili di depan pengadilan Ad Hoc hak asasi manusia. Selain itu membawa para komandan ke pengadilan hak asasi mansuia akan melanggar asas *Ne bis in idem*, yaitu seseorang diadili dua kali atas dakwaan yang sama. Argumentasi Jaksa Agung ini jelas sangat simplistik dan menyesatkan yang membawa akibat impunitas kepada para Jenderal yang diduga bertanggung jawab dalam peristiwa pelanggaran hak asasi manusia berat tersebut.

Di masa depan seorang komandan yang mengetahui bawahannya melanggar hak asasi manusia yang berat akan cepat-cepat menyerahkan bawahannya itu ke pengadilan militer untuk menghindari pengadilan hak asasi manusia. Padahal dalam kasus Trisakti, Semanggi I dan II para prajurit itu belum pernah diadili di forum pengadilan atas dakwaan melakukan pelanggaran berat hak asasi manusia. Para prajurit itu diadili atas dakwaan melakukan pelanggaran pidana pembunuhan biasa. Oleh karena itu amatlah keliru dan menyesatkan argumentasi Jaksa Agung tersebut. Sampai saat ini substansi temuan Tim Penyelidik Pro Justisia Komnas HAM tersebut belum pernah dibahas dan ditanggapi oleh Jaksa Agung. Jaksa Agung masih bertahan pada argumentasi prosedural yang keliru itu.

Bahan Rujukan :

1. *"KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN" Perjuangan Untuk Mewujudkan Keadilan Global, Geoffrey Robertson QC,, 2000 ;*
2. *"dari Pengadilan Militer Internasional Nuremberg ke Pengadilan Hak Azasi Manusia Indonesia" Dr. H. Eddy Djunaedi Karnasudirdja, SH, MCJ, 2003 ;*
3. *Statuta Roma.*

KONSEP PELANGGARAN BERAT HAK ASASI MANUSIA DILIHAT DARI SISI HUKUM HUMANITER

oleh : Rina Rusman

Abstract

Human rights law is not identical with international humanitarian law. This article attempts to explore both the relation and the difference between gross human rights violation and violation of international humanitarian law. The discussion focuses on the problem whether gross human rights violation can be prosecuted and punish using international humanitarian law and vise versa. The writer also discuss the weaknesses of Law on Human Rights Court (UU No 26 thn 2000) compare to the Rome Statute.

A. Pendahuluan

Istilah pelanggaran berat hak asasi manusia (pelanggaran berat HAM) sering terdengar pada waktu atau kesempatan yang berdekatan dengan penyebutan istilah pelanggaran hukum humaniter internasional (pelanggaran hukum humaniter). Kadangkala ada pula yang mempersamakan antara pelanggaran berat HAM dengan pelanggaran hukum humaniter. Padahal, walaupun diantara keduanya terdapat keterkaitan, hukum hak asasi manusia tidaklah identik dengan hukum humaniter internasional (HHI). Oleh karena itu, apabila sanksi hukum hendak dijatuhkan kepada masing-masing pelaku dua pelanggaran tersebut, tentunya harus jelas pula sumber hukum yang memuat sanksi hukum dimaksud. Bukan tidak mungkin, salah penyebutan istilah dan salah penyebutan sumber hukum dapat menyebabkan lepasnya si pelaku dari tuntutan hukum. Demikian kalau kita bicara penegakan hukum dari sisi legalitas terlepas dari wewenang hakim dalam pengadilan.

Pembicaraan penegakan hukum HAM dan HHI di Indonesia, khususnya semenjak masa lepasnya Timor Timur dari Indonesia, biasanya tidak terbatas pada sisi asas legalitas dan hukum nasional saja. Hal ini juga berkaitan dengan perkembangan masyarakat internasional yang cenderung mengangkat isu yurisdiksi internasional untuk beberapa bentuk pelanggaran serius terhadap HAM, termasuk terhadap kejahatan-kejahatan kemanusiaan dan terhadap pelanggaran berat HHI. Dampak perkembangan demikian terutama dirasakan di lingkungan negara-negara yang kehidupannya sedikit banyak masih mengharapkan peran serta negara-negara lain.

Disamping akan mengungkapkan perlunya sistem hukum nasional dalam mencegah dan menanggulangi pelanggaran berat HAM dan pelanggaran hukum humaniter, tulisan ini akan menguraikan keterkaitan sekaligus perbedaan antara pelanggaran berat HAM dengan pelanggaran HHI, berkenaan dengan konsep dan sistem penegakkannya, baik dari segi hukum nasional maupun hukum interna-

sional. Dengan kata lain, tulisan ini akan mencoba memberikan uraian apakah pelanggaran berat HAM dapat diadili dan dihukum menurut ketentuan HHI, dan sebaliknya apakah pelanggaran HHI dapat diproses berdasarkan ketentuan hukum pelanggaran HAM berat.

B. Hukum humaniter dan keterkaitannya dengan pelanggaran HAM berat.

Hukum humaniter atau lengkapnya hukum humaniter internasional (HHI) dikatakan sebagai hukum yang berlaku pada waktu perang untuk melindungi korban perang. Tujuan perlindungan tersebut adalah untuk mengurangi penderitaan akibat perang. Oleh karena itu, biasanya sering dikatakan bahwa hak-hak korban perang yang dilindungi HHI adalah hak-hak asasi manusia yang fundamental. Disamping itu, untuk tujuan perlindungan tersebut, HHI dilengkapi dengan ketentuan-ketentuan tentang pembatasan atau larangan terhadap penggunaan alat-alat dan cara-cara peperangan tertentu.

Bahwa hak asasi korban perang yang dilindungi oleh HHI adalah hak asasi yang fundamental dapat dilihat dari uraian hak-hak yang harus dilindungi pada saat perang atau konflik bersenjata, baik pada konflik bersenjata internasional maupun yang tidak bersifat internasional. Mengenai perlindungan yang diatur HHI tersebut, terutama dapat dilihat dalam 4 Konvensi Jenewa tentang perlindungan perang yang terakhir kali telah dilengkapi pada tanggal 12 Agustus 1949.[1] Adapun ketentuan HHI yang mewajibkan negara-negara anggota Konvensi Jenewa untuk memberikan perlindungan kepada korban pada waktu sengketa bersenjata internasional maupun non internasional dapat dilihat dalam Pasal 3 yang bersamaan dari Konvensi Jenewa I, II, III maupun IV. Pasal tersebut menegaskan kepada para pihak yang bersengketa bahwa orang-orang yang tidak aktif dalam permusuhan, termasuk para anggota angkatan bersenjata yang sudah meletakkan senjatanya dan mereka yang sudah tidak bertempur lagi karena sakit, luka, ditahan, atau karena sebab lainnya, harus dalam segala hal diperlakukan secara manusiawi, tanpa pembedaan yang merugikan karena ras, warna kulit, agama atau kepercayaan, jenis kelamin, kelahiran atau kekayaan, atau kriteria lainnya yang sama. Selanjutnya, perlindungan hak-hak asasi yang tidak boleh disimpangi atau HAM fundamental tersebut dapat disimpulkan dari adanya kewajiban para pihak yang berperang untuk tidak melakukan beberapa hal terhadap orang-orang tersebut diatas di setiap waktu dan di setiap tempat. Adapun tindakan yang tidak boleh dilakukan tersebut adalah sebagai berikut :[2]

a) tindakan kekerasan atas jiwa dan raga, terutama setiap macam pembunuhan, pengudungan, perlakuan kejam dan penganiayaan;
b) penyanderaan;
c) perkosaan atas kehormatan pribadi, terutama perlakuan yang menghina dan merendahkan martabat;

---

1 Empat Konvensi Jenewa tentang Perlindungan Korban Perang sebagaimana termuat dalam "Terjemahan Konvensi Jenewa 1949 yang disusun dan diterbitkan oleh Direktorat Jenderal Hukum Dan Perundang-Undangan Departemen Kehakiman pada Agustus 1999 adalah sebagai berikut: Konvensi Jenewa untuk Perbaikan Keadaan yang Luka dan Sakit dalam angkatan Berenjata di Medan Pertempuran (Konvensi I), Konvensi Jenewa untuk Perbaikan Keadaan Anggota Angkatan Bersenjata di Laut yang Luka, Sakit dan Korban Karam (Konvensi Jenewa II), Konvensi Jenewa mengenai Perlakuan Tawanan Perang (Konvensi III), Konvensi Jenewa mengenai Perlindungan Orang Sipil di waktu perang (Konvensi Jenewa IV).

2 Ibid, Pasal 3 yang bersamaan.

d) menghukum dan menjalankan hukuman mati tanpa didahului keputusan yang dijatuhkan oleh suatu pengadilan yang dibentuk secara teratur, yang memberikan segenap jaminan peradilan yang diakui sebagai keharusan oleh bangsa-bangsa beradab.

Disebut juga dalam Pasal 3 yang bersamaan dari Konvensi-Konvensi tersebut kewajiban para pihak untuk mengumpulkan orang yang luka dan sakit. Masih berkaitan dengan perlindungan hak asasi manusia yang fundamental, Pasal tersebut juga menegaskan kemungkinan para pihak yang berkonflik untuk menerima jasa-jasa badan humaniter untuk membantu melaksanakan kewajiban tersebut.

Apabila diperhatikan, kewajiban para pihak yang bersengketa atau perlindungan hak yang termuat dalam Pasal 3 alinea pertama dari Konvensi-Konvensi Jenewa tersebut sejalan dengan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun sebagaimana termuat dalam Pasal 28-I dari UUD 1945.[3] Sebelumnya, hak demikian juga sudah ditegaskan dalam Pasal 4 Undang-undang Republik Indonesia No 39 tahun 1999 tentang Hak-hak Asasi Manusia (UU HAM) dan telah diakui dalam ICCPR (*International Convenant on Civil and Political Right*).[4] Adapun hak asasi manusia tersebut adalah hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.

C. Pembedaan antara HAM dengan HHI dalam mengatur hubungan antara negara dengan warganya.

Disamping keterkaitan antara hukum humaniter dengan HAM diatas, terlihat pula dari segi disiplin ilmu hukum bahwa antara 2 bidang hukum ini berada dalam konteks hubungan yang berbeda. Hukum Humaniter adalah bagian dari hukum internasional karena merupakan hukum yang mengatur hubungan dan perilaku antar negara, termasuk hubungan dan perilaku individu anggota angkatan perang masing-masing negara, pada waktu konflik atau sengketa bersenjata. Tentu saja dalam beberapa hal di bidang pelaksanaan dan penegakkannya, HHI memerlukan tindakan implementasi hukum nasional. Adapun hak asasi manusia dan hukumnya merupakan hal yang dimuat dalam hukum nasional suatu negara, walaupun hak tersebut ternyata telah diakui dan dilindungi oleh masyarakat dan hukum internasional.

Sebagai bagian dari hukum nasional, hak asasi manusia biasanya diatur dalam bidang hukum publik yang mengatur hubungan antara negara dengan masyarakat atau warga masyarakatnya. Dalam UU HAM, kita dapat mulai membedakan antara perlindungan hak asasi manusia dengan perlindungan hak lainnya yang diatur dalam perundang-undangan hukum lainnya, khususnya perundang-undangan hukum pidana. Pembedaan tersebut, antara lain dapat dilihat dari definisi pelanggaran HAM. Disebutkan dalam Pasal 1 UU tersebut bahwa pelanggaran hak asasi manusia adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja, atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok

---

3 UUD 1945 setelah perbaikan ke 2 yang disahkan 18 Agustus 2000.

4 Pasal 4.2 ICCPR

orang yang dijamin oleh Undang-Undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku. Dengan demikian, pelanggaran yang dapat diselesaikan oleh mekanisme hukum lainnya, seperti misalnya pelanggaran hukum pidana atau pelanggaran hukum tata usaha negara tidak perlu dikategorikan sebagai pelanggaran HAM.

D. Pelanggaran HAM berat dalam hukum nasional dan hukum internasional

Saat ini, perundang-undangan nasional yang memuat mekanisme penyelesaian hukum atas pelanggaran HAM terbatas pada pelanggaran HAM yang berat, sebagaimana termuat dalam Undang-Undang Republik Indonesia No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (UU Pengadilan HAM). Pelanggaran HAM yang berat tersebut, sebagaimana diuraikan dalam Pasal 7 UU tersebut meliputi kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Genosida menurut Pasal 8 UU tersebut adalah setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan cara :

a. membunuh anggota kelompok;
b. mengakibatkan penderitaan fisik atau mental yang berat terhadap anggota-anggota kelompok;
c. menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik baik seluruh atau sebagiannya;
d. memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok; atau
e. memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu.

Adapun Kejahatan terhadap kemanusiaan yang dimaksud dalam Pasal 9 UU tersebut adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematik yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa :

a. pembunuhah;
b. pemusnahan;
c. perbudakan;
d. pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa;
e. perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok hukum internasional;
f. penyiksaan;
g. perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara;
h. penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional;
i. penghilangan orang secara paksa; atau
j. kejahatan apartheid.

Kalau diperhatikan, dua macam pelanggaran HAM yang berat tersebut hampir serupa dengan *cimes of genocide* (genosida) dan *crime against humanity* (kejahatan terhadap kemanusiaan) yang dimuat dalam Perjanjian Internasional

Statuta Roma 1998 tentang pembentukan Mahkamah Pidana Internasional atau (*Rome Statute of The International Criminal Court* 17 July 1998), khususnya yang dimuat dalam Artikel 6 dan Artikel 7.1. Adapun perbedaan rumusan yang cepat terlihat diantara dua dokumen hukum tersebut bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan yang dimuat dalam Statuta Roma memuat satu point (k) lebih sebagai salah satu bentuk kejahatan tersebut, yaitu: tindakan-tindakan tidak manusiawi lainnya yang bersifat sama-sama dimaksudkan untuk menyebabkan penderitaan berat, atau kerusakan serius terhadap kesehatan badan atau mental atau fisik.

Ketidaksamaan yang paling menonjol antara UU Pengadilan HAM dengan Statuta Roma adalah jumlah macam pelanggaran yang dicakupnya. Kalau UU HAM hanya mencakup genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, maka sebagai kelebihannya, Statuta Roma mencakup juga kejahatan perang dan kejahatan agressi.

Dengan catatan kejahatan agressi masih ditunda. Kalau UU Pengadilan HAM menyebut dua macam kejahatan yang dicakupnya sebagai pelanggaran berat HAM, maka Statuta Roma menyebut 4 macam kejahatan yang dicakupnya sebagai *the most serious crimes of international concern* (kejahatan paling serius yang merupakan perhatian internasional).

E. Kekurangan UU Pengadilan HAM dan kaitannya dengan HHI

Dibanding Statuta Roma, kekurangan UU Pengadilan HAM yang menarik untuk diperhatikan adalah tidak disebutnya kejahatan perang atau pelanggaran berat HHI di dalamnya. Padahal, kejahatan perang, sebagai bagian dari pelanggaran HHI, tampaknya dapat memenuhi kriteria pelanggaran HAM sebagaimana yang disebut dalam Pasal 1 UU HAM. Salah satu kriteria yang relevan adalah bahwa kejahatan perang berpotensi untuk dikatakan sebagai pelanggaran yang tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar berdasarkan mekanisme hukum yang ada sebelum berlakunya UU Pengadilan HAM. Kekhawatiran demikian dikatakan berpotensi, sedikitnya karena alasan berikut: 1) kejahatan perang biasanya dilakukan oleh anggota angkatan perang suatu negara yang sedang menjalankan tugas negara, 2) penyelesaian hukum atas kejahatan tersebut, khususnya dalam sistem hukum Indonesia, dilakukan berdasarkan hukum pidana militer dan hukum acara pidana militer, dimana para penegaknya (penuntut dan hakimnya) adalah orang-orang militer seperti halnya pelaku pelanggaran tersebut.

Terlepas dari pendapat mengenai termasuk tidaknya kejahatan perang dalam bagian pelanggaran berat HAM atau tidak, sudah seharusnya Indonesia mempunyai mekanisme hukum atau pengadilan untuk setiap pelanggaran HHI atau kejahatan perang. Keharusan Indonesia mempunyai peraturan perundangan yang memuat pengadilan kejahatan perang sebagai bagian dari pelanggaran HHI, bukan saja karena kaitannya dengan advokasi masyarakat internasional akhir-akhir ini, tetapi juga karena kewajiban Indonesia sebagai negara yang telah mengaksesi Konvensi-Konvensi Jenewa 1949 melalui Undang-Undang no. 59 Tahun 1958.

Sebagaimana termuat dalam Konvensi-Konvensi Jenewa, adalah kewajiban dari setiap negara peserta Konvensi untuk membuat peraturan perundang-undangan untuk menetapkan sanksi-sanksi pidana terhadap orang-orang yang melakukan, atau menyuruh untuk melakukan, setiap perbuatan pelanggaran berat HHI yang

disebut dalam Konvensi.[5] Disamping itu, ditegaskan juga dalam Konvensi, tentang kewajiban negara peserta untuk melaksanakan tindakan-tindakan yang diperlukan untuk menanggulangi semua tindakan-tindakan pelanggaran HHI yang termuat dalam Konvensi walaupun tidak dikategorikan sebagai pelanggaran berat HHI.[6]

Berkaitan dengan advokasi dan isu masyarakat internasional mengenai yurisdiksi internasional, Konvensi Jenewa juga telah memuat klausula mengenai masalah tersebut. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 49 paragraf 2 Konvensi yang menyatakan bahwa negara peserta boleh menyerahkan orang-orang yang diduga pelaku pelanggaran berat HHI untuk diadili oleh negara peserta lain yang menginginkannya, asalkan negara yang menginginkan tersebut telah siap untuk suatu kasus *prima facie*. Dari ketentuan tersebut, kiranya dapat dikatakan bahwa Indonesia telah mengakui bahwa terhadap pelanggaran berat HHI terdapat yurisdiksi universal sebagai alternatif dari yurisdiksi nasional.

F. Kemungkinan memberlakukan UU Pegadilan HAM terhadap pelaku pelanggaran berat HHI.

Dibanding dengan HHI, jelas UU Pengadilan HAM mempunyai ruang waktu berlaku yang lebih luas, yaitu mencakup waktu konflik bersenjata maupun non konflik. Oleh karena itu, cukup relevan untuk mempelajari apakah ketentuan hukum pelanggaran berat HAM dapat diberlakukan terhadap pelanggaran HHI.

Melihat ruang lingkup berlakunya UU Pengadilan HAM, terdapat kemungkinan untuk memanfaatkan UU ini guna mengadili dan menghukum pelaku pelanggaran HHI. Namun demikian, haruslah terlebih dahulu diseleksi dan diperbandingkan pelanggaran-pelanggaran HHI yang mana saja yang dapat dijerat dengan UU Pengadilan HAM. Sebagaimana tidak semua pelanggaran HAM bisa dikwalifikasikan dalam pelanggaran berat HAM yang dimuat dalam UU Pengadilan HAM, demikian juga tidak semua pelanggaran HHI dapat disejajarkan dengan pelanggaran berat HHI maupun pelanggaran berat HAM. Sebagai contoh, perbuatan pelanggaran HHI berupa penggunaan lambang palang merah atau bulan sabit merah oleh profesional medis atau perusahaan komersial yang tidak mendapat izin penggunaan, memang merupakan pelanggaran HHI yang dapat dikenakan sanksi hukum, tetapi bukan pelanggaran berat HHI.

Untuk membandingkannya dengan pelanggaran berat HAM, kiranya dapat dimulai dengan rumusan pelanggaran berat HHI yang termuat dalam Konvensi-Konvensi Jenewa yang juga disebut dengan kejahatan perang dalam Protokol Tambahan I nya (Protokol Tambahan 8 Juni 1977 untuk Konvensi-Konvensi Jenewa 1949 dan berkaitan dengan Perlindungan Korban Sengketa Bersenjata Internasional). Berkaitan dengan penegakan hukum HHI, ternyata Statuta Roma menetapkan yurisdiksi ICC (*International Criminal Court*) atau MPI (Mahkamah Pidana Internasional) tidak terbatas pada kejahatan perang atau pelanggaran berat HHI yang termuat dalam Konvensi-Konvensi Jenewa, tetapi juga mencakup pelanggaran serius lainnya terhadap hukum dan kebiasaan HHI. Pelanggaran serius terhadap hukum dan kebiasaan HHI tersebut adalah serupa dengan kejahatan perang yang dimaksud dalam Protokol Tambahan I dan beberapa pelanggaran

---

5 Pasal 49/50/129&146 yang bersamaan dari Konvensi-Jenewa I/II/III&IV.

6 Paragraf 3 dari Pasal 49/50/129&146 yang bersamaan dari Konvensi-Jenewa I/II/III&IV.

terhadap Konvensi-Konvensi Den Haag.[7] Termasuk sebagai kejahatan perang ialah tindakan-tindakan yang melanggar pembatasan dan larangan dalam penggunaan alat-alat dan metode peperangan.

Adapun yang disebutkan sebagai pelanggaran berat HHI dalam Pasal 50/51/130 dan147 yang bersamaan dari Konvensi-Jenewa I/II/III dan IV seperti dalam Pasal 8.2.a Statuta Roma adalah sebagai berikut: 1) pembunuhan dengan sengaja, 2) penganiyaan atau perlakukan yang tidak manusiawi termasuk eksperimen biologis, 3) dengan sengaja menyebabkan penderitaan berat atau cedera serius terhadap badan atau kesehatan, 4) penghancuran meluas serta pengambilan hak milik, yang tidak dibenarkan oleh kepentingan militer dan dilakukan secara melawan hukum serta disengaja, 5) memaksa seorang tawanan perang atau orang yang dilindungi untuk berdinas dalam ketentaraan Negara musuh, 6) dengan sengaja merampas hak-hak tawanan perang atau orang yang dilindungi atas hak-haknya akan peradilan yang adil dan wajar, 7) deportasi atau pemindahan yang tidak sah atau penahanan yang tidak sah terhadap orang yang dilindungi, 8) penyanderaan. Secara umum, pelanggaran berat HHI atau kejahatan perang dapat digambarkan sebagai perbuatan tindakan kekerasan yang sedikitnya memenuhi kriteria berikut : pertama, perbuatan tersebut dilakukan terhadap orang-orang atau obyek-obyek yang dilindunghi oleh HHI; kedua, perbuatan tersebut tidak dibenarkan oleh kepentingan militer dan dilakukan secara melawan hukum serta disengaja. Pelaku kejahatan perang tersebut tidak harus tentara atau anggota militer, tetapi juga dapat dilakukan oleh orang-orang sipil,[8] seperti anggota Pemerintahan, industriawan dan pengusaha, bahkan hakim, jaksa, eksekutor, dokter, perawat dan orang sipil yang sedang berada dalam kamp konsentrasi.[9]

G. Kemungkinan memberlakukan ketentuan hukum pelanggaran berat HAM terhadap pelanggaran berat HHI pada waktu perang internasional.

Dibanding dengan rumusan genosida dalam UU Pengadilan HAM, rumusan kejahatan perang dapat dipersamakan asal saja perbuatan kejahatan perang tersebut dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama. Dalam kenyataanya, tindakan kejahatan perang tidak selalu mempunyai maksud tersebut. Adakalanya, tindakan perang dilakukan hanya untuk melakukan pendudukan atau untuk menguasai sumber daya di daerah yang

7 Konvensi-Konvensi Den Haag tentang pembatasan alat-alat dan cara-cara peperangan tertentu, sebagai perjanjian-perjanjian internasional di bidang HHI telah dianggap sebagai sumber hukum internasional di bidang HHI, karena aturan yang termuat dalam perjanjian tersebut dianggap telah menjadi Hukum Kebiasaan Internasional. Salah satu Konvensi yang penting dan berkaitan dengan rumusan kejahatan perang dalam Statuta Roma 1998 adalah Konvensi Den Haag 18 Oktober 1907 mengenai Hukum dan Kebiasan Perang di Darat (Konvensi Den Haag IV) beserta Regulasi Tambahannya.

8 Pernyataan Jaksa Penuntut pada Pengadilan Pidana International untuk Bekas Yugoslavia (ICTY) dalam kasus Zejnil Delalic and Others merupakan dasar hukum pertama setelah perang dunia II, yang menunjukkan bahwa yang dapat melakukan kejahatan perang pada waktu sengketa bersenjata internasional tidak hanya bagian dari angkatan bersenjata atau yang berstatus kombatan (peserta tempur). Dasar hukum selanjutnya dapat ditemukan dalam Putusan Pengadilan Militer Inggris untuk Persidangan Kejahatan-Kejahatan Perang dalam kasus Essen Lyncing. Lihat "Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court", Knut Dormann, ICRC 2003, Cambridge University Press, UK., hal 34-37.

9 Ibid.

diperangi. Kadangkala, keinginan penguasaan sumber daya alam dimaksudkan juga untuk memanfaatkan kondisi dan kemampuan penduduk atau kelompok bangsa di wilayah bersangkutan, tanpa maksud menghabiskan seluruh ataupun sebagian kelompok bangsa itu. Oleh karena itu, tidak mungkin semua dan setiap perbuatan pelanggaran HHI berat yang seandainya terjadi di Indonesia atau yang dilakukan di Indonsia selalu diadili dan dihukum berdasarkan Pasal 8 UU Pengadilan HAM.

Dibanding dengan rumusan kejahatan kemanusian dalam UU Pengadilan HAM, rumusan kejahatan perang dapat dipersamakan asal saja perbuatan kejahatan perang tersebut dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematik dan pelaku mengetahui bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil. Dalam kenyataannya, larangan dalam HHI untuk membatasi cara-cara berperang tidak terbatas pada serangan yang bersifat demikian. Sebagaimana akan diuraikan dibawah, tampaknya tidak semua perbuatan pelanggaran berat HHI dapat diadili dan dihukum berdasarkan Pasal 9 UU Pengadilan HAM.

Dari segi sasaran, yang dilarang oleh HHI tidaklah terbatas pada penduduk sipil saja. Yang harus dilindungi menurut HHI lebih luas lagi, yaitu juga mencakup tentara yang sudah tidak dapat ikut bertempur lagi, yakni tentara yang terluka atau sakit (sebagaimana diatur dalam Konvensi Jenewa I), yang menjadi korban karam di laut (sebagaimana diatur dalam Konvensi Jenewa II), serta tawanan perang (sebagaimana diatur dalam Konvensi Jenewa III). Adapun perlindungan penduduk sipil pada waktu perang, hanyalah sebagian dari perlindungan yang diberikan oleh HHI dan diatur dalam Konvensi Jenewa IV. Secara luas, orang-orang yang dilindungi oleh HHI adalah orang-orang yang tidak turut atau sudah tidak turut lagi dalam pertempuran.[10] Termasuk juga sebagai orang-orang dilindungi yaitu petugas medis dan petugas kerohanian yang merupakan bagian dari angkatan bersenjata dalam pertempuran. Disamping itu, personil badan kemanusiaan yang netral dan tidak berpihak yang sedang menjalankan tugas sesuai mandatnya seperti personil Gerakan Palang Merah dan Bulan Sabit Merah Internasional, bahkan personil PBB yang menjalankan tugas penjaga perdamaian atau tugas non tempur, termasuk orang-orang yang harus dilindungi. Berdasarkan HHI, mereka tidak boleh diserang.

Berkaitan dengan arah serangan terhadap penduduk sipil, pelanggaran HHI tidak terbatas hanya pada perbuatan yang mensyaratkan bahwa pelakunya mengetahui serangannya diarahkan kepada penduduk sipil, tetapi lebih tegas lagi HHI melarang serangan yang membabi-buta. Artinya, menurut HHI, harus dipastikan terlebih dahulu bahwa sasaran serangan bukanlah penduduk sipil atau objek-objek yang dilindungi HHI. Ketentuan HHI ini agak berbeda dengan rumusan kejahatan kemanusiaan dalam UU Pengadilan HAM yang menyebutkan bahwa perbuatan tersebut **diketahui oleh pelaku** sebagai serangan yang diarahkan langsung kepada penduduk sipil (...diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa: ...). Namun demikian, sebagai catatan, ternyata rumusan kejahatan kemanusiaan yang termuat dalam Statuta Roma 1998 lebih menekankan sebagai serangan yang **diarahkan kepada penduduk sipil** *(...directed against any civilian population, with knowledge of the attack : .....).* Terlepas dari perbedaan susunan rumusan kejahatan kemanusiaan dalam UU Pengadilan HAM dengan Statuta Roma,

[10] Pasal 3 yang bersamaan dari Konvensi-Konvensi Jenewa 1949.

HHI mempunyai aturan yang lebih tegas untuk selalu mencegah serangan yang kemungkinan mengakibatkan penderitaan bagi penduduk sipil termasuk orang-orang dan benda-benda sipil yang dilindungi. Berbeda dan lebih tegas dari rumusan kejahatan kemanusiaan, daftar rumusan kejahatan perang bahkan memuat tentang serangan yang diketahui akan menyebabkan kerusakan ikutan (akibat sampingan) berupa hilangnya nyawa atau sipil terluka atau kerusakan benda-benda sipil yang jumlahnya berlebihan dibanding keuntungan militer yang diharapkan pada waktu itu dari serangan tersebut.[11]

Dari segi sifat dan cara serangan, yang dilarang oleh HHI adalah serangan yang dapat menyebabkan luka-luka berlebihan atau penderitaan yang tidak seharusnya.[12] Selanjutnya untuk mengkualifikasikan suatu pelanggaran berat HHI, tidak ada keharusan bahwa perbuatan itu harus merupakan bagian dari serangan yang sistematik. Artinya, walaupun perbuatan itu dilakukan oleh seorang anggota angkatan bersenjata sebagai peserta tempur (kombatan) tanpa sepengetahuan komandannya, perbuatan tersebut tetap merupakan pelanggaran berat HHI dan bukan menjadi sekedar perbuatan pelanggaran hukum pidana militer. Pada poin ini, tampak perbedaan dalam mengkualifikasikan suatu perbuatan ke dalam kejahatan kemanusiaan di satu pihak, dan ke dalam pelanggaran berat HHI di pihak lain. Suatu perbuatan berkemungkinan gagal dikualifikasikan sebagai kejahatan kemanusiaan dan bergeser kedalam kualifikasi tindak pidana militer atau tindak pidana sipil apabila ada penemuan bahwa perbuatan tersebut dilakukan oleh anggota kelompok sebagai perbuatan di luar rencana atau harapan kelompoknya. Hal itu berkaitan dengan penjelasan dalam Statuta Roma bahwa serangan tersebut merupakan kelanjutan dari suatu kebijakan negara atau organisasi.[13] Sebaliknya, penemuan demikian tidak mudah untuk menggeser kualifikasi perbuatan pelanggaran berat HHI, karena sudah merupakan norma HHI untuk tidak mengarahkan serangan kepada penduduk sipil. Ketentuan HHI tersebut dimuat secara eksplisit dalam Pasal 49/50/129&146 yang bersamaan dari Konvensi-Jenewa I/II/III dan IV yang menegaskan bahwa setiap negara harus mengadili dan memberikan hukuman pidana terhadap orang-orang yang telah melakukan, atau menyuruh melakukan setiap perbuatan pelanggaran berat HHI.

H. Kemungkinan memberlakukan ketentuan hukum pelanggaran berat HAM terhadap perbuatan kejahatan perang yang dilakukan pada waktu sengketa bersenjata yang tidak bersifat internasional.

Sebagai perkembangan HHI dan yurisdiksi internasional, ternyata Statuta Roma memuat rumusan kejahatan perang yang lebih luas dari Konvensi-Konvensi Jenewa dan Protokol Tambahannya. Dalam Statuta Roma, pelanggaran serius terhadap Pasal 3 yang bersamaan dari Konvensi-Konvensi Jenewa dikategorikan

[11] Statu Roma Pasal 8.2.b.(iv), Protokol Tambahan I Pasal 52.2., Pasal 23.g) Regulasi yang terlampir dalam Konvensi Den Haag 18 Oktober 1907 tentang Penghormatan terhadap Hukum dan Kebiasaan Perang di Darat (Konvensi Den Haag IV). Dalam sistem HHI, aturan yang termuat dalam pasal-pasal tersebut disebut dengan prinsip proportional.

[12] Merupakan prinsip HHI yang dikenal sebagai prinsip pembatasan, sebagaimana dapat dilihat dalam Pasal 23.e) Regulasi yang terlampir dalam Konvensi Den Haag 18 Oktober 1907 tentang Penghormatan terhadap Hukum dan Kebiasaan Perang di Darat (Konvensi Den Haag IV), dan Pasal 35 Protokol Tambahan I tahun 1977.

[13] Pasal 7.2.a Statuta Roma 1998.

sebagai kejahatan perang dalam yurisdiksi ICC. Begitu juga pelanggaran serius lainnya terhadap hukum dan kebiasaan HHI yang berlaku pada konflik bersenjata yang tidak bersifat internasional.

Untuk menelusuri kemungkinan memberlakukan UU Pengadilan HAM terhadap kejahatan perang di waktu situasi sengketa bersenjata non internasional tersebut, adalah relevan untuk melihat bentuk-bentuk kejahatan perang tersebut, sebagaimana termuat dalam Pasal 8.2.(c) dan (e), kemudian membandingkannya dengan rumusan pelanggaran berat HAM. Adapun bentuk-bentuk perbuatan yang termasuk pelanggaran serius tersebut tidak jauh berbeda dengan bentuk-bentuk perbuatan kejahatan perang pada waktu situasi sengketa bersenjata internasional. Yang berbeda adalah status dan penyebutan dari beberapa kategori orang yang dilindungi. Misalnya, tawanan perang tidak disebut lagi sebagai orang yang dilindungi, karena pada waktu konflik bersenjata non internasional tidak ada status tawanan perang, tetapi yang ada adalah sebutan orang yang ditahan. Dengan demikian, seperti halnya dalam situasi sengketa bersenjata internasional, tidak semua perbuatan kejahatan perang pada waktu sengketa bersenjata non internasional dapat dikategorikan sebagai pelangaran HAM berat. Begitu juga, tampaknya lebih mudah menggunakan ketentuan hukum kejahatan kemanusiaan terhadap kejahatan perang pada waktu konflik bersenjata non internasional dibanding menggunakan ketentuan hukum genosida.

Terdapat kemungkinan mempergunakan ketentuan hukum kejahatan kemanusiaan terhadap perbuatan kejahatan perang di waktu sengketa bersenjata non internasional, khususnya terhadap kejahatan perang yang dilakukan oleh tentara atau anggota angkatan bersenjata terhadap sipil. Bahkan masih ada kemungkinan bagi hakim menafsirkan seseorang atau sekelompok orang sebagai sipil, sekalipun mereka dicurigai mempunyai pendapat politik yang sama dengan kelompok pemberontak, sepanjang mereka tidak ikut dalam pertempuran. Sebaliknya, ada kemungkinan hambatan untuk menerapkan hukum kejahatan kemanusiaan terhadap suatu perbuatan yang dilakukan pemberontak terhadap tentara negara, karena tentara negara bukan sipil.

I. Kejahatan Perang yang tidak dapat dikategorikan sebagai Kejahatan Kemanusiaan

Jelas lebih memungkinkan mencari persamaan kejahatan perang dengan kejahatan kemanusiaan daripada persamaannya dengan kejahatan genosida, sehingga lebih banyak kemungkinan memberlakukan ketentuan hukum kejahatan kemanusiaan terhadap perbuatan kejahatan perang. Namun demikian, setelah membandingkannya dengan rumusan kejahatan kemanusiaan, jelas bahwa juga tidak semua kejahatan perang dapat dikatakan sebagai kejahatan kemanusiaan. Kejahatan perang demikianlah yang perlu dicarikan dasar hukum nasionalnya untuk mengadili dan menjatuhkan hukuman yang sesuai dengan standar masyarakat internasional.

Dari daftar bentuk-bentuk kejahatan perang yang terjadi pada waktu perang internasional maupun perang non internasional, ada beberapa yang tidak mudah dikategorikan sebagai pelanggaran berat HAM, yaitu a.l. :

1. Perbuatan pelanggaran berat Konvensi-Konvensi Jenewa yang dilakukan terhadap tentara yang sudah tidak ikut bertempur lagi, baik karena terluka dan sakit, karena karam di laut,

serta tawanan perang. Perbuatan tersebut ditetapkan sebagai kejahatan perang dalam Pasal 50/51 dan 130 yang bersamaan dari Konvensi-Jenewa I/II/ dan III seperti dalam Pasal 8.2.(a) Statuta Roma. Perbuatan tersebut tidak mudah dikategorikan dalam kejahatan kemanusiaan, karena sasarannya bukanlah penduduk sipil. Tambahan lagi, baik UU Pengadilan HAM maupun Statuta Roma serta dokumen "*Elements of Crimes*"[14] nya tidak memuat penjelasan apakah tentara yang sudah tidak ikut berperang lagi dipersamakan dengan penduduk sipil.

2. Pelanggaran serius terhadap hukum dan kebiasaan HHI yang berlaku pada waktu perang internasional berupa serangan yang tidak diarahkan kepada penduduk sipil, yaitu a.l. perbuatan berikut :
   a) Serangan yang diarahkan kepada orang-orang atau objek militer tetapi diketahui bahwa serangan tersebut akan mengakibatkan korban ikutan (akibat sampingan) berupa hilangnya nyawa atau terlukanya orang-orang sipil atau kerusakan benda-benda sipil atau kerusakan lingkungan alam yang meluas, berjangka waktu lama dan parah, padahal akibat tersebut jelas-jelas berlebihan dibanding dengan keuntungan militer konkrit yang diharapkan diperoleh langsung pada waktu itu.
   b) Menggunakan bendera negosiasi, bendera atau tanda pengenal dan seragam milik musuh maupun milik PBB, juga lambang pembeda dari Konvensi-Konvensi Jenewa (lambang palang merah atau bulan sabit merah), apabila hal tersebut menyebabkan kematian atau luka serius bagi anggota militer lawan.
   c) Membunuh atau melukai tentara musuh dengan cara berkhianat.
   d) Menyatakan tidak akan menyisakan tentara musuh walaupun mereka menyerah, terluka, sakit, tertangkap dan tidak melawan.
   e) Menyatakan menghapus, menunda atau tidak menerima hak-hak dan tuntutan tentara musuh di pengadilan.
   f) Memaksa tahanan yang merupakan anggota militer musuh untuk ikut serta dalam operasi perang melawan negaranya.
   g) Menggunakan racun atau senjata yang diracun ketika menyerang tentara musuh.
   h) Menggunakan gas maupun cairan, bahan atau peralatan yang menyesakkan atau mencekik atau beracun untuk menyerang tentara atau pihak militer musuh.
   i) Menggunakan peluru mengembang ataupun meratakan dalam tubuh manusia ketika menyerang tentara musuh.
   j) Menggunakan senjata, proyektil dan bahan serta metode peperangan yang sifatnya menyebabkan luka yang berlebihan atau penderitaan tidak seharusnya atau membabi buta terhadap tentara atau anggota militer musuh.

[14] Pasal 9 Statuta Roma 1998 menyebutkan bahwa "*Element of Crime*" (Unsur-unsur Tindak Pidana) sebagai dokumen yang ditetapkan oleh sedikitnya dua per tiga dari semua anggota Majelis Negara Anggota, dapat membantu Pengadilan dalam menafsirkan penerapan ketentuan hukum tentang genosida, kejahatan kemanusiaan dan kejahatan perang.

k) Melakukan perkosaan terhadap martabat pribadi tentara musuh atau anggota militer musuh, khususnya perlakukan yang menghina dan merendahkan.

l) Melakukan perkosaan, perbudakan seksual, prostitusi paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lainnnya terhadap tentara atau anggota militer musuh.

m) Menyerang bangunan, bahan, unit dan transport medis serta personil yang merupakan bagian angkatan bersenjata musuh, padahal objek-objek tersebut telah diberi tanda lambang pembeda dari Konvensi-Konvensi Jenewa.

3. Pelanggaran serius terhadap Pasal 3 yang bersamaan dari Konvensi-Konvensi Jenewa pada waktu sengketa bersenjata non internasional yang dilakukan terhadap tentara negara.

Sebenarnya, walaupun tidak berhasil dikategorikan sebagai kejahatan kemanusiaan maupun kejahatan genosida yang termuat dalam UU Pengadilan HAM, kejahatan-kejahatan perang yang disebut di atas dapat saja diadili sebagai pelanggaran atau kejahatan berdasarkan perundang-undangan lainnya, misalnya sebagai pelanggaran hukum atau tindak pidana berdasarkan hukum pidana militer maupun sipil, sehingga dapat dikenakan sanksi hukum.

Khusus untuk tentara-tentara yang melakukan salah satu dari perbuatan tersebut juga berkemungkinan memperoleh sanksi berdasarkan disiplin militer. Hanya saja berkemungkinan besar hukumannnya tidak sesuai dengan yang diharapkan masyarakat internasional. Disamping itu terdapat pula kekhawatiran akan proses penegakkan hukum yang tidak fair, mengingat bahwa hakim dan jaksa dalam peradilan militer adalah orang-orang militer seperti halnya biasanya si pelaku.

Begitu juga apabila pelakunya pemberontak dalam sengketa bersenjata non internasional, hukumannya dapat lebih berat dibanding tindakan serupa yang dilakukan oleh pelaku lain pada masa non konflik. Namun demikian, mungkin saja ada kekhawatiran bahwa pengadilan yang akan dilaksanakan berdasarkan hukum pidana (acara dan material) tersebut tidak fair. Terdapat kekhawatiran akan munculnya pemberatan yang tidak adil atau perlakuan sewenang-wenang karena adanya perbedaan politik antara si pemberontak sebagai pelaku dengan penguasa negara. Mungkin saja pengadilan yang ada akan dianggap tidak mampu, sehingga ada harapan agar pengadilan dan komposisinya dibentuk khusus dengan anggota hakim yang diharapkan lebih mandiri.

J. Dukungan HHI dalam penegakan hukum atas kejahatan kemanusiaan.

Disisi lain, penegakan hukum atas kejahatan kemanusiaan dapat didukung oleh adanya prinsip-prinsip HHI, terutama apabila kejahatan kemanusiaan tersebut terjadi pada waktu situasi konflik bersenjata sedangkan negara yang mengadili belum mempunyai hukum positif untuk menghukum kejahatan perang. Paling sedikit, HHI dapat digunakan untuk membantu menjelaskan bahwa perbuatan yang akan dikualifikasikan sebagai kejahatan kemanusiaan tersebut memang dilakukan secara melawan hukum, karena memenuhi unsur-unsur perbuatan pelanggaran HHI.

Pada waktu situasi non konflik, tentu saja tidak mungkin ada perbuatan melanggar HHI, khususnya pelanggaran berat HHI. Namun demikian, ada beberapa

aturan atau rumusan dalam HHI yang dapat dipakai untuk membantu menjelaskan telah terjadinya suatu kejahatan kemanusiaan.

Sebagai contoh, Pasal 9 huruf b UU Pengadilan HAM menyebutkan pemusnahan sebagai salah satu bentuk kejahatan kemanusiaan. Penyebutan yang singkat itu, selanjutnya dijelaskan dalam Penjelasan UU tersebut sebagai meliputi perbuatan yang menimbulkan penderitaan yang dilakukan dengan sengaja, antara lain berupa perbuatan menghambat pemasokan barang makanan dan obat-obatan yang dapat menimbulkan pemusnahan pada sebagian penduduk. Dalam hal ini aturan HHI yang mengatur para pihak untuk memberi akses kepada bantuan kemanusiaan dapat menjelaskan telah terjadinya bentuk kejahatan kemanusiaan ketika penderitaan dimaksud terjadi setelah ditolaknya tawaran pihak lain dari si pelaku untuk mengadakan penetapan jalur bagi pasokan makanan dan obat-obatan untuk penduduk sipil.[15]

Begitu pula untuk menunjukkan perbuatan penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan sebagaimana disebut dalam Pasal 9 h. UU Pengadilan HAM, kiranya ketentuan HHI berkaitan dengan larangan tindakan menyebarkan rasa takut di kalangan penduduk dengan menyerang sekolah atau pasar maupun rumah ibadah, membakar panen dan simpanan makanan dapat digunakan untuk menemukan konsep dan bentuk penganiayaan dimaksud.[16]

Peluang menggunakan HHI dalam membantu penafsiran seperti diatas, dapat kita lihat contohnya Keputusan Menteri Pertahanan no 2 Tahun 2002 yang menetapkan bahwa penerapan hukum humaniter mengenai Konvensi Jenewa tanggal 12, Kebiasaan Internasional dan Hukum hak Asasi Manusia berlaku dalam Penyelenggaraan Pertahanan Negara. Peluang tersebut juga termuat dalam Pedoman yang dikeluarkan oleh Sekretaris Jenderal PBB pada 12 Agustus 1999. Dalam pedoman tersebut dijelaskan bahwa anggota pasukan PBB, termasuk yang bertugas dalam PKO harus berpedoman pada prinsip-prinsip dan aturan fundamental HHI ketika terpaksa melakukan tindakan keras dalam rangka membela diri.

K. UU HAM & UU Pengadilan HAM sebagai pelengkap HHI

Walaupun HHI tidak identik dengan HAM, namun dapat dikatakan bahwa ketentuan hukum HAM, khususnya aturan mengenai sanksi dan mekanisme penegakan hukum terhadap pelanggaran berat HAM, merupakan pelengkap terhadap HHI. Dikatakan sebagai pelengkap, karena memuat ancaman terhadap beberapa pelanggaran yang potensial dilakukan oleh aparat negara atau aparat penguasa pada masa HHI tidak dapat diberlakukan. Sebagaimana diketahui, HHI hanya berlaku pada situasi sengketa bersenjata internasional dan non internasional, namun tidak berlaku pada situasi gangguan dalam negeri dan ketegangan dalam negeri. Padahal, seringkali dalam situasi non konflik demikian, aparat militer ditugaskan untuk membantu pelaksanaan operasi keamanan dalam negeri atau operasi pemulihan keamanan dan ketertiban umum. Begitu juga di tingkat internasional, aparat militer kadang dikerahkan untuk tugas pemeliharaan perdamaian atau *peace keeping operatio (PKO)*. Tidak jarang, bahwa petugas kepolisian, seperti halnya petugas PKO, yang dalam HHI dikate-

15 Pasal 3 Alinea 3 yang bersamaan dari Konvensi-Konvensi Jenewa dan Pasal 23 Konvensi IV.

16 Lihat Pasal 33 KJ IV. Pasal 51 & 52 Protokol Tambahan I, juga Pasal 13 dari Protokol Tambahan II 8 Juni 1977 tentang Perlindungan Korban Konflik Bersenjata Non Internasional.

gorikan sebagai non kombatan (bukan peserta tempur) menjalankan tugas yang potensial melibatkan penggunaan tindakan keras.

Sebagai pengganti HHI, ketentuan hukum genosida dan kejahatan kemanusiaan diharapkan dapat mengurangi penderitaan manusia yang diakibatkan oleh operasi-operasi seperti diatas. Berkaitan dengan hal tersebut, dalam Statuta Roma dijelaskan bahwa yang dimaksud serangan dalam kejahatan kemanusiaan bukanlah sekedar tindakan militer, tetapi setiap serangan yang merupakan bagian dari serangan yang meluas dan sistematik. Ketentuan ini dapat dikatakan sebagai pengganti ketentuan HHI yang membatasi penggunaan alat-alat dan cara-cara militer. Apabila penjelasan Statuta Roma ini digunakan untuk menjelaskan tindakan kejahatan kemanusiaan yang dimuat dalam UU Pengadilan HAM, maka rumusan kejahatan kemanusiaan tersebut bisa ditemukan dalam tindakan eksekutif atau tindakan administratif dari penguasa, apabila perbuatan tersebut memang dimaksudkan agar memberi dampak negatif terhadap penduduk sipil.

Mengingat bahwa tindakan kejahatan kemanusiaan merupakan bagian dari serangan yang meluas dan sistematik, sekalipun perbuatan itu dilaksanakan oleh pelaku lapangan, tentunya ada pelaku perencananya dan juga penanggungjawabnya. Oleh karena itu, adanya pertanggungjawaban komando dalam Statuta Roma dan UU Pengadilan HAM adalah sejalan dengan konsep pertanggungjawaban dalam HHI sebagaimana termuat dalam Pasal 87 ayat 2 Protokol Tambahan I Konvensi-konvensi Jenewa. Dengan demikian, pertanggungjawaban tidak berhenti pada pelaku dan pemberi perintah saja. Berarti, untuk mencegah pertanggungjawaban komandan dari perbuatan anggota kelompoknya, para komandan perlu senantiasa memastikan apakah para anggota kelompoknya dapat menjalankan tugas dengan cara tidak melawan hukum, termasuk dalam hal penggunaan tindakan keras. Sebagaimana diketahui, dalam HHI, khususnya dalam Protokol Tambahan I, memang diatur adanya tanggung jawab komandan untuk melatihkan HHI kepada anggotanya. Dengan menganalogikan ketentuan tersebut, seharusnya para pejabat dan atasan petugas keamanan juga berkewajiban dan bertanggungjawab untuk senantiasa mengontrol dan memastikan bahwa anggotanya mampu menjalankan tugas dengan tepat, termasuk dalam penggunaan tindakan keras.

L. Penutup

1. Ketentuan hukum tentang Pelanggaran berat HAM dan ketentuan HHI sama-sama mempunyai tujuan untuk melindungi hak asasi manusia yang fundamental.
2. HHI dapat digunakan untuk membantu menunjukan dan menafsirkan tentang kejadian pelanggaran HAM berat, baik yang terjadi pada waktu sengketa bersenjata internasional maupun pada waktu sengketa bersenjata non internasional, khususnya terhadap perbuatan yang merupakan tindakan militer ataupun perbuatan penggunaan tindakan keras.
3. Ada kemungkinan bahwa beberapa bagian dari perbuatan pelanggaran HHI, khususnya kejahatan perang, dapat diatasi dengan ketentuan-ketentuan hukum tentang pelanggaran berat yang termuat dalam UU Pengadilan HAM. Namun demikian, akan membutuhkan penafsiran baru dari hakim dalam banyak hal. Misalnya apakah tentara yang oleh HHI

disebut telah *hours de combat* (sudah tidak lagi ikut berperang) dapat dipersamakan dengan penduduk sipil yang disebut sebagai korban kejahatan kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam UU Pengadilan HAM dan Pasal 7 Statuta Roma. Begitu juga apakah serangan militer yang tidak ditujukan kepada penduduk sipil tetapi mengakibatkan akibat sampingan berupa penderitaan yang berlebihan dibanding keuntungan militernya dapat dipersamakan dengan serangan yang diarahkan kepada penduduk sipil sebagaimana dimaksud dalam UU dan Statuta tersebut.

4. Ketentuan hukum pelanggaran berat HAM dapat dimanfaatkan untuk mengatasi kendala HHI dan Konvensi-Konvensi Jenewa, dalam rangka mencegah dan mengurangi penderitaan akibat situasi gangguan dan ketegangan dalam negeri.

5. Mengingat terbatasnya bentuk-bentuk kejahatan perang atau pelanggaran berat HHI yang dapat dipersamakan dengan kejahatan kemanusiaan, sedangkan kejahatan perang sendiri merupakan bagian kejahatan paling serius yang menjadi perhatian masyarakat internasional, sudah seharusnya perbuatan-perbuatan kejahatan perang yang termuat dalam KJ & Statuta Roma ditampung dalam perundang-undangan nasional sehingga dapat diadili dengan layak melalui sistem penegakan hukum nasional.

AKHIRNYA PENGADILAN TINGKAT NASIONAL MULAI MENYIDANGKAN, KEJAHATAN TERBESAR: "GENOSIDA"

William A. Schabas[ß]

Abstract

The 1948 Genocide Convention contemplates prosecution by the national courts of the territory where the crime took place, and by an international criminal court. The drafters of the Convention meant to exclude universal jurisdiction, although courts have since tended to interpret Article VI of the Convention as being merely permissive, and in no way a prohibition of universal jurisdiction. Finally, within the past decade, the national courts of the territory where genocide was committed, other national courts and the international tribunals created by the Security Council have undertaken genocide prosecutions. Alongside the activities of the two ad hoc international tribunals, national courts in Rwanda, Bosnia and Herzegovina, Croatia and Kosovo have held trials based on the provisions of the Convention. The Rwandan trials now number in the thousands, but those in the other jurisdictions have been essentially symbolic. As for universal jurisdiction, the mere handful of genocide prosecutions (for instance in Germany, Switzerland, and Belgium) show that it can fill the gaps in the Convention. The problems appear to be political rather than judicial.

Pasal VI

Konvensi untuk Pencegahan dan Penghukuman Tindak Pidana Genosida yang disahkan oleh Sidang Umum pada 9 Desember 1948, menyatakan bahwa penuntutan atas kejahatan genosida harus dilaksanakan di hadapan "suatu persidangan yang kompeten dari suatu negara dimana kejahatan itu dilakukan, atau oleh semacam persidangan pidana internasional yang memiliki yurisdiksi atas para Negara Penandatangan yang telah mengakui yurisdiksi tersebut".[1] Sampai era 1990-an, tidak ada satu pun dari institusi-institusi tersebut yang menunjukkan kecenderungan untuk menjamin adanya suatu penegakan Konvensi Genosida secara efektif.[2] Persidangan internasional

[1] (1951) 78 UNTS 277. Mengenai *Konvensi* secara umum, lihat: W.A. Schabas, *Genocide in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000)

[2] Bahkan sebelum adanya penyusunan definisi hukum yang diakui secara internasional tentang genosida oleh Sidang Umum Persatuan Bangsa-Bangsa pada bulan Desember 1948, istilah tersebut telah digunakan dalam beberapa surat dakwaan; *United States of America et.al. v. Goering et.al.*, Persidangan Militer Internasional, Surat Dakwaan no. 1, 6 Oktober 1945, dalam *Nazi Conspiracy and Agression*, Vol. 1 (Washington: United States Government Printing Office, 1946), halaman 13-56, pada hal. 31; *United States of America v. Greifelt et.al.* ('kasus RuSHA'), (1948) *4 Persidangan Para Penjahat Perang* 597 (untuk selanjutnya dikutip dengan singkatan TWC); *13 Laporan Yuridis dari Persidangan-persidangan para Penjahat Perang* 1 (untuk selanjutnya dikutip dengan singkatan LRTWC) (Mahkamah Militer Amerika), 609 (TWC), 2 (LRTWC); *United States of America v. Ohlendorf et.al.* ("kasus Einsatzgruppen"),. (1948) 4 LRTWC 1 (Mahkamah Militer Amerika), 15. Pengadilan Polandia pasca perang secara nyata menggunakan istilah genosida dalam putusannya; *Poland v. Greiser*, (1948) 13 LTRWC 70, [1946] ILR 389 (Mahkamah Tertinggi Polandia), 112-114; *Poland v. Goeth*, (1946) 7 LRTWC 1 (Mahkamah Tertinggi Polandia), 7-9; *Poland v. Hoess*, (1948) 7 LTRWC 11 (Mahkamah Tertinggi Polandia), 24-26.

seperti yang telah dijanjikan tidak pernah terlaksana. Pengadilan-pengadilan tingkat nasional pun menunjukkan kemauan yang rendah untuk melaksanakan yurisdiksi teritorial mereka.[3] Namun demikian, dalam ketiadaan tindakan-tindakan hukum itu, masih tetap ada harapan akan adanya suatu penuntutan berdasar atas yurisdiksi universal. Tetapi di sinipun, kecuali dalam persidangan kasus Eichmann yang terkenal di Yerusalem, kecil sekali kemauan untuk memenuhi komitmen dalam Pasal I Konvensi Genosida, bahwa kejahatan genosida harus dicegah dan diadili.

Dalam dekade terakhir, Konvensi Genosida telah menjadi suatu instrumen yang kuat untuk menghukum pelanggaran-pelanggaran hak asasi manusia paling serius. "Persidangan pidana internasional" yang dahulu pembentukannya oleh Sidang Umum tahun 1948, hanya bisa dibayangkan sekarang telah terbentuk. Pengadilan Pidana Internasional bisa mengadili kejahatan genosida yang dilakukan di mana saja di dunia sejak tanggal 1 Juli 2002, dengan catatan bahwa yurisdiksinya diakui oleh Negara-negara yang bersangkutan, seperti yang dinyatakan dalam Pasal VI.[4] Selanjutnya, dua persidangan *ad hoc* internasional telah menjatuhkan vonis serta menghukum para pelaku kejahatan genosida di Rwanda, serta di Bosnia dan Herzegovina. Sedangkan di pengadilan nasional di wilayah negara dimana kejahatan itu dilakukan, beribu-ribu persidangan telah dilaksanakan di hadapan pengadilan nasional Rwanda yang mengadili kasus genosida yang paling nyata sejak era 1940-an. Namun di pihak lain, di Kroasia, Bosnia dan Herzegovina, serta Kosovo, proses penuntutan secara nasional atas kasus-kasus genosida masih tetap simbolis. Hal itu menggambarkan masih tetap adanya kemauan setengah hati terhadap pemberlakuan yurisdiksi universal dalam hal kejahatan genosida. Meski demikian, praktik-praktik di tingkat nasional tampaknya semakin memperlihatkan kemauan untuk menghilangkan keberatan-keberatan yuridis mengenai yurisdiksi universal yang didasarkan pada pemahaman sempit Pasal VI.

1. Penuntutan di Skala Domestik dan Konvensi Genosida

Telah diketahui secara luas bahwa akademisi Yahudi Polandia, Raphael Lemkin, yang menggunakan istilah "*genocide*" dalam bukunya *Axis Rule in Occupied Europe* tahun 1944[5]. Hal itu dilakukan untuk mengisi kesenjangan hukum internasional yang ada, yang kurang mengatur ketentuan-ketentuan perlindungan terhadap "kaum minoritas"[6]. Berkaitan dengan ini hukum dan kebiasaan-kebiasaan perang sebagaimana diatur dalam *Konvensi Hague* keempat tahun 1907, juga belum mengatur hal itu secara layak.[7] Bahkan penuntutan dalam kasus

---

3 Kamboja mengadakan suatu persidangan pura-pura untuk kejahatan genosida yang dilakukan oleh para pemimpin Khmer Merah Pol Pot dan Ieng Sary pada tahun 1979, tapi atas dasar suatu definisi yang tidak umum yang sebenarnya lebih erat hubungannya dengan konsep kejahatan terhadap kemanusiaan. Lihat: H.J. De Nike, J. Quigley dan K.J. Robinson, *Genocide ion Cambodia: Documents from the Trial of Pol Pot and Ieng Sary* (Philadelphia: Penn, 2001)

4 Sesuai dengan Pasal 12 *Statuta Roma dari Pengadilan Pidana Internasional*, Dok. PBB. A/CONF183/9.

5 Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress* (Washington: Carnegie Endowment for World Peace) 1944, 90.

6 Satu poin yang baru-baru ini diakui dalam suatu perkara di Persidangan Pidana Internasional mengenai negara-negara bekas Yugoslavia: Jaksa Penuntut v. Krstic (Perkara no. IT-98-33-T), Putusan, 2 Agustus 2001, paragraf 556.

7 *Konvensi (IV) mengenai Hukum dan Kebiasaan-kebiasaan dalam Perang di Darat*, [1910] UKTS 9, lampiran.

yang menjadi model kasus genosida, Nazi Holocaust atau Shoah, pun harus dimasukkan sebagai kasus kejahatan terhadap kemanusiaan. Kasus itu juga hanya dianggap sebagai pembunuhan rasial atau kelompok etnis secara massal sejauh kejahatan itu berhubungan dengan (*nexus*) dengan kejahatan perang atau kejahatan terhadap perdamaian, atau jika kejahatan itu dilakukan dalam suatu wilayah pendudukan serta bisa ditangani dengan norma-norma hukum mengenai konflik bersenjata yang telah ada. Berdasar pada alasan ini, Mahkamah Militer Internasional di Nuremberg merasa tidak mampu untuk "memberikan suatu pernyataan umum bahwa kejahatan yang dilakukan sebelum 1939 adalah kejahatan terhadap kemanusiaan sesuai dengan pengertian dalam Piagam".[8] Sebagai akibatnya, mahkamah tersebut memutuskan bahwa kekejaman rasial yang dilakukan oleh Nazi di Jerman sebelum pecahnya konflik bersenjata internasional tidak dapat dihukum atas dasar hukum internasional.

Beberapa hari setelah kesimpulan yang mengejutkan dalam putusan pengadilan Nuremberg ini, Kuba, India dan Panama mengusulkan agar masalah genosida ini dimasukkan dalam agenda pada persidangan pertama Sidang Umum Persatuan Bangsa-Bangsa.[9] Negara-negara ini merasa terganggu atas kenyataan bahwa hukum internasional tampaknya tidak mengatur kekejaman yang dilakukan pada saat damai.[10] Rancangan resolusi yang mereka ajukan menyesalkan fakta bahwa 'hukuman bagi kejahatan genosida yang sangat serius berada dalam yurisdiksi teritorial eksklusif dari negara-negara yang bersangkutan, sementara kejahatan-kejahatan yang secara relatif tidak demikian penting seperti pembajakan, perdagangan wanita, anak-anak, obat-obatan terlarang, penerbitan porno dinyatakan sebagai kejahatan internasional dan dijadikan permasalahan yang mendapat perhatian internasional".[11] Versi final dari resolusi tersebut, yang disahkan oleh Sidang Umum pada bulan Desember 1946, mendesak agar segera dilakukan persiapan suatu rancangan konvensi.[12] Anehnya, istilah "pada masa damai" telah dihilangkan, meski kemudian dimasukkan kembali pada tahun 1948 ketika rancangan konvensi tersebut akhirnya disahkan.[13] Tetapi frasa yang hilang tersebut sebenarnya tepat mengenai inti permasalahan. Frasa itu dapat digunakan untuk menuntut negara-negara yang melakukan kelalaian internasional dalam hal bagaimana mereka memperlakukan rakyat mereka sendiri, dan khususnya dalam hal penyiksaan terhadap etnis dan ras minoritas, penyiksaan mana merupakan realitas dalam wilayah semua negara besar, dimana banyak diantara negara tersebut masih mempunyai wilayah kolonial yang luas.

---

8 *United States of America et.al. v. Goering et.al.*, Mahkamah Militer Internasional, Putusan, 30 September-1 Oktober 1946, 41 *American Journal of International Law* (1947), 172, pada hal. 225.

9 Untuk ringkasan mengenai sejarah resolusi 1946, lihat Dok. PBB E/621.

10 Khususnya lihat pernyataan dari perwakilan dari Kuba, Ernesto Dihigo: Dok. PBB A/C.6/SR.22.

11 Dok. PBB A/BUR/50.

12 Resolusi SU 96(I).

13 Lihat Pasal I dari *Konvensi untuk Mencegah dan Menghukum Kejahatan Genosida*, catatan kaki no. 1, yang menyatakan: "Negara-negara Penandatangan sepakat bahwa genosida, baik itu dilakukan pada masa damai atau masa perang, adalah sebuah kejahatan menurut hukum internasional, terhadap kejahatan mana mereka akan mencegah dan menjatuhkan hukuman." Perdebatan mengenai hubungan antara genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan terus berlangsung selama proses penyusunan konvensi. Penolakan terhadap seluruh acuan formal kepada kejahatan terhadap kemanusiaan dilakukan oleh Negara-negara yang mengkhawatirkan putusan persidangan Nuremberg bisa berakibat membatasi penuntutan atas aksi genosida hanya pada perbuatan yang dilakukan pada masa perang. Lihat, misalnya, perdebatan dalam Komite Ad Hoc: Dok. PBB E/794, 3; juga Dok. PBB E/AC.25/SR.23.

Apa yang harus disidangkan oleh pengadilan mengenai kejahatan baru bernama genosida ini? Rancangan pertama dari konvensi, yang diajukan oleh Saudi Arabia pada masa persidangan Sidang Umum tahun 1946, mengusulkan yurisdiksi universal; 'Kejahatan Genosida harus disidangkan dan dihukum oleh setiap Negara tanpa melihat dimana kejahatan itu dilakukan atau kewarganegaraan dari si pelaku, sesuai dengan hukum yang berlaku di negara yang menyidangkan tersebut'.[14] Sejalan dengan itu, rancangan dari Sekretariat, yang disusun oleh John P. Humphrey dan kawan-kawan pada tahun 1947 dengan bantuan pakar yaitu Lemkin, Henri Donnedieu de Vabres dan Vespasian V. Pella, menyatakan: '[Penegakan Universal Hukum Pidana Setempat] Para Negara Penandatangan berjanji untuk menghukum semua pelaku kejahatan menurut Konvensi ini di seluruh wilayah yang berada dalam yurisdiksi mereka, tanpa melihat kewarganegaraan pelaku atau tempat dimana kejahatan tersebut dilakukan.'[15]

Amerika adalah negara pertama menyatakan tidak setuju, dan mengusulkan agar persidangan terhadap kejahatan-kejahatan yang dilakukan di luar wilayah suatu Negara hanya bisa dilaksanakan dengan persetujuan Negara dimana perbuatan itu dilakukan.[16] Delegasi Amerika menyatakan bahwa 'prinsip penghukuman universal adalah salah satu dari prinsip-prinsip yang paling berbahaya dan tidak dapat diterima'.[17] Uni Soviet menolak dengan tegas segala bentuk persidangan bersifat internasional atas genosida,[18] dan berpendapat bahwa tidak ada suatu pengecualian terhadap prinsip yurisdiksi teritorial, yang dianggap sebagai satu-satunya pendekatan yang sesuai dengan kedaulatan negara.[19] Perancis juga menentang penegakan hukum berdasar atas yurisdiksi universal, tetapi dengan alasan yang berbeda. Perancis merasa sangat skeptis terhadap kemungkinan diadakannya persidangan oleh pengadilan nasional sesuai dengan yurisdiksi teritorial, serta mengusulkan pembentukan suatu pengadilan internasional.[20]

Akhirnya, Sidang Umum hanya menyetujui dasar yurisdiksi paling konservatif bagi penyidangan kasus genosida, yaitu yurisdiksi nasional di negara mana perbuatan itu dilakukan. Usulan untuk mengakui prinsip yurisdiksi universal – jika Negara yang mempunyai yurisdiksi teritorial tidak dapat menyidangkannya (suatu bentuk awal pandangan berimbang) – secara mutlak dikalahkan pada Komite Keenam Sidang Umum.[21] Tetapi meskipun ada ketentuan-ketentuan Pasal VI serta adanya pesan yang tegas mengenai *travaux preparatoires*, terdapat suatu dukungan yuridis yang cukup kuat bagi pandangan yang menyatakan bahwa genosida adalah suatu kejahatan yang tunduk pada yurisdiksi universal.[22] Tidak sedikit opini aka-

14 Dok. PBB A/C.6/86

15 Dok. PBB E/447, 5-13, pasal VII. Juga: Dok. PBB E/AC.25/8

16 Dok. PBB E/623, pasal V; juga Dok. PBB E/AC.25/SR.8, hal 11; Dok. PBB A/C.6/SR.100.

17 Dok. PBB A/C.6/SR.100.

18 'Prinsip-prinsip Dasar dari suatu Konvensi tentang Genosida', Dok. PBB E/AC.25/7

19 Dok. PBB E/AC.25/SR.7, 3-4

20 Dok. PBB E/AC.25/SR.7, 9

21 Dok. PBB A/C.6/SR.100. Enam mendukung, dua puluh enam menentang, dengan 10 abstain.

22 *A.-G. Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 5 (Pengadilan Distrik, Yerusalem), paragraf 20-38; *A.-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 277 (Mahkamah Agung Israel), paragraf 12; *Penerapan Konvensi untuk Pencegahan dan Penghukuman Tindak Pidana Genosida (Bosnia dan Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia dan Montenegro)), Permohonan lanjutan untuk Petunjuk-petunjuk bagi Undang-undang Sementara*, 13 September 1993, [1993] Laporan ICJ 325, Pertimbangan-pertimbangan Terpisah Hakim *ad hoc* Lauterpacht; *Jaksa Penuntut v. Tadic* (Perkara no.IT-94-1-AR72), Putusan mengenai Mosi Pembelaan Pada Saat Masa

demis yang mendukung hal tersebut.[23] Juga, tidak sedikit lembaga nasional yang berkembang dalam praktek nasional, dalam bentuk berbagai peraturan yang memungkinkan hal itu dapat dilakukan. Meski demikian, sejak putusan Mahkamah Internasional baru-baru ini dalam *perkara Arrest Warrant*, ketidakpastian terus membayangi masalah legalitas dari yurisdiksi universal bagi kejahatan genosida.[24]

Pada tahun 1948, Sidang Umum hanya bisa mencapai kesepakatan mengenai posisi genosida yang tidak kontroversial, yaitu bahwa kejahatan tersebut harus diadili oleh negara dimana perbuatan itu dilakukan. Ini tidak memuaskan bagi siapa pun yang menginginkan pola yang efektif, – sesuatu yang sebenarnya ingin diubah oleh mereka yang mengusulkan resolusi Sidang umum 1946 –. Bagaimanapun, alasan norma-norma internasional untuk menindak "kejahatan terbesar" adalah adanya sejarah kelabu yaitu adanya *impunity*, karena kelalaian dan tidak aktifnya sistem peradilan nasional, lembaga yang disbeut oleh Pasal VI untuk memproses persidangan. 'Tak satupun Negara yang akan mengajukan penguasanya yang berwenang kepada pengadilannya sendiri', kata Perancis, [25] yang memimpin usaha pembentukan pengadilan internasional yang mempunyai yurisdiksi yang membawahi genosida, dengan meniadakan pengadilan tingkat nasional. Sidang Umum tunduk kepada beberapa inisiatif untuk membentuk suatu pengadilan pidana internasional, bahkan memerintahkan suatu analisa mengenai 'kebutuhan dan kemungkinan pembentukan suatu badan peradilan internasional untuk mengadili individu-individu, baik itu anggota masyarakat maupun pejabat, yang didakwa melakukan genosida, dalam suatu resolusi yang disahkan bersamaan dengan resolusi yang berisikan teks *Konvensi*.[26] Janji Sidang Umum itu membutuhkan waktu lebih dari lima puluh tahun untuk menjadi kenyataan.

Hasilnya kemudian, adalah skema persidangan genosida dalam Pasal VI *Konvensi Genosida* yang nampaknya tidak akan berguna. Negara-negara yang mempunyai yurisdiksi teritorial tampaknya tidak akan mengadili, dan pengadilan pidana internasional tetap hanya sebatas mimpi. Seperti itulah keadaannya selama lebih dari empat puluh tahun, – dengan pengecualian *perkara Eichmann* –[27].

Banding mengenai Yurisdiksi, 2 Oktober 1995, paragraf 62; Nikola Jorgic, *Bundesverfassungsgericht*, Putusan dari Ruang Sidang Keempat dari Senat Kedua tanggal 12 Desember 2000, 2 BvR 1290/99.

23 Misalnya, T. Meron, 'International Criminalisation of Internal Atrocities' 89 *American Journal of International Law* (1995), 554, hal. 569; Komisi Hukum Internasional, Komite untuk Hukum dan Praktek Hak Asasi Manusia Internasional, 'Laporan Akhir mengenai Penerapan Yurisdiksi Universal dalam hal Pelanggaran Besar Hak Asasi Manusia', 2000, 5.

24 *Arrest Warrant tanggal 11 April 2000 (Republik Demokratik Kongo v. Belgia)*, Putusan, 15 Februari 2002. Lihat khususnya; Pendapat terpisah Presiden Gilbert Guillaume, 5-6; Pendapat perorangan Fransisco Rezek; Pernyataan Raymond Ranjeva.

25 Dok. PBB E/AC.25/SR.7, 9. Juga Dok. PBB A/C.6/255; Dok. PBB A/C.6/SR.98.

26 Resolusi Sidang Umum 260B(III)

27 Terdapat beberapa contoh dari persidangan perkara genosida, tetapi tidak satupun yang penting dari sudut pandang pengkajian ketentuan dalam *Konvensi* 1948. Dalam pengadilan Kamboja mengenai apa yang disebut dalam pembukaan Dekrit No. 1 sebagai "kelompok Pol Pot – Ieng Sary", lihat catatan kaki no. 3. Pada tahun 1990, beberapa pemimpin dan pejabat kepolisian Romania, termasuk anak dan saudara laki-laki Nicolae Ceausescu, diadili karena bersekongkol atau menghasut terjadinya genosida; 'Ceausescu's Brother Draws 15 Years for December Role', *New York Times*, 22 Juni 1990, A-8; *Facts on File World News Digest*, 1990, 540F1; 'Four Ceausescu Aides sentenced to Prison in Romania', *Washington Post*, 3 Februari 1990, A-20; *Facts on File World News Digest*, 1990, 6A1. Para Jaksa Penuntut Rumania jelas-jelas menyimpulkan bahwa pembunuhan-pembunuhan

Seperti yang dikemukakan dengan sinis oleh Georg Schwarzenberger, 'konvensi itu tidak dibutuhkan ketika bisa diterapkan dan tidak bisa diterapkan ketika dibutuhkan'.[28] Tetapi pada era 1990-an, ketika gerakan hak asasi manusia mulai berfokus pada masalah impunitas, para pelaku genosida tidak bisa lagi merasa yakin bahwa perbuatan mereka tidak dapat dijatuhi hukuman. Dalam dua kesempatan, Dewan Keamanan melakukan intervensi untuk memastikan adanya penyidangan oleh pengadilan internasional yang dibentuk berdasarkan Bab VII Piagam Persatuan Bangsa-Bangsa.[29] Pada permulaan tahun 2002, Sekretariat berhasil menegosiasikan pembentukan persidangan internasional ketiga untuk Sierra Leone,[30] tetapi gagal ketika melakukan hal yang sama di Kamboja.[31]

Dalam hal usaha-usaha yang bersifat internasional, hanya Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda yang bisa digambarkan sebagai suatu sukses besar berkaitan dengan penuntutan suatu perbuatan genosida. Beberapa vonisnya sekarang sedang dalam proses di Persidangan Banding,[32] dan beberapa diantara mereka yang bertanggungjawab dalam huru-hara pembunuhan genosida itu, sekarang sedang menjalani hukuman penjara, berkisar antara dua belas tahun,[33] dua puluh lima tahun[34] sampai seumur hidup.[35] Hanya terdapat satu putusan bebas.[36] Sadar akan peranan historisnya dalam mengajukan penuntutan dalam perkara genosida tahun 1994, Badan Jaksa Penuntut sejauh ini telah membatasi

---

yang dilakukan oleh penguasa sebelumnya harus dianggap sebagai genosida karena besarnya jumlah korban. Sejak 1992, Etiopia telah melakukan serangkaian persidangan, dimana pimpinan-pimpinan rezim Derg didakwa dengan genosida. Ketentuan genosida Etiopia mencakup juga kelompok-kelompok politik, sesuatu yang berbeda dengan teks yang diakui secara internasional, dan dengan dasar itulah persidangan itu dilaksanakan. Diantara persidangan-persidangan itu belum ada yang menghasilkan keputusan. Lihat: J.V. Mayfield, 'The Prosecution of War Crimes and Respect for Human Rights: Ethiopia's Balancing Act' 9 *Emory International Laws Review* (1995), 553.

28 G. Schwarzenberger, *International Law*, Vol 1, edisi ke-3 (London: Stevens & Sons, 1957), 143

29 Dok. PBB S/RES/827, lampiran; Dok. PBB S/RES/955, lampiran

30 Dok. PBB S/RES/2000/1315, yang akhirnya berujung pada pengesahan dari, pada 16 Januari 2002, Kesepakatan antara Persatuan Bangsa-Bangsa dengan Pemerintah Sierra Leone tentang Pembentukan suatu Pengadilan Istimewa bagi Sierra Leone. Meski demikian, Pengadilan Istimewa ini tidak membahas permasalahan yurisdiksi dalam hal genosida. Dalam hal ini, lihat: 'Laporan Sekretaris Jendral mengenai Pembentukan Pengadilan Istimewa bagi Sierra Leone', Dok. PBB s/2000/915, paragraf 13.

31 Lihat: Dok. PBB A/RES/57/225. Komite Pakar yang ditunjuk oleh Sekretaris Jendral tahun 1997 menolak untuk mengambil sikap mengenai apakah kekejaman Khmer Merah termasuk dalam genosida, menyatakan bahwa 'masalah apakah Khmer Merah melakukan genosida untuk memisahkan suku bangsa Khmer menjadi suatu suatu permasalahan interpretatif yang kompleks, khususnya mengenai apa yang ingin dilakukan oleh Khmer Merah berkaitan dengan korban-korban yang bukan berasal dari kelompok minoritas'. "Laporan Kelompok Pakar untuk Kamboja yang Dibentuk sesuai dengan Resolusi Sidang Umum 52/135', Dok. PBB A/53/850-S/1999/231, lampiran, paragraf 65.

32 *Jaksa Penuntut v. Akayesu* (Perkara no. ICTR-96-4-A), Putusan, 1 Juni 2001; *Kambanda v. Jaksa Penuntut* (ICTR-97-23-A), Putusan, 19 Oktober 2000; *Serushago v. Jaksa Penuntut* (Perkara no. ICTR-98-39-A), Alasan-alasan Putusan, 6 April 2000; *Jaksa Penuntut v. Kayishema dan Ruzindana* (Perkara no. ICTR-95-1-A), Putusan, 1 Juni 2001; *Jaksa Penuntut v. Musema* (Perkara no. ICTR-96-13-A), Putusan 16 November 2001.

33 *Jaksa Penuntut v. Ruggiu* (Perkara No. ICTR-97-32-I), Putusan dan Hukuman, I Juni 2001

34 *Jaksa Penuntut v. Kayishema dan Ruzindana* (Perkara no. ICTR-95-1-T), Putusan, 21 Mei 1999

35 Misalnya *Jaksa Penuntut v. Kambanda* (Perkara no. ICTR-97-23-S), Putusan dan Hukuman, 4 September 1998; *Jaksa Penuntut v. Akayesu* (Perkara no. ICTR-96-4-S), Hukuman, 2 Oktober 1998; *Jaksa Penuntut v. Rutaganda* (Perkara no. ICTR-96-3-T), Putusan, 6 Desember 1999.

36 *Jaksa Penuntut v. Bagilishema* (Perkara no. ICTR-95-1A-T), Putusan, 7 Juli 2001, banding ditolak; *Jaksa Penuntut v. Bagilishema* (Perkara no. ICTR-95-1A-A), Putusan, 3 Juli 2002.

surat dakwaannya pada tuduhan atas kejahatan genosida, serta benar-benar berusaha meminta izin untuk menarik kembali tuntutan ketika dalam salah satu perkara, seorang hakim menghilangkan dakwaan genosida ini dari suatu surat dakwaan.[37]

Sebaliknya, Persidangan Pidana Internasional untuk negara-negara bekas Yugoslavia hanya menghasilkan satu vonis, yaitu untuk Jendral Radovan Krstic karena tanggung jawabnya dalam pembantaian Srebrennica Juli 1995.[38] Masalahnya, Majelis Sidang tampaknya menyimpulkan bahwa "niat" untuk melakukan perbuatan genosida hanya timbul hanya beberapa hari sebelum terjadinya pembantaian,[39] dan ini menunjukkan bahwa Jaksa Penuntut akan kesulitan membuktikan adanya suatu kampanye genosida yang berskala lebih luas yang melibatkan tingkat-tingkat tertinggi pemimpin Bosnia-Serbia, lebih-lebih para tiran yang lebih tinggi tingkatnya yang pada saat itu menjalankan pemerintahan Republik Federal Yugoslavia. Kesediaan Badan Jaksa Penuntut untuk menarik dakwaan genosidanya terhadap Biljana Plavsic mungkin juga menjadi signifikan dalam hal ini.[40] Dua persidangan mengenai dakwaan genosida lainnya, berkaitan dengan pembantaian di kamp-kamp di bagian utara Bosnia dan Herzegovina pada masa awal perang, telah berakhir dengan putusan bebas.[41]

2. Pengadilan Tingkat Nasional dan Genosida di Rwanda

Selaras dengan berkembangnya penuntutan secara internasional untuk genosida oleh dua persidangan ad hoc, pengadilan-pengadilan di skala nasional juga mulai memandang masalah ini dengan lebih serius. Yang jauh paling berhasil, dari sudut pemberian vonis, adalah pengadilan nasional di Rwanda. Sedikit yang akan memperdebatkan pendapat bahwa konflik di Rwanda, yang menimbulkan beratus-ratus ribu korban jiwa dalam rentang waktu beberapa minggu pada tahun 1994, secara tegas masuk dalam definisi genosida yang ditetapkan dalam Pasal II *Konvensi* tahun 1948. Rwanda meratifikasi *Konvensi Genosida* pada tahun 1975, tetapi tidak pernah mengesahkan peraturan implementasi yang diperlukan. Hal ini menimbulkan kekhawatiran besar di kalangan peradilan di negara tersebut setelah terjadinya genosida tahun 1994, dan banyak yang khawatir bahwa kelalaian tersebut akan menyebabkan tidak dapat dilakukannya penuntutan terhadap aksi genosida. Para pembuat undang-undang Rwanda mengakui adanya masalah tersebut dalam pembukaan peraturan khusus yang disahkan tahun 1996 untuk memfasilitasi penuntutan terhadap kejahatan-kejahatan yang berkaitan dengan genosida.[42]

Peraturan khusus Rwanda tentang genosida yang mulai diberlakukan sejak 1 September 1996, membagi pelakunya menjadi beberapa kategori berdasar atas besarnya kejahatan yang dilakukan, serta menawarkan suatu pengurangan hukuman yang besar sebagai imbal balik dari suatu pengakuan bersalah. Hanya mereka yang berada dalam kategori pertama – pengorganisir dan perencana genosida, orang-orang yang memiliki kewenangan dalam militer atau infrastruktur sipil yang melakukan atau mendorong terjadinya genosida,

---

37 *Penunt v. Ntuyahaga* (Perkara no. ICTR-98-40-T), Putusan atas Mosi Jaksa Penuntut untuk Menarik Surat Dakwaan, 18 Maret 1999.

38 *Jaksa Penuntut v. Krstic*, catatan kaki no. 6

39 *Ibid.*, paragraf 572-573

40 *Jaksa Penuntut v. Krajisnik & Plavsic* (Perkara no. IT-))-39 & 40-PT), Kesepakatan Pembelaan, 30 September 2002.

41 *Jaksa Penuntut v. Jelisic* (Perkara no. IT-95-10-T), Putusan, 14 Desember 1999, banding ditolak; *Jaksa Penuntut v. Jelisic* (Perkara no. IT-95-10-A), Putusan, 5 Juli 2001; *Jaksa Penuntut v. Sikirica dkk.* (Perkara no. IT-95-8-I), Putusan atas Mosi Pembelaan untuk Pembebasan, 3 September

serta orang-orang yang melakukan pembunuhan yang bersifat "menjijikkan dan sistematis' – bisa dijatuhi hukuman mati. Pembunuh 'biasa' yang berpartisipasi dalam genosida bisa dijatuhi hukuman maksimum penjara seumur hidup, dan ini bisa dikurangi menjadi hukuman kurungan antara tujuh sampai sebelas tahun jika mereka melakukan pengakuan.[43] Salah satu inovasi menarik dalam peraturan Rwanda adalah pengadopsian konsep bersalah atas dasar tanggung jawab komando. Ketentuan ini jelas terinspirasi oleh teks yang berkaitan dengan masalah itu dalam ketentuan-ketentuan persidangan-persidangan *ad hoc*.

Pengadilan genosida di Rwanda dimulai pada akhir Desember 1996. Beribu-ribu orang telah diadili dan dijatuhi hukuman karena peranan mereka dalam aksi kekejaman yang berlangsung bulan April-Juli 1994.[44] Dalam laporannya kepada Persatuan Bangsa-Bangsa, yang disiapkan pada awal tahun 2000, Perwakilan Khusus Michael Mousalli menyatakan bahwa 2406 orang telah diadili di pengadilan-pengadilan khusus genosida, dimana 348 orang (14,4%) dijatuhi hukuman mati, 30,3% dijatuhi hukuman seumur hidup, 34% dijatuhi hukuman penjara antara satu sampai dua puluh tahun, serta 19% dibebaskan.[45] Dia menambahkan: 'Banyak hal yang harus dipuji dalam proses ini.'[46]

Pada April 1998, dua puluh dua dari mereka yang telah diputuskan melakukan genosida dan mereka yang permohonan bandingnya telah ditolak, dieksekusi di depan umum, di suatu stadion sepakbola. Meski demikian, sejak itu tidak ada lagi contoh penjatuhan hukuman berat. Sejenak setelah itu, para pemimpin Rwanda mengakui tidak memungkinkan untuk menyidangkan semua orang yang dituduh melakukan genosida, yang dikatakan berjumlah lebih dari 100.000 orang. Pada tahun 2001, Rwanda mengeluarkan suatu pendekatan baru yang dikenal dengan *gacaca* yang berdasar pada mekanisme peradilan tradisional. Jika berhasil, maka percobaan ini berarti bahwa perkara-

---

42 *Hukum Organik No. 8/96 tanggal 30 Agustus 1996 tentang Organisasi Penuntutan terhadap Pelanggaran-pelanggaran yang merupakan Kejahatan Genosida atau Kejahatan atas Kemanusiaan yang Dilakukan sejak 1 Oktober 1990, Jurnal Resmi* [Rwanda], tahun ke-35, no. 17, 1 September 1996, pembukaan: 'Menimbang bahwa perbuatan yang dilakukan merupakan pelanggaran yang diatur dalam serta dihukum berdasarkan Undang-undang Hukum Pidana demikian juga kejahatan genosida atau kejahatan terhadap kemanusiaan; Menimbang bahwa kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan diatur secara khusus dalam Konvensi untuk Mencegah dan Menghukum Kejahatan Genosida tanggal 9 Desember 1948, Konvensi Jenewa berkaitan dengan perlindungan terhadap Orang-orang Sipil di Masa Perang tanggal 12 Agustus 1949 serta Protokol-protokol tambahannya, demikian pula dengan Konvensi tentang Tidak Bisa Diterapkannya Batasan-batasan menurut Hukum untuk Kejahatan Perang dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan tanggal 26 November 1968; Menimbang bahwa Rwanda telah meratifikasi ketiga Konvensi ini serta telah mengumumkannya dalam Lembaran Negara, tetapi tanpa mengatur tentang hukuman untuk kejahatan-kejahatan ini; Menimbang bahwa, sebagai akibatnya, penuntutannya harus didasarkan pada Undang-undang Hukum Pidana...'

43 Suatu perkembangan yang tidak terduga dimana Rwanda sungguh-sungguh mengurangi cakupan dari hukuman berat, yang sebelumnya bisa dijatuhkan untuk berbagai kategori pembunuhan. Tampaknya Rwanda tidak akan bisa menjatuhkan lagi hukuman berat bagi pembunuh 'biasa' setelah membolehkan para pembunuh dalam konteks genosida untuk menghindari hukuman yang paling berat.

44 W.A. Schabas, 'The Rwanda Case: Sometimes it's Impossible' dalam M. Cherif Bassiouni (ed.), *Post-Conflict Justice* (Ardsley, New York: Transnational, 2002), 499-522. Juga: M.A. Drumbl, 'Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to Civis in Rwanda' 75 *New York University Law Review* (2000), 1221.

45 'Laporan mengenai Keadaan Hak Asasi Manusia di Rwanda yang Diajukan Oleh Perwakilan Khusus, Mr. Michael Mousalli, Berdasar atas Resolusi Komisi 1999/20', Dok. PBB E/CN.4/2000/41, paragraf 136.

46 *Ibid.*, paragraf 137.

perkara dari sebagian besar orang yang telah ditahan sejak pertengahan 1990-an akan bisa diselesaikan, meskipun sebagian kecil lainnya akan tetap menjalani suatu proses penuntutan perkara genosida yang tersiar secara luas.

Mekanisme *gacaca* membentuk suatu jaringan yang rumit dari suatu persidangan yang sedikit informal yang diketuai oleh pimpinan atau tokoh masyarakat, yang sebelumnya telah dipilih. *Gacaca* dijanjikan sebagai solusi atas model peradilan 'Eropa' yang tidak praktis dan tidak efektif. Namun demikian, mekanisme *gacaca* ini nampaknya membutuhkan waktu yang lama untuk dibentuk dan dijalankan. Pemilihan hakim-hakimnya dilakukan pada bulan Oktober 2001, lebih dari dua tahun sejak sistem ini pertama kali diusulkan, dan dengar pendapat dimulai pada pertengahan 2002. Beberapa percobaan pendahuluan, – disebut pre-*gacaca* –, menunjukkan hasil yang memberikan harapan, serta nampaknya bisa meyakinkan banyak pihak yang skeptis untuk memberikan peluang bagi mekanisme ini.[47] Perwakilan Khusus Mousalli menggambarkan proses pre-*gacaca* sebagai berikut :

> *Tahap pertama dari proses ini terdiri atas identifikasi, penelaahan, melengkapi serta pengajuan berkas-berkas bagi 3434 orang tahanan dari Kibuye. 544 berkas yang tidak atau sedikit mengandung bukti adanya partisipasi dalam genosida (17 persen), disimpan untuk tahap kedua: pengumuman para tahanan kepada masyarakat. Para tahanan ini kemudian diumumkan kepada masyarakat satu per satu, dalam jangka waktu enam minggu, dan para anggota masyarakat dipersilahkan untuk memberikan kesaksian baik meringankan maupun memberatkan kepada orang-orang itu. Dari ke 544 orang tahanan, masyarakat memutuskan bahwa 256 (47 persen) harus dibebaskan.*[48]

Jika ini berhasil, hasil akhir dari proses gacaca akan berarti pengosongan penjara-penjara. Sebenarnya, mungkin inilah tujuan implisit dari keseluruhan proses ini. Sebagian besar dari 100.000 tersangka pelaku genosida akan diberikan keuntungan sesuai dengan waktu tahanan cukup lama yang mereka jalani sebelum sidang. Tetapi harapan agar proses ini akan mendorong terjadinya rekonsiliasi di Rwanda harus diredakan karena adanya sikap permusuhan dari kelompok-kelompok korban terhadap proses ini. Orang-orang yang selamat dari genosida terus berpendapat bahwa semua kompromi dengan proses peradilan yang tegas melanggar hak-hak mereka serta menodai kenangan dari beratus-ratus ribu orang yang terbantai tahun 1994. Posisi mereka didukung oleh banyak pendapat terkenal yang didasarkan pada hukum hak asasi dan humaniter internasional. Khususnya, mereka merujuk pada kegagalan ketentuan *gacaca* untuk memberi mereka mekanisme kompensasi yang layak.

Kasus-kasus genosida di Rwanda juga menjadi bahan pertimbangan di pengadilan negara-negara lain. Penuntutan terhadap perkara genosida juga dilakukan di Swiss dan Belgia. Para Jaksa Penuntut di Swiss mendakwa Fulgence Niyonteze, ynag pernah menjabat sebagai *bourgmestre* di masyarakat Mushubati sebelum pindah ke Swiss. Ketika genosida mulai berlangsung pada tahun 1994, dia segera

[47] Pengkajian dan Rekomendasi Mengenai Perkembangan Terakhir Hak Asasi Manusia di Rwanda oleh Perwakilan Khusus Komisi Hak Asasi Manusia. Michael Mousalli. Setelah Kunjungannya ke Rwanda pada Bulan Oktober 2000 dan Bulan Februari/Maret 2001'. Dok. PBB E/CN.4/2001/45/Add.1, paragraf 22-25.

[48] *Ibid.*, paragraf 25

kembali menjalankan fungsinya di Rwanda, tetapi setelah kemenangan diraih oleh Rwandese Patriotic Front (Front Patriotik Rwanda) ia lari dari negara tersebut dan dengan cepat memperoleh status pengungsi di Swiss. Tanggal 30 April 1999, dia divonis atas dakwaan pembunuhan, hasutan untuk membunuh dan pelanggaran berat terhadap Konvensi Jenewa, serta dijatuhi hukuman penjara seumur hidup. Pada pengadilan banding, vonis pembunuhan dibatalkan dan masa hukumannya dikurangi menjadi empat belas tahun.[49] Jaksa Penuntut berpendapat bahwa hukuman itu tidak cukup, membandingkannya dengan hukuman seumur hidup yang dijatuhkan kepada *bourgmestre* lain yaitu Jean-Paul Akayesu oleh Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda, tetapi argument ini ditolak oleh Mahkamah Kasasi Militer.[50] Menarik untuk membandingkan vonis pengadilan Swiss tentang pelanggaran berat Konvensi Jenewa dengan keengganan hakim-hakim di Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda untuk mengambil kesimpulan yang sama; pihak yang terakhir, sejauh ini, hanya membatasi keputusan mereka hanya pada genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dan menolak dakwaan yang berkaitan dengan kejahatan perang.[51]

Proses penuntutan awalnya tidak mendakwa Niyonteze dengan genosida, dan gagal untuk mencoba mengamandemen surat dakwaan enam belas hari setelah proses persidangan dimulai. Dalam penolakan mosi amandemen dari Jaksa Penuntut, pengadilan menyatakan bahwa Swiss, pada saat sidang itu dilaksanakan, bukanlah negara penandatangan dari *Konvensi Genosida* tahun 1948.[52] Menurut pengadilan, bahkan jika Swiss terikat oleh kewajiban hukum kebiasaan untuk, hal ini tidak berarti bahwa pengadilan Swiss mempunyai yurisdiksi karena tiadanya ketentuan-ketentuan dalam hukum nasional yang bisa diterapkan. Norma-norma internasional yang ada dianggap tidak cukup spesifik bagi mereka untuk bisa langsung diterapkan oleh pengadilan nasional tanpa melanggar prinsip *nulla poena sine lege* (tidak ada hukuman tanpa hukum); khususnya, ketika norma hukum internasional tidak memberikan suatu hukuman. Pengadilan mengakui bahwa kewajiban untuk menghukum bisa menjadi 'assurement plus contraignante' jika perbuatan-perbuatan tersebut tidak diatur oleh ketentuan-ketentuan lain dalam hukum Swiss, hal yang tidak menjadi masalah karena ketentuan-ketentuan hukum humaniter internasional bisa diterapkan.[53]

---

49 M. Sassoli, 'Le genocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international', 12 *Revie Suisse de droit international et de droit europeen* (2002), 151.

50 *Niyonteze*, Mahkamah Kasasi Militer, 27 April 2001, paragraf 13. Lihat: L. Reydams, 'International Decisions, *Niyonteze v. Public Prosecutor*' 96 *American journal of International Law* (2002), 231.

51 Lihat *Jaksa Penuntut v. Akayesu* (Perkara no. ICTR-96-4-T), Putusan, 2 September 1998, paragraf 371-372; *Jaksa Penuntut v. Kayishema & Ruzindana*, lihat catatan kaki no. 34, paragraf 623-624; *Jaksa Penuntut v. Rutaganda*, lihat catatan kaki no. 35, paragraf 444-445; *Jaksa Penuntut v. Musema* (Perkara no. ICTR-96-13-T), Putusan, 27 Januari 2000, paragraf 974-975.

52 Swiss ikut serta dalam *Konvensi* pada 7 September 2000. Perhatikan bahwa Swiss juga ikut bekerjasama dengan Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda dengan mengirimkan para tersangka genosida untuk disidangkan di Arusha: *Jaksa Penuntut v. Musema*, catatan kaki no. 51, paragraf 17-18; *Musema, Pengadilan Federal*, 28 April 1997, 1A.36/1997, ATF 123 II 175. Transkrip-transkrip wawancara yang dilakukan oleh *juges d'instruction* digunakan sebagai bukti di hadapan Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda: *Jaksa Penuntut v. Musema, ibid.*, paragraf 91-92.

53 M. Sassoli, catatan kaki no. 49, *Niyonteze*, Mahkamah Kasasi Militer, 27 April 2001, paragraf 9(e).

Pengadilan Banding Militer mengambil pendekatan yang sedikit berbeda, berpendapat bahwa larangan atas genosida mungkin bisa diterapkan dengan alasan bahwa Pasal 109 dari Kitab Hukum Pidana Militer mengakomodir norma-norma hukum kebiasaan, dan bahwa *Konvensi Genosida* mengandung ketentuan mengenai hukum kebiasaan internasional. Meski demikian, Pengadilan Banding berpendapat bahwa pasal 108(2) Kitab Hukum Pidana Militer membedakan antara konflik bersenjata internasional dan non-internasional. Sesuai dengan ketentuan yang kedua, hukum kebiasaan hanya bisa diterapkan oleh pengadilan militer dalam hal konflik bersenjata internasional, dan tidak seperti halnya perang di negara-negara bekas Yugoslavia, hal ini tidak terjadi pada konflik Rwanda.[54]

Dalam kasasi dari Pengadilan Banding Militer, Mahkamah Kasasi Militer sepakat bahwa genosida telah terjadi di Rwanda, berdasarkan pada putusan Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda, dan lebih khusus lagi putusan-putusan Ruang Sidang dalam kasus *Akayesu, Kayishema dan Ruzindana* dan *Rutaganda,*[55] juga berdasar pada laporan-laporan dari lembaga swadaya masyarakat internasional.[56] Mahkamah Kasasi tidak mengubah kesimpulan dari pengadilan-pengadilan yang lebih rendah dalam hal masalah-masalah hukum yang berkaitan dengan kejahatan genosida, serta penerapan *Konvensi Genosida* tahun 1948 atau mengenai hukum kebiasaan yang berkaitan dengannya.

Pengadilan Belgia juga melaksanakan penuntutan-penuntutan yang berkaitan dengan genosida di Rwanda. Misalnya, empat pejabat Rwanda telah ditahan di Belgia, dan akan dituntut di muka pengadilan negara tersebut, hal mana diawali dengan adanya laporan dari seorang korban yang berperan sebagai *parties civiles*.[57] Selanjutnya, Persidangan Internasional meminta dan mendapatkan transfer tiga dari mereka.[58] Sedangkan tersangka yang keempat, Vincent Ntezimana, dihadapkan pada persidangan pemeriksaan, setelah mosi *non lieu* yang diajukan oleh jaksa penuntut ditolak pada tanggal 22 Juli 1996.[59] Salah satu argumen yang diajukan untuk pembebasannya adalah kenyataan bahwa Persidangan Internasional tidak berkeinginan untuk mengadilinya, dan sebagai akibatnya bukti-bukti yang ada tidak demikian kuat. Kasus-kasus ini berkaitan dengan pelanggaran-pelanggaran atas ketentuan-ketentuan dalam Konvensi Jenewa dan protokol-protokol Tambahannya, serta tidak termasuk tuduhan mengenai kejahatan genosida. Oleh karena itu, kasus-kasus di Belgia tidak mempunyai arti penting khusus dalam hal hukum tentang genosida. Hal yang sama juga bisa dikatakan tentang litigasi yang berkaitan dengan genosida Rwanda yang

54 *Niyonteze*, Pengadilan Banding Militer 1A, 26 Mei 2000.

55 *Niyonteze*, Mahkamah Kasasi Militer, 27 April 2001, paragraf 3(d).

56 *Ibid.*, paragraf 6(b), merujuk kepada A. Des Forges, *Leave None to Tell the Story, Genocide in Rwanda* (New York/Washington/London/Brussels: Human Rights Watch, Paris: International Federation of Human Rights, 1999)

57 Lihat E. Gillet, 'Le genocide devant la justice' *Les temps modernes*, no. 538, Juli-Agustus 1995, hal. 228. Lihat juga: Pengadilan Banding Brussels (*Ch. mis. acc.*), 17 Mei 1995, *Jurnal des Tribunaux* (1995), 542.

58 Mahkamah Kasasi (Sidang Perancis Kedua), 15 Mei 1996, *revue de droit penal et de criminologie* (1996), 906

59 Persidangan Brussels (*Chambre du consel*), 22 juli 1996, *Journal de Proces*, no. 310, 20 September 1996. Ntezimana, bersama ketiga terdakwa Rwanda lainnya, divonis dengan tuduhan kejahatan perang oleh Brussels Court of Assizes pada tanggal 8 Juni 2001. Permohonan banding untuk menghentikan perkara ditolak pada 9 Januari 2002, dan putusan menjadi final. Ntezimana dijatuhi hukuman dua belas tahun penjara, sedangkan yang lainnya berkisar antara dua belas sampai lima belas tahun.

dilakukan di Perancis,[60] Amerika[61] dan Kamerun.[62]

Perhatian yang lebih diberikan kepada interpretasi *Konvensi Genosida* di Kanada, dalam persidangan-persidangan Leon Mugesera, seorang kolaborator dalam rezim pra-1994, mengenai satu pidatonya pada bulan November 1992. Pidato itu seringkali disebut-sebut sebagai hasutan untuk melakukan genosida serta saat yang paling menentukan dalam mempersiapkan aksi kekejaman yang akan terjadi delapan belas bulan kemudian. Arti penting dari pidato itu disiratkan oleh Majelis Sidang dari Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda dalam perkara *Akayesu*.[63] Mugesera lari dari Rwanda, dan pada tahun 1993 mendapatkan status pengungsi dan residen permanen di Kanada. Hal ini di kemudian hari dipermasalahkan dengan dasar bahwa ia memberikan informasi yang tidak jujur kepada petugas visa mengenai keterlibatannya dalam kejahatan terhadap kemanusiaan di masa lalu. Dalam sebuah from aplikasi yang diisinya, ia ditanya apakah ia pernah 'terlibat dalam perbuatan kejahatan perang atau kejahatan terhadap kemanusiaan, seperti pembunuhan disengaja, penyiksaan, penyerangan, perbudakan, menyebabkan kelaparan atau tidakan tidak manusiawi lainnya terhadap rakyat sipil atau tawanan perang, atau deportasi rakyat sipil', dan Mugesera tidak menyatakan apapun mengenai pidatonya yang terkenal itu. Proses hukum kemudian diadakan untuk melepaskan dia dari statusnya tersebut dan untuk mengusirnya dari Kanada.

Pada 11 Juli 1996, hakim imigrasi Pierre Turmel menyimpulkan bahwa pidato Mugesera berisikan hasutan untuk melakukan genosida, dan oleh karena itu, suatu kejahatan terhadap kemanusiaan, yang berarti bahwa Mugesera tidak berhak untuk mendapatkan status pengungsi di Kanada.[64] Secara khusus Turmel merujuk kepada pasal III(c) *Konvensi Genosida*, yang melarang 'hasutan untuk melakukan genosida secara langsung dan bersifat publik'. Keputusan ini ditegaskan pada 6 November 1998 oleh panel beranggotakan tiga orang dari Majelis Imigrasi dan Pengungsi,[65] tetapi kemudian dikembalikan pada tanggal 10 Mei 2001 melalui judicial review dari Divisi Persidangan pengadilan Federal.[66] Hakim Marc Nadon

---

60 W. Bourdon, 'Detention et poursuites judiciaires en france' dalam J. F. Dupaquier (ed.), *La justice internationale face au drame rwandais* (Paris: Karthala, 1996), 205-220. Lihat juga L. reydams, 'Universal Jurisdictions over Atrocities in Rwanda: Theory and Practice', 1 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (1996), 18.

61 Lihat J. J. Paust, "The Freeing of Ntakirutimana in United States and Extradition to the International Criminal tribunal for Rwanda" 1*Y.B. International Humanitarian Law* 205 (1998); G. Sluiter, 'To Cooperate or not To Cooperate: The Case of the Failed Transfer of Ntakirutimana to the Rwanda Tribunal' 11 *Leiden Journal of International Law* (1998), 383.

62 Perkara no. 337/COR, Pengadilan Banding, 21 Februari 1997; Perkara no. 615/COR, Pengadilan Banding, 31 Mei 1996. Perkara-perkara ini turut menyumbang dalam kegagalan yang terkenal dari Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda dalam perkara *Barayagwiza: Barayagwiza v. Jaksa Penuntut* (Perkara no. ICTR-97-19-AR72), Putusan, 5 November 1999; *Jaksa Penuntut v. Barayagwiza* (Perkara no. ICTR-97-19-AR72), Putusan, 31 Maret 2000.

63 *Jaksa Penuntut v. Akayesu*, catatan kaki no. 51, paragraf 99. Juga *Jaksa Penuntut v. Kayishema & Ruzindana*, catatan kaki no. 34, paragraf 280.

64 *Mugesera v. Menteri Kewarganegaraan dan Imigrasi*, Berkas no. QML-95-00171, 11 Juli 1996 (Majelis Imigrasi dan Pengungsi, Divisi Ajudikasi), 82. Lihat W. Schabas, 'L'affaire Mugesera' 7 *Revue universelle de droits de l'homme* (1996), 193; W.A. Schabas, 'Mugesera v. Minister of Citizenship and Immigration' 93 *American Journal of International Law (1999), 529.*

65 *Mugesera v. Canada* (Perkara no. M96-10465, M96-10466), Pertimbangan dan Putusan, 6 November 1998 (Majelis Imigrasi dan Pengungsi, Divisi Banding).

66 *Mugesera et.al. v. Kanada (Menteri Kewarganegaraan dan Imigrasi)*, (2001) 4 FC 421 (TD)

dari pengadilan Federal menyatakan bahwa 'adalah absurd untuk mengatakan, dikaitkan dengan waktu yang lampau, bahwa Mr. Mugesera tahu dia telah ikut berpartisipasi dalam perbuatan kejahatan perang atau kejahatan terhadap kemanusiaan pada saat kedatangannya di Kanada, karena bahkan hakim dan Divisi Bandingpun membutuhkan beberapa tahun untuk mencapai kesimpulan itu, dengan memeriksa, memilah-milah, dan menterjemahkan bukti dan kejadian-kejadian yang terjadi di Rwanda, termasuk beberapa diantaranya yang terjadi setelah kepergian Mr. Mugesera. Mr. Mugesera tidak bisa diminta, ketika mengisi form aplikasi, untuk bisa menganalisa aspek hukum dari pertanyaan yang ada, termasuk mengenai definisi kejahatan perang atau kejahatan terhadap kemanusiaan, serta untuk menentukan kepastian hukum atas penafsiran dari tindakan-tindakan yang dilakukannya.'[67]

Hakim Nadon tidak menolak kesimpulan Majelis bahwa pidato tersebut merupakan suatu hasutan untuk melakukan genosida.[68] Meski demikian, dia menganggap Majelis telah salah dalam menyimpulkan bahwa pidato tersebut mengandung kejahatan terhadap kemanusiaan. Hakim Nadon menegaskan kurangnya pembuktian yang mengkaitkan pidato tersebut dengan pembunuhan-pembunuhan tertentu yang merupakan akibat darinya, dengan menyatakan bahwa sebagai akibatnya pidato tersebut tidak bisa dianggap sebagai kejahatan atas kemanusiaan.[69] Hakim Nadon mengembalikan perkara tersebut kepada Majelis untuk dipertimbangkan kembali, berdasarkan atas kesimpulan-kesimpulan dan izinnya untuk judicial review.[70] Keputusan ini telah dimohonkan banding pada Pengadilan Banding Federal. Putusan Hakim Nadon ini menimbulkan pertanyaan menarik mengenai kaitan antara genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, serta mengenai unsur-unsur kejahatan hasutan secara langsung dan bersifat publik untuk melakukan genosida.

Kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida ditetapkan, dengan perjanjian internasional, di masa pasca Perang Dunia Kedua, yang pertama dalam Statuta Persidangan Nuremberg,[71] sedangkan yang terakhir dalam *Konvensi* tahun 1948.[72] Selanjutnya, keduanya dirancang untuk menangani 'kejahatan' yang sama, yaitu penyiksaan dan penghancuran

[67] *Ibid.*, paragraf 38.

[68] *Ibid.*, paragraf 51.

[69] *Ibid.*, paragraf 56-57.

[70] Dalam pada itu, patut diperhatikan bahwa Majelis Banding untuk Persidangan Pidana Internasional untuk Negara-negara Bekas Yugoslavia merujuk pada putusan Pengadilan Federal dalam kasus *Mugesera* untuk mendukung pernyataannya baru-baru ini bahwa tidak ada unsur rencana atau kebijakan dalam kejahatan terhadap kemanusiaan: *Jaksa Penuntut v. Kunarac et.al.* (Perkara No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Putusan, 12 Juni 2002, fn. 114. Rujukan Majelis Banding ini membingungkan, karena masalah rencana dan kebijakan ini sedikit sekali tersentuh dalam putusan pada perkara *Mugesera*. Satu-satunya rujukan yang mungkin adalah catatan kaki no. 3, dimana Hakim Nadon mengutip Hakim Peter Cory dari Mahkamah Agung Kanada dalam *R. v. Finta*, (1994) 1 SCR 701, pada halaman 814: 'Apa yang membedakan kejahatan terhadap kemanusiaan dari tindak kejahatan lain dalam Hukum Pidana Kanada adalah tindakan-tindakan bersifat kejam dan buruk yang merupakan suatu unsur pokok dari suatu kejahatan yang dilakukan dalam rangka suatu kebijakan diskriminasi atau penyiksaan suatu kelompok atau ras yang adaÖ' Kutipan dari mahkamah Agung Kanada ini nampaknya tidak memberikan suatu sokongan kepada Majelis banding, dan sebenarnya malah terlihat berlawanan dengannya. Tetapi Majelis banding memasukkan *Mugesera* untuk mendukung pendapatnya bahwa praktek 'sangat mendukung pendapat bahwa tidak ada prasyarat semacam itu (rencana atau kebijakan) dalam hukum kebiasaan internasional'.

[71] *Perjanjian untuk Penuntutan dan Penjatuhan Hukuman bagi Penjahat-penjahat Perang Besar dari Lingkup Eropa, serta Menciptakan Piagam Persidangan Militer Internasional (I.M.T.)*, lampiran, (1951) 82 UNTS 279, pasal 6(c).

[72] Catatan kaki no. 1.

Yahudi Eropa oleh kaum rasis nazi. Piagam Persidangan Nuremberg menjelaskan mengenai kejahatan penyiksaan dalam skala yang relatif luas, tetapi kemudian sangat mempersempitnya dengan penegasan bahwa kejahatan itu dilakukan dalam kaitan dengan kejahatan perang atau kejahatan terhadap perdamaian, sehingga dengan demikian membatasi penerapannya hanya pada konteks konflik bersenjata. Konvensi Genosida mengatur secara lebih sempit yaitu mengenai kejahatan penghancuran kelompok-kelompok etnis, tetapi memperluas penerapannya dalam masa damai. Genosida bisa dianggap sebagai suatu percobaan untuk memperbaiki kekurangan dari kejahatan terhadap kemanusiaan, tetapi dengan akibat mempersempit cakupan kejahatan-kejahatan lain yang diatur oleh norma. Pendapat bahwa genosida adalah bagian-mungkin yang paling serius-dari kejahatan atas kemanusiaan banyak mendapat dukungan.[73] Tetapi putusan-putusan sidang-sidang Ad Hoc akhir-akhir ini cenderung menekankan perbedaan dibandingkan dengan persamaan diantara kedua kategori ini.[74] Dalam satu sisi, para hakim mungkin kehilangan kesempatan untuk menggabungkan kembali kedua kejahatan ini karena tidak ada lagi faktor

[73] Rancangan asli konvensi Genosida yang diajukan oleh Saudi Arabia tahun 1946, mendefinisikannya sebagai 'suatu kejahatan internasional terhadap kemanusiaan' (Doc. PBB A/C.6/86). Tetapi Resolusi Sidang Umum 96 (I) menghindari istilah tersebut (Doc. PBB E/623/Add.1 ; Doc. PBB E/AC.25/3) dan perbedaan tersebut ditetapkan dalam Resolusi Sidang Umum 180 (II) pada bulan Desember 1947. Pada saat itu, Prancis adalah salah satu dari pendukung utama bahwa Genosida dipandang sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan (misal Doc.PBB A/401/Add.3 ; Doc.PBB A/AC.10/29). Versi final dari *Konvensi* menhindarkan segala rujukan kepada kejahatan terhadap kemanusiaan (untuk perdebatan-perdebatan dalam Komite keenam, lihat : Doc.PBB A/C.6/SR.67). permasalahan ini dibicarakan dalam anotasi *Amerika v. Greifelt et.all.*, catatan kaki no.2. 40-41 (LRTWC). Dukungan untuk pandangan bahwa Genosida adalah salah satu bentuk atau kategori dari kejahatan terhadap kemanusiaan bisa ditemukan dalam bahan-bahan berikut ini: *Konvensi tentang Tidak Berlakunya Pembatasan menurut Hukum terhadap Kejahatan Perang dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan*, (1970) 754 UNTS 73, Ps I ; *Konvensi Eropa tentang Tidak Berlakunya Pembatasan menurut Hukum terhadap Kejahatan Perang dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan tanggal 25 Januari 1974*, ETS 82, Ps 1 (1) ; Laporan Kedua mengenai Rancangan Kitab Hukum tentang Kejahatan terhadap Kedamaian dan Keamanan Umat Manusia, oleh Mr. Doudou Thiam, pengawas khusus', Buku TahunanÖ1984, volume II, 93, paragrap 28-29 ; 'Laporan Komisi Hukum Internasional tentang hasil sidangnya yang keempatpuluhdelapan 6 Mei-26 Juli 1996', Doc.PBB A/51/10, hal.86 ; S.Glaser, *Droit International Penal Conventionnel* (Brussel: Bruylant, 1970), 109 ; Y. Dinstein, 'Crime Against Humanity' dalam J.Makarczyk, *Theory of International Law at The Threshold of The Twentyfirst Century* (The Hague/ London/ Boston : Kluwer Law International, 1997), 891-908, pada hal.905 ; T.Meron, catatan kaki no.23, 557 ; *Jaksa penuntut v. Tadic*, catatan kaki no.22, paragraf 140 ; *Jaksa Penuntut v. Tadic* (Perkara No.IT-94-1-T), Pendapat dan Putusan, 7 Mei 1997, paragraf 622, 655 ; *Jaksa penuntut v. Tadic* (Perkara No.IT-94-1-A), Putusan, 15 Juli 1999, paragraf 251 ; 'Laporan merigenai Keadaan Hak Asasi Manusia di Rwanda yang diajukan oleh Mr.Rene Degni-Segui, Pengawas Khusus sesuai paragraf 20 Resolusi S-3/1 tanggal 25 Mei 1994', Doc.PBB E/CN.4/1996/7, paragraf tujuh ; 'Laporan Komite Penghapusan Diskriminasi Rasial', Doc.PBB A/52/18, paragraf 159. Akhir-akhir ini, Prof. Leslie Green berpendapat bahwa 'ini adalah saat untuk menghilangkan semua pembedaan antara Genosida, pelanggaran berat, dan kejahatan perang. Semua ini hanyalah contoh dari kejahatan-kejahatan yang secara umumn disebut dengan 'Kejahatan terhadap Kemanusiaan'Ö' L.S.Green, ''Grave Breaches' or Crimes Againts Humanity' 8 U.S.A.F. *Academic Journal of Legal Studies* 19 (1997-1998), 29.

[74] *Jaksa penuntut v. Kayishema & Ruzindana*, catatan kaki no.34, paragraf 89. Persidangan Rwanda telah mengkaji bahwa hubungan antara Genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan tidaklah sempurna. Khususnya, kejahatan terhadap kemanusiaan harus ditujukan kepada suatu 'masyarakat sipil', sedangkan Genosida ditujukan kepada 'anggota dari suatu kelompok', tanpa melihat statusnya sipil atau militer (*Ibid.*.,paragraf 631). Lihat juga: *Jaksa penuntut v. Musema*, catatan kaki no.51, paragraf 366, 367,370. Pembedaan ini mungkin sangat tipis, karena sifat alamiah dari Genosida dalam praktik

penghubung yang memisahkan mereka yaitu perang tahun 1940-an. Dengan cara ini, mereka mungkin bisa mempengaruhi suatu kodifikasi yuridis yang sama dengan yang mereka lakukan dalam hal jenis-jenis kejahatan yang secara historis tetapi secara konseptual berkaitan, yaitu menggabungkan hukum Hague, hukum Jenewa dan hukum kebiasaan dibawah satu 'payung' bernama 'pelanggaran terhadap hukum-hukum atau kebiasaan perang'.[75]

Dalam hal kasus *Mugesera*, Hakim Nadon dari Pengadilan Federal Kanada seharusnya mempertimbangkan apakah genosida, seperti yang diatur dalam *Konvensi* 1948, adalah suatu kategori dari kejahatan terhadap kemanusiaan. Mengingat bahwa hukum positif di Kanada merujuk kepada kejahatan terhadap kemanusiaan dan bukan kepada genosida. Apabila Hakim Nadon berkesimpulan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan memang merupakan 'payung hukum' yang ke dalamnya genosida bisa dimasukkan, maka dia mungkin akan menemukan jawaban yang berbeda dari pertanyaannya mengenai unsur-unsur dari kejahatan menghasut untuk melakukan genosida. Hakim Nadon telah memutuskan bahwa Mugesera tidak mungkin bisa melakukan suatu kejahatan terhadap kemanusiaan karena kurangnya bukti yang menunjukkan bahwa pidatonya benar-benar menghasut orang untuk membunuh masyarakat sipil Tutsi. Padahal 'hasutan secara langsung dan bersifat publik untuk melakukan genosida', sesuai dengan yang diatur dalam Pasal III Konvensi, adalah suatu kejahatan permulaan, dan kejahatan itu sudah terjadi meskipun jika tak seorangpun benar-benar berbuat kejahatan karena kata-kata si pelaku. Hal ini bahkan bisa dilihat dengan membaca Konvensi secara literal, karena Pasal III juga melarang keterlibatan dalam melakukan genosida, dan kata "keterlibatan" itu jelas mencakup penghasutan jika terjadi akibat yang nyata. Akan sangat berlebihan bagi para perancang Konvensi untuk memasukkan suatu ketentuan khusus tentang penghasutan jika hal itu hanya salah satu bentuk partisipasi sekunder. Kenyataan ini dipahami oleh para perancang Statuta Roma. Pasal 25(3)(e) Statuta Roma menyatakan bahwa genosida bisa dilakukan dengan 'hasutan secara langsung dan bersifat publik'. Perancang Statuta Roma menolak untuk memperluas larangan ini terhadap kejahatan terhadap kemanusiaan atau kejahatan perang, meskipun hasutan 'biasa' – hasutan sebagai salah satu bentuk partisipasi dalam perbuatan kejahatan yang telah terlaksana –,

memprasyaratkannya untuk ditujukan terhadap suatu 'masyarakat sipil', bahkan jika korban-korban individunya mungkin adalah pelaku konflik. Dalam *Jaksa penuntut v. Musema*: catatan kaki no.32, Majelis Banding menyatakan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan yaitu pembantaian bukan merupakan bagian yang berderajat lebih rendah dari dan termasuk dalam Genosida, karena unsur-unsur kontekstual dari kedua kejahatan itu berbeda (paragraf 366). Dalam *Jaksa penuntut v. Krstic*, catatan kaki no.6, paragraf 575, suatu Majelis Sidang dalam Persidangan Pidana Internasional untuk Negara-Negara Bekas Yugoslavia menyimpulkan bahwa Genosida sangat menyerupai kejahatan terhadap kemanusiaan dalam bentuk penyiksaan. Majelis itu membedakan keduanya, dengan menjelaskan bahwa pelaku Genosida 'memilih korban-korbannya karena keanggotaan mereka dalam suatu masyarakat tertentu tetapi tidak harus bertujuan untuk menghancurkan komunitas tersebut' (paragraf 533 : juga paragraf 682-686). Dalam *Jaksa penuntut v. Sikirica at.al.*, catatan kaki no.41, paragraf 58, suatu Majelis Sidang lainnya dalam Persidangan Pidana Internasional untuk Negara-Negara Bekas Yugoslavia menyatakan bahwa Genosida adalah kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan itu termasuk suatu 'genus' yang sama dengan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam bentuk penyiksaan. Juga : *Jaksa penuntut v. Stakic* (Perkara No. IT-97-24-T), Putusan Mengenai Aturan 98 tentang Mosi untuk Putusan Pembebasan, 31 Oktober 2002, paragraf 26.

[75] *Jaksa penuntut v. Tadic*, catatan kaki no. 22, paragraf 65-145. Kiasan "payung hukum' berasal dari paragraf 133 dari *Jaksa penuntut v. Furundzija* (Perkara no. IT-95-17/1-T), Putusan, 10 Desember 1998.

berlaku dalam ketiga kategori kejahatan yang menjadi yurisdiksi Pengadilan.[76] Kalau saja Hakim Nadon menganggap bahwa genosida sebagai salah satu bentuk kejahatan terhadap kemanusiaan, maka hanya perlu langkah kecil untuk menyadari bahwa pidato yang menghasut untuk melakukan genosida adalah suatu kejahatan terhadap kemanusiaan meskipun jika pidato tersebut berakibat apapun. Nadon mungkin akan mendapatkan suatu kesimpulan yang sama sekali berbeda mengenai nasib Mugesera. Di lain pihak, jika hukum Kanada dan perjanjian internasional ditafsirkan secara sempit, maka kejahatan terhadap kemanusiaan tidak mencakup genosida dan tidak ada pengertian 'kejahatan permulaan' penghasutan untuk melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan. Sayangnya, alasan-alasan yang dipakai Nadon tidak mengindikasikan bahwa dia mengambil kesimpulan dengan cara seperti di atas. Putusan Nadon menimbulkan kesan adanya perlakuan yang dangkal terhadap permasalahan yang menarik dan kompleks tersebut.

3. Pengadilan Tingkat Nasional dan 'Pembersihan Etnis' di Negara-negara bekas Yugoslavia

Persidangan Pidana Internasional untuk Negara-negara bekas Yugoslavia sempat bersinggungan dengan satu persidangan nasional dalam kasus genosida pertama, kasus Dusko Tadic. Proses persidangan Tadic sudah dimulai di pengadilan Jerman ketika jaksa penuntut Richard Goldstone tertarik terhadap kasus Tadic. Di Jerman, Tadic didakwa melakukan genosida. 'Kami terkejut dengan kenyataan bahwa Jerman tidak mempunyai bukti spesifik dalam dakwaan mereka', Deputy Jaksa Penuntut Graham Blewitt berkata kepada Profesor Michael Scharf dalam suatu wawancara untuk bukunya mengenai sidang tersebut. 'Mereka mencoba untuk membuktikannya hanya berdasarkan kesaksian dari seorang saksi ahli. Tetapi kami pikir akan sulit untuk membuktikan adanya genosida dalam kasus Tadic'.[77] Tadic didakwa – dan divonis – oleh Persidangan Internasional baik atas tuduhan kejahatan terhadap kemanusiaan maupun pelanggaran-pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang, tetapi tidak untuk genosida. Dalam beberapa kasus lainnya yang berkaitan dengan kamp-kamp yang dijalankan oleh kaum Bosnia Serbia di kawasan Prijedor, Jaksa Penuntut gagal dalam usahanya untuk membuktikan bahwa genosida telah terjadi.[78]

Beberapa saat setelah Perjanjian Dayton yang dibuat pada November 1995, penuntutan di hadapan pengadilan Bosnia dan Herzegovina diatur dengan 'aturan jalanan'. Dalam kenyataannya, Jaksa Penuntut dari Persidangan Pidana Internasional adalah penjaga pintu bagi penuntutan nasional di hadapan pengadilan

[76] Lihat, misalnya: Dok. PBB A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4, hal. 3; Dok. PBB A/CONF.183/C.1/L.76/Add.3, hal. 2.

[77] M. Scharf, *Balkan Justice* (Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 1997), 101.

[78] *Jaksa penuntut v. Sikirica et.al.*, catatan kaki no. 41. Kasus-kasus yang sama sedang tertunda, tetapi seperti halnya *Sikirica*, kemungkinannya untuk berhasil patut dipertanyakan: *Jaksa penuntut v. Meakic* (Perkara no. IT-95-4-I), Dakwaan, 13 Februari 1995; *Jaksa penuntut v. Meakic* (Perkara no. IT-95-4-I), Dakwaan, 3 Juni 1998; *Jaksa penuntut v. Meakic, Gruban dan Knezevic* (Perkara no. IT-95-4-I), Dakwaan yang Ditambah, 18 Juli 2001; *Jaksa penuntut v. Karadzic dan Mladic* (Perkara no. IT-95-5-I), Dakwaan, 24 Juli 1995; *Jaksa penuntut v. Drijaca dan Kovacevic* (Perkara no IT-97-24-I), Dakwaan, 13 Maret 1997; *Jaksa penuntut v. Drijaca, Kovacevic & Stakic* (Perkara no. IT-97-24-I), Dakwaan, 13 Maret 1997;

negara bagian.[79] 'Hukum Jalanan' adalah suatu persetujuan yang dicapai oleh para negara penandatangan Kesepakatan Dayton, yang mengatur perintah-perintah, jaminan dan surat-surat dakwaan harus lebih dulu dikaji dan dinilai konsisten dengan standar hukum Persidangan Internasional. Tampaknya, sejak saat itu tidak ada penuntutan perkara genosida di pengadilan negara Bosnia dan Herzegovina, meskipun terdapat satu perkara pra-Dayton yang menarik perhatian internasional. Sretko Damjanovic dan Borislav Herak dijatuhi hukuman mati atas tuduhan melakukan genosida pada tanggal 12 Maret 1993, oleh Pengadilan Militer Distrik (*Okruzni Vodni Sud*) Bosnia dan Herzegovina, yang bersidang di Sarajevo. Putusan tersebut didasarkan pada pasal 141 Hukum Pidana Republik Sosialis Federal Yugoslavia yang dimasukkan ke dalam hukum Republik Bosnia dan Herzegovina pada tahun 1992. Putusan itu dikukuhkan oleh Mahkamah Agung (*Vrhovni Sud*) pada tanggal 30 Juli 1993, juga oleh Mahkamah Agung yang baru diangkat pada sidang ketiga, 29 Desember 1993. Kejahatan-kejahatan yang mereka lakukan mencakup tujuh pembunuhan, dua perkosaan dan satu penculikan. Damjanovic berhasil mempertahankan pembelaannya di hadapan majelis Hak Asasi Manusia untuk Bosnia dan Herzegovina – yang dibentuk sebagai hasil Perjanjian Dayton – bahwa suatu hukuman mati melanggar Pasal 2 Konvensi Hak Asasi Manusia Eropa yang merupakan bagian dari hukum konstitusional negara tersebut.[80]

Juga terdapat satu putusan genosida yang tidak diumumkan oleh Pengadilan Distrik Osijek di Kroasia pada tanggal 25 Juni 1997, menyangkut seorang Serbia yang ikut serta dalam perbuatan 'pembersihan etnis' di desa Branjina pada masa perang tahun 1991. 'M.H.' terlibat, dengan orang Serbia lainnya, dalam suatu pemerintahan lokal setelah pendudukan Tentara Nasional Yugoslavia. Beberapa jenis kejahatan dijatuhkan padanya, tetapi tidak termasuk pembunuhan. Kejahatan-kejahatan itu termasuk membuat kartu identitas, memaksa orang Kroasia untuk ikut dalam unit paramiliter Serbia dengan ancaman pengusiran dari desa jika mereka menolak, pelaksanaan jam malam, perusakan hak milik, kerja paksa, penahanan, pengambilan sandera, 'mempersenjatai kaum gipsi dan mendorong mereka untuk menembaki rumah orang Kroasia', penjarahan dan pengusiran. Dia dijatuhi hukuman penjara selama lima tahun sesuai Pasal 119 Hukum Pidana Dasar Republik Kroasia. Pengadilan menyatakan bahwa untuk melakukan genosida, maka cukup dengan membuktikan bahwa ia melakukan satu perbuatan terhadap satu korban dengan catatan bahwa perbuatan tersebut dimaksudkan untuk menghancurkan suatu kelompok masyarakat secara sebagian atau keseluruhan. Pengadilan berkesimpulan bahwa M.H. ikut serta dalam perwujudan rencana untuk membentuk suatu Serbia Raya, dan membersihkan secara etnis desa Branjina.[81] Putusan yang tidak jelas ini sangat aneh, dan hanya konstruksi kejahatan genosida yang paling liberal yang bisa mengkaitkannya dengan perbuatan-

[79] Laporan Persidangan Pidana Internasional tentang Penuntutan Orang-orang yang Bertanggung Jawab atas Pelanggaran Serius Hukum Humaniter Internasional yang Terjadi di Wilayah Negara-negara Bekas Yugoslavia Sejak 1991', Dok. PBB A/51/292 - S/1996/665, paragraf 80-82. Laporan Tahunan berikutnya mengandung tulisan singkat mengenai implementasi dari program tersebut, terutama tentang dukungannya dalam kasus-kasus serta rendahnya dukungan dari komunitas donor internasional.

[80] *Damjanovic v. Federasi Bosnia dan Herzegovina* (Perkara no. CH/96/30), 5 September 1997, Putusan tentang Kemungkinan Jalan Masuk dan Jasa tahun 1996-1997, 147.

[81] Bisa dilihat di http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/ (dikunjungi oleh penulis pada tanggal 03/01/03)

perbuatan semacam itu untuk dibuktikan di depan pengadilan.

Jaksa Penuntut pada Persidangan Pidana Internasional untuk negara-negara bekas Yugoslavia belum memberikan satu dakwaan pun – setidaknya belum ada yang diumumkan – berkaitan dengan dugaan adanya genosida dalam perang Kroasia tahun 1991. Perkara Slobodan Milosevic pun hanya dibatasi pada kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan.[82] Meski demikian, pada bulan Juli 1999 Kroasia mengirimkan gugatan melawan Republik Federal Yugoslavia kepada Mahkamah Internasional berdasarkan Pasal IX Konvensi Genosida 1948, – suatu klausa kompromistis yang memberikan yurisdiksi bagi Mahkamah untuk menangani kasus-kasus berkaitan dengan 'penafsiran, penerapan dan pemenuhan' perjanjian tersebut –.[83]

Para pengamat juga berkeinginan untuk menyamakan pembersihan etnis dengan genosida dalam konflik Kosovo. Akan tetapi dalam hal ini Jaksa Penuntut Persidangan Pidana Internasional untuk Negara-negara Bekas Yugoslavia juga melakukan pendekatan dengan hati-hati. Dapat dicontohkan, dalam satu surat dakwaan untuk Slobodan Milosevic dan empat pembantunya, dakwaannya dibatasi hanya pada kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan.[84] Milosevic sendiri menuduh beberapa negara anggota NATO melakukan genosida atas dasar pasal IX Konvensi Genosida dalam surat gugatan Yugoslavia pada Mahkamah Internasional bulan April 1999. Meskipun secara yurisdiksi gugatan cukup aman, tetapi dari segi kasus gugatan hal ini tidak masuk akal. Keadaan yang agak berbeda terjadi berkaitan dengan klaim lainnya, bahwa negara-negara NATO melanggar larangan penggunaan kekuatan perang.[85]

Di bawah payung Kantor Persatuan Bangsa Bangsa di Kosovo, dunia internasional terlibat secara signifikan dalam proses penuntutan yang masih berskala nasional. Keterlibatan ini termasuk percobaan menghukum kejahatan genosida. Dalam suatu putusan final tentang perkara semacam itu, Mahkamah Agung Kosovo menolak hukuman bagi Miroslav Vuckovic atas tuduhan genosida yang dijatuhkan oleh Pengadilan Distrik Mitrovica sesuai dengan Pasal 141 Hukum Pidana Yugoslavia. Majelis Mahkamah Agung beranggotakan dua 'hakim internasional', Renate Winter dari Austria dan Patrice de Charette dari Prancis dan seorang berkewarganegaraan Yugoslavia. Menurut Mahkamah Agung, 'pemerasan yang dilakukan oleh rezim Milosevic *[sic]* pada tahun 1999 tidak bisa dikualifikasikan sebagai perbuatan kejahatan genosida, karena tujuan mereka bukanlah penghancuran etnis Albania baik seluruh maupun sebagian. Kepindahan mereka dengan paksa dari Kosovo adalah akibat dari *[sic]* kampanye teror yang sistematis termasuk pembunuhan-pembunuhan, perkosaan, pembakaran dan perlakuan yang buruk. Kejahatan semacam itu berhubungan dengan definisi kejahatan terhadap kemanusiaan sesuai hukum internasional (rencana penyerangan yang berskala luas dan sistematis terhadap masya-

---

82 *Jaksa Penuntut v. Milosevic* (Perkara No. IT-01-50-I), Surat Dakwaan, 8 Oktober 2001; *Jaksa Penuntut v. Milosevic* (Perkara No. IT-01-50-T), Surat Dakwaan Tambahan Pertama, 23 Oktober 2002.

83 *Penerapan Konvensi untuk Pencegahan dan Penghukuman Tindak Pidana Genosida (Kroasia v. Yugoslavia)*, Penerapan, 2 Juli 1999.

84 *Jaksa Penuntut v. Milosevic et. al.* (Perkara No. IT-99-37-I), Surat Dakwaan, 22 Mei 1999; *Jaksa Penuntut v. Milosevic et. al.* (Perkara No. IT-99-37-I), Surat Dakwaan Tambahan, 29 Juni 2001; *Jaksa Penuntut v. Milosevic et. al.* (Perkara No. IT-99-37-PT), Surat Dakwaan Tambahan Kedua, 16 Oktober 2001.

85 *Legalitas Penggunaan Kekuatan Perang (Yugoslavia v. Belgia et. al.)*, Penerapan, 29 April 1999.

rakat sipil dalam masa perang) atau bisa dikualifikasikan sebagai kejahatan perang.'[86] Penuntut Umum Internasional, Michael Hatmann, mengakui terdapat kurangnya bukti atas niat untuk melakukan genosida, dengan demikian putusan genosida terhadap Vuckovic tidak bisa dipertahankan.[87]

Jadi, berlawanan dengan apa yang terjadi di Rwanda, – dimana beribu-ribu orang telah diadili atas tuduhan genosida–, hanya sedikit yang sudah diadili diantara berbagai entitas yang ada di bekas Republik Federal Yugoslavia. Padahal terdapat kenyataan tidak adanya halangan yuridis karena kejahatan genosida dan bentuk hukuman – hukuman mati – pun telah diatur sesuai dengan pasal 141 Hukum Pidana Yugoslavia, – hukum yang telah berlaku pada saat konflik berlangsung –. Seperti halnya di Rwanda, terdapat sedikit sekali penuntutan berskala nasional di berbagai negara Eropa yang didasarkan pada prinsip yurisdiksi universal.

Upaya awal untuk menuntut Dusko Tadic di Jerman telah dilakukan. Kasus-kasus lain yang berkaitan dengan Bosnia juga disidangkan di pengadilan negara tersebut. Meskipun penuntutan Tadic tidak berlangsung lama, karena Jaksa Penuntut dari Persidangan ad hoc memohon prioritas bagi yurisdiksinya,[88] kasus itu telah menimbulkan suatu preseden mengenai penuntutan warga negara non-Jerman untuk suatu perbuatan yang dilakukan di luar Jerman. Dalam kasus Tadic, seorang hakim penyidikan dari Pengadilan federal memberikan dua pembatasan bagi penerapan yurisdiksi universal: bahwa tidak ada ketentuan dalam hukum internasional yang melarang penuntutan semacam itu, serta bahwa terdapat suatu kaitan yang cukup atau 'titik hubungan yang sah' (*legitimierende Anknupfungspunkte*) dengan Jerman. Seperti dijelaskan oleh Hakim, persyaratan kedua sebenarnya berkaitan dengan yang pertama, serta mendapatkan justifikasi dengan penghormatan atas prinsip non-intervensi terhadap urusan domestik Negara lain. Hakim penyidikan menegaskan bahwa kedua syarat ini telah terpenuhi karena Tadic telah berdiam di Jerman selama beberapa bulan dan ditangkap di sana, perbuatan yang didakwakan kepadanya berkaitan dengan pelanggaran-pelanggaran serius lainnya yang penuntutannya diwajibkan oleh hukum perjanjian internasional, serta adanya kenyataan bahwa Jerman dan masyarakat internasional lainnya telah bereaksi keras terhadap konflik negara bekas Yugoslavia tersebut dan telah melakukan langkah-langkah politis, militer dan kemanusiaan untuk menanganinya.[89] Tadic kemudian ditransfer ke The Hague, dan meskipun ia mempermasalahkan penyerahannya ke Persidangan Internasional tersebut,[90] tidak terlihat adanya upaya banding terhadap putusan Pengadilan Federal Jerman itu. Tetapi dua persyaratan untuk penerapan yurisdiksi universal dalam penuntutan kejahatan genosida kemudian dipertahankan oleh pengadilan-pengadilan Jerman lainnya, termasuk Mahkamah Konstitusi

86 Vuckovic, Mahkamah Agung Kosovo, 31 Agustus 2001, AP.156/2001.

87 Pendapat mengenai Upaya Banding Putusan Genosida Miroslav Vuckovic', Kantor Jaksa Penuntut Umum Kosovo, 30 Agustus 2001.

88 *Jaksa Penuntut v. Tadic* (Perkara no. IT-94-1-D), Putusan Majelis Sidang untuk Pengajuan Permohonan Formal dari Jaksa Penuntut untuk Penangguhan Kompetensi Persidangan Pidana Internasional untuk Negara-negara Bekas Yugoslavia dalam Perkara Dusko Tadic (Sesuai dengan Peraturan 9 dan 10 dari Peraturan-peraturan tentang Prosedur dan Pembuktian), 8 November 1994.

89 Dusko Tadic, *BGH-Ermittlungsrichter* (Pengadilan Federal), 13 Februari 1994, BGs 100/94

90 *Jaksa Penuntut v. Tadic*, catatan kaki no. 22, paragraf 49-64.

Federal.[91] Undang-undang Jerman untuk Kejahatan yang Bertentangan dengan Hukum Internasional yang baru (*Voelkerstrafgesetzbuch*), yang mulai berlaku tanggal 1 Juli 2002, nampaknya menghapuskan kedua persyaratan buatan hakim ini dalam penerapan yurisdiksi universal.[92]

Penerapan kedua kriteria ini dalam penuntutan-penuntutan genosida menimbulkan sebuah masalah yang menarik, karena Pasal VI dari *Konvensi* tahun 1948 tidak mengatur adanya yurisdiksi universal. Jika kita membaca travaux preparatoires dari ketentuan itu maka jelas mengindikasikan adanya kemungkinan penerapan yurisdiksi universal. Meski demikian, – dimulai dengan keputusan perkara *Eichmann* – ada kecenderungan untuk memperlakukan Pasal VI sebagai ketentuan yang bersifat permisif. Pengadilan-pengadilan Jerman kemudian mengikuti pendekatan ini. Dalam salah satu keputusannya, Pengadilan Tinggi Regional di Dusseldorf merujuk pada 'penafsiran non-eksklusif yang diterima secara umum dari Pasal VI Konvensi Genosida tahun 1948' untuk mendukung batasan pertama dari yurisdiksi universal. Batasan itu menyebutkan tidak adanya larangan untuk melakukan penuntutan berdasar pada yurisdiksi universal dalam hukum internasional.[93] Mahkamah Konstitusi Federal mempertahankan keputusan dari pengadilan yang lebih rendah, dan menyatakan bahwa suatu norma hipotetis dari hukum kebiasaan internasional yang melarang penerapan yurisdiksi universal akan bertentangan dengan ketentuan yang melarang genosida. Ketentuan tersebut merupakan norma yang pasti atau *jus cogens*.[94]

Nicolai Jorgic, seorang Serbia Bosnia, diputus telah melakukan kejahatan genosida dan dihukum penjara seumur hidup oleh Pengadilan Tinggi Regional Dusseldorf.[95] Si pelaku bertindak sebagai sekutu/pembantu dalam sebelas kasus genosida yang berbeda yang melibatkan pembunuhan. Pengadilan menyimpulkan bahwa perbuatan-perbuatan ini dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan suatu kelompok etnis. Dalam kasus yang lain, pengadilan yang sama menjatuhkan hukuman sembilan tahun terhadap seorang Serbia Bosnia karena berpartisipasi dalam kejahatan genosida tahun 1992.[96] Dalam kasus yang lain lagi, putusan-putusan dijatuhkan oleh Pengadilan Tinggi Regional Bavaria atas pelanggaran atas Konvensi Jenewa tetapi tidak untuk

---

91 Nikolai Jorgic, *Bundesverfassungsgericht* (Mahkamah Konstitusi Federal), Majelis Keempat, Senat Kedua, 12 Desember 2000, 2 BvR 1290/99. Pengadilan Federal, dalam putusan bandingnya dari Pengadilan Tinggi Regional Dusseldorf, menyatakan bahwa 'hubungan' dengan Jerman bukan merupakan prasyarat jika terdapat kewajiban yang berasal dari perjanjian internasional untuk melakukan penuntutan. Tetapi tampaknya dalam hal ini Pengadilan merujuk pada dakwaan pelanggaran berat Konvensi Jenewa dan bukan pada dakwaan genosida, karena tidak ada penafsiran perjanjian internasional yang menyatakan bahwa Pasal VI *Konvensi* 1948 membebankan suatu kewajiban untuk menerapkan yurisdiksi universal; Maksim Sokolovic, *Bundesgerichtshof* (Pengadilan Federal), Senat Pidana Ketiga, 21 Februari 2001, 3 StR 372/00.

92 Lihat G. Werle dan F. Jessberger, 'International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes Against International Law' 13 *Criminal Law Forum* (2002), akan terbit; F. Jessberger, 'Prosecuting International Crimes in Domestic Courts: A Look Back Ahead' 12 *Finnish YB International Law* (2001), akan terbit.

93 Nikolai Jorgic, *Oberlandesgericht Dusseldorf* (Pengadilan Tinggi Regional Dusseldorf), 26 September 1997, IV-26/96, banding ditolak; Nikolai Jorgic, *Bundesgerichtshof* (Pengadilan Federal), 30 April 1999, 3 StR 215/98F.

94 Nikolai Jorgic, catatan kaki no. 91.

95 Nikolai Jorgic, *Oberlandesgericht Dusseldorf* (Pengadilan Tinggi Regional Dusseldorf), 26 September 1997, IV-26/96.

96 Maksim Sokolovic, *Oberlandesgericht Dusseldorf* (Pengadilan Tinggi Regional Dusseldorf), 29 November 1999, banding ditolak; Maksim Sokolovic, *Bundesgerichtshof* (Pengadilan Federal), Senat Pidana Ketiga, 21 Februari 2001, 3 StR 372/00.

kejahatan genosida. Persidangan ini diadakan setelah Persidangan ad hoc memutuskan untuk tidak menyidangkannya. Perkara ini berkaitan dengan suatu insiden penembakan lima belas Muslim Bosnia di sebuah jembatan dekat Foca pada tanggal 22 Juni 1992. Pengadilan Tinggi Regional Bavaria menyimpulkan bahwa si terdakwa 'tidak mempunyai *mens rea* [untuk melakukan genosida]. Pengadilan bersandar pada pembelaan terdakwa yang menyatakan bahwa dia tidak memandang kebijakan 'pembersihan etnis' sebagai dasar alasannya dalam melakukan perbuatan itu.'[97]

Dalam hal elemen pokok genosida, pengadilan-pengadilan Jerman telah mengambil suatu cara pandang yang relatif ekspansif, dengan cenderung untuk menyamakan perbuatan pembersihan etnis dengan genosida. Sehingga, 'maksud untuk menghancurkan' yang dinyatakan dalam *chapeau* Pasal II *Konvensi* tidak harus dalam bentuk penghancuran suatu kelompok secara fisik. Cukuplah dengan membawa kelompok tersebut ke dalam suatu keadaan yang mungkin mengakibatkan kehancuran mereka.[98] Dalam suatu keputusannya baru-baru ini, Mahkamah Konstitusi Federal Jerman menyatakan:

> *definisi menurut hukum dari genosida melindungi secara hukum obyek-obyek supra-individual, misalnya eksistensi sosial dari suatu kelompok [...] maksud untuk menghancurkan kelompok tersebut [...] menjangkau lebih dari penghancuran secara fisik dan biologis [...] Oleh karena itu, teks dari hukum tidak memaksakan penafsiran bahwa maksud si pelaku kejahatan harus untuk menghancurkan secara fisik setidaknya sejumlah besar anggota dari kelompok tersebut.*[99]

Sangatlah mungkin untuk menghancurkan suatu kelompok dengan menyerang ekonomi, budaya, bahasa dan agamanya. Versi awal dari *Konvensi* sebenarnya memasukkan genosida 'budaya' bersamaan dengan penghancuran fisik dan biologis. Akan tetapi hal ini kemudian ditiadakan ketika para perancang mempersempit cakupan definisi tersebut.[100] Penyebutan perbuatan-perbuatan genosida dalam masing-masing paragraf pada Pasal II, dengan pengecualian pemindahan anak-anak dengan paksa, menggambarkan keputusan ini. Sangatlah disayangkan bahwa *Konvensi* tidak mencakup genosida budaya. Selama bertahun-tahun telah banyak usulan untuk melakukan amandemen. Akan tetapi apabila kita mengabaikan maksud para perancang, pengkajian literal dari *chapeau* Pasal II, yang menggunakan kata 'menghancurkan' tanpa kata sifat yang melengkapinya, sebenarnya bisa memberi tempat bagi penafsiran progresif yang diberikan oleh pengadilan Jerman. Tampaknya penafsiran tersebut memberikan inspirasi bagi Majelis Sidang dari Persidangan Pidana Internasional untuk Negara-negara Bekas Yugoslavia yang pada akhirnya berkesimpulan bahwa Pembantaian Srebrenica bulan Juli 1995 bisa dianggap sebagi genosida.[101]

Tahun 1994, Austria melaksanakan suatu proses persidangan untuk seorang

[97] Novislav Djajic, *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 23 Mei 1997, 3 St 20/96, dikutip dalam 1998 Neue juristische Woschenschrift 392. Lihat C. J. M. Safferling, 'Public Prosecutor v. Djajic' 92 *American Journal International Law* (1998), 528.

[98] Kjuradj Kuslijc, *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 15 Desember 1999, 6 St 1/99, banding ditolak; Kjuradj Kuslijc, *Bundesgerichtshof* (Pengadilan Federal), 21 Februari 2001, BGH 3 Str 244/00.

[99] Nikolai Jorgic, catatan kaki no. 91, paragraf (III)(4)(a)(aa).

[100] Dok. PBB A/C.6/SR.83.

[101] Dikutip dalam *Jaksa Penuntut v. Krstic*, catatan kaki no. 6, paragraf 579.

Serbia Bosnia, Dusko Cvjetkovic, untuk perbuatan genosida yang diduga dilakukan di Kucice, Bosnia dan Herzegovina bagian tengah. Terdakwa mempermasalahkan legalitas penahanannya dan pada tanggal 1 Juni 1994, Mahkamah Agung Regional (Linz) memutuskan bahwa ia ditangkap sesuai hukum dan bahwa pengadilan Austria bisa menerapkan yurisdiksinya. Keputusan ini ditegaskan oleh Mahkamah Agung (*Oberster Gerichtshof*) Austria pada tanggal 13 Juli 1994. Salah satu persyaratan dalam hukum Austria untuk penerapan yurisdiksi universal adalah tidak mungkinnya dilakukan ekstradisi. Dalam hal ini, Mahkamah Agung merujuk pada Pasal VII Konvensi tahun 1948, yang meniadakan pengecualian kejahatan politik dalam kasus-kasus genosida. Akan tetapi Mahkamah Agung mengatakan bahwa halangan sesungguhnya untuk melakukan ekstradisi bersifat praktis. Cvjetkovic akhirnya dibebaskan dari tuduhan karena kurangnya bukti.[102]

4. Komentar dan Kesimpulan

Konvensi Genosida seringkali dikritik atas sempitnya definisi yang diberikan serta lemahnya kewajiban-kewajiban untuk menegakkannya. Akan tetapi praktik yang terjadi akhir-akhir ini menunjukkan bahwa konvensi tersebut telah menunjukkan manfaatnya. Definisi yang ada telah cukup untuk menghasilkan putusan-putusan dan ketentuan-ketentuan yang baik tentang yurisdiksi pada satu-satunya kasus genoside yang benar-benar nyata sejak 1948, yaitu penghancuran secara fisik kaum minoritas Tutsi di Rwanda selama tiga bulan pada tahun 1994. Kombinasi yang diusulkan oleh Pasal VI, yaitu pengadilan tingkat nasional di negara dimana kejahatan itu terjadi dan suatu persidangan internasional, telah menjamin tiadanya keadaan tanpa hukuman untuk kekejaman tersebut. Keberhasilan yang relatif sama tidak dapat diperoleh dalam kasus-kasus lain dimana istilah genosida terkadang digunakan; Kamboja, Chili, Sabra dan Shatilla, Kosovo, Guatemala, bahkan Bosnia dan Herzegovina.

Ketika Pasal VI dirancang, banyak yang berpendapat bahwa ketentuan tersebut akan menjadi tidak efektif karena yurisidiksi nasional tidak akan mau untuk mengadili. Genosida biasanya berkaitan dengan rencana atau kebijakan Negara,[103] maka banyak yang meramalkan bahwa pertimbangan politis akan memastikan para pelaku akan terlindung dari proses hukum. Tentu saja hal ini tidak terjadi di Rwanda, karena orang-orang yang selamat dari pihak korban menjadi pemenang perang sipil, dan sampai saat ini mereka bersikap tanpa kompromi untuk mengadili para pelaku kejahatan tersebut. Sindrom impunitas tampaknya lebih bisa diterapkan dalam kasus-kasus lain yang sudah disebutkan. Akan tetapi harus dinyatakan bahwa dalam kasus-kasus lainnya, meski terjadi kekejaman massal yang tidak diragukan lagi, – kejahatan perang atau kejahatan terhadap kemanusiaan –, dalam setiap kasus terdapat kesulitan-kesulitan yuridis untuk memasukkan kejahatan-kejahatan tersebut dalam definisi genosida.

Yurisdiksi universal dikatakan sebagai jawaban atas kekurangan yang dimiliki oleh Pasal VI. Akan tetapi meskipun hal itu mendapat banyak perhatian dalam pem-

---

[102] Cvjetkovic, *Landesgericht Saltzburg*, 31 Mei 1995. Sejarah kasus ini dibicarakan dalam A. Marschik, 'European National Approaches to War Crimes' dalam T. L. H. McCormack dan G. J. Simpson, *The Law of War Crimes, National and International Approaches* (The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1997), 65-102, hal. 79-81.

[103] Meskipun sudah dinyatakan bahwa ini bukanlah suatu unur dari kejahatan tersebut: *Jaksa Penuntut v. Jelisic* (Perkara no. IT-95-10-A), Putusan, 5 Juli 2001, paragraf 48; *jaksa Penuntut v. Sikirica*, catatan kaki no. 41, paragraf 62.

bahasan akademis, yurisdiksi universal lebih banyak menimbulkan perhatian daripada hasil dalam hal penuntutan genosida. Dalam hal ini pula, jika dibandingkan dengan keberhasilan (relatif) pengadilan nasional Rwanda atau persidangan-persidangan ad hoc, penuntutan genosida atas dasar yurisdiksi universal amatlah sedikit. Cukup menarik perhatian bahwa dalam sedikit penuntutan genosida yang berdasar pada yurisdiksi universal, pengadilan nasional memilih untuk melampaui cakupan Pasal VI. Hakim-hakim di Israel, Jerman, Austria dan Spanyol[104] telah menegaskan bahwa Pasal VI Konvensi sama sekali tidak melarang penerapan yurisdiksi universal.[105] Kesimpulan ini bertentangan dengan *travaux preparatoires* dari Konvensi. Dalam perkara *Eichmann*, pengadilan Israel menggunakan hukum kebiasaan internasional, yang menegaskan bahwa hukum ini melampaui cakupan Konvensi dan memperbolehkan penerapan yurisdiksi universal dalam hal genosida. Meskipun hasilnya terlihat menggembirakan, tampaknya berlebihan untuk berpendapat bahwa unsur kebiasaan itu ada, jika negosiasi-negosiasi yang bermaksud untuk meyusun kodifikasi kewajiban-kewajiban internasional yang dilaksanakan satu dekade sebelumnya, secara spesifik menolak norma tersebut. Mungkin memang demikian kenyataannya. Akan tetapi jika pada tahun 1948 Negara-negara pada umumnya menentang yurisdiksi universal bagi genosida, keadaan tersebut sekarang jelas telah berubah. Dalam hal meningkatnya penerimaan yurisdiksi universal oleh pengadilan-pengadilan nasional seperti yang diindikasikan oleh survey kasus-kasus ini, meski terdapat batasan dalam Pasal VI, harus pula ditambahkan perubahan-perubahan dalam legislasi nasional di negara-negara seperti Jerman[106] dan Kanada[107] baru-baru ini. Kedua negara tersebut secara eksplisit memperbolehkan yurisdiksi universal untuk perkara-perkara genosida. Ironisnya, para perancang Pasal VI mempunyai kekhawatiran bahwa pengadilan nasional tidak akan mau menyidangkan genosida karena adanya pertimbangan-pertimbangan politis. Akan tetapi pertimbangan politis terbukti sama relevannya, atau mungkin lebih, dalam menjelaskan kurangnya penuntutan kasus genosida berdasarkan yurisdiksi universal. Bagaimanapun juga, cukup terlihat bahwa halangan-halangan yuridis dengan cepat semakin terkikis.

Dalam hal rintangan yang bersifat politis, diharapkan agar stigma penentuan *admisibility* Mahkamah Pidana Internasional, sesuai dengan pasal 17 dan 18 Statuta Roma, akan mendorong Negara-negara untuk mengadili para tersangka pelaku genosida yang berada dalam wilayah mereka, walaupun tidak terdapat kaitan lainnya dengan kejahatan tersebut. Tidak ada kewajiban semacam itu yang diatur secara eksplisit dalam Statuta Roma. Pernyataan norma yang paling mendekati

104 D. Previas, Audiencia Nacional, Majelis Pidana, 13 Desember 2000, Perkara no. 331/99 (tentang dugaan terjadinya genosida di Guatemala).

105 Tetapi lihat beberapa kasus di Perancis yang mengambil pandangan sebaliknya: *In re Javor*, Ordonnance, *N. Parquet* 94052 2002/7, *Tribunal de grande instance, Paris*, 6 Mei 1944; *Javor, Cour d'appel*, no. A94/02071, 24 November 1994; *Javor, Arret no. 132, Cour de cassation, Chambre criminelle*, 26 Maret 1996; *Dupaqier and Gatari v. Zigiranyirazo and Nahimana, Ordonnance d'incompetence, N. Parquet* 94325 2005/6, *Tribunal de grande instance, Paris*, 23 Februari 1995. Peraturan yang disahkan pada tahun 1996 tidak sesuai dengan penafsiran ini: *Muynyeshyaka, Arret No. 82, Cour de cassation, Chambre criminelle*, 6 Januari 1998, dicetak ulang dalam 102 *Revue generale de droit international public* (1998), 825 dan, terjemahan bahasa Inggrisnya, dalam 1 *International YB Humanitarian Law* (1998), 598.

106 Catatan kaki no. 92.

107 *Undang-undang tentang Kejahatan terhadap Kemanusiaan dan Kejahatan Perang, S.C.* 2000, c.24.

terdapat dalam paragraf ambigu dalam pembukaan: 'Mengingat bahwa, adalah kewajiban semua negara untuk menerapkan yurisdiksi pidananya terhadap semua orang yang bertanggungjawab atas kejahatan-kejahatan internasional'.

Banyak perkara tingkat nasional yang seringkali merujuk pada hukum kebiasaan internasional, terutama dalam hal yurisdiksi universal. Pernyataan-pernyataan semacam itu tidak pernah disertai adanya upaya yang paling sederhana sekalipun untuk menunjukkan eksistensi unsur-unsur hukum kebiasaan internasional. Pengadilan Distrik Yerusalem, dalam perkara *Eichmann*, tampaknya adalah yang pertama yang secara langsung menyatakan eksistensi norma-norma hukum kebiasaan yang bisa diterapkan dalam penuntutan kejahatan genosida tanpa merujuk pada bukti-bukti yang mendukung. Tradisi ini terus berlanjut. Seringkali, ini terus menerus bertambah sehingga menjadi klaim yang benar-benar serampangan, yaitu bahwa norma kebiasaan semacam itu juga merupakan prinsip yang pasti atau *jus cogens*, tanpa penjelasan.[108] Tanpa keinginan untuk terlalu ilmiah, dalam hal ini terdapat kurangnya ketelitian serta adanya penggunaan istilah hukum yang sembrono dalam pembahasan semacam itu.

Dalam pendangan hukum tentang reservasi Konvensi Genosida, Mahkamah Internasional menyatakan bahwa asal usul dari Konvensi menunjukkan adanya keinginan Persatuan Bangsa-bangsa untuk mengutuk dan menghukum genosida sebagai 'suatu kejahatan menurut hukum internasional' yang berkaitan dengan peniadaan hak hidup dari keseluruhan kelompok manusia, suatu pemusnahan yang mengguncang hati nurani umat manusia dan mengakibatkan kekalahan besar bagi kemanusiaan. Hal itu merupakan sesuatu yang bertentangan dengan kaidah moral dan jiwa serta tujuan Persatuan Bangsa Bangsa. Konsekuensi pertama yang timbul dari konsepsi ini adalah bahwa prinsip-prinsip yang melatarbelakangi Konvensi merupakan prinsip yang diakui mengikat secara hukum oleh bangsa-bangsa yang beradab, meskipun tanpa adanya kewajiban-kewajiban konvensional'.[109] Pandangan hukum tersebut biasanya dikutip sebagai dasar untuk mengatakan bahwa Konvensi Genosida memuat suatu kodifikasi dari norma-norma kebiasaan, meskipun suatu penelaahan yang mendalam dari kutipan di atas menunjukkan bahwa hal itu tidak sepenuhnya benar. Mahkamah membatasi diktumnya pada 'prinsip-prinsip yang melatarbelakangi Konvensi' dan, dengan rujukannya pada gagasan semacam 'kaidah moral' dan 'bangsa-bangsa yang beradab', Mahkamah tampaknya lebih menempatkannya pada tingkat prinsip-prinsip hukum umum daripada prinsip kebiasaan.

Pengadilan nasional sudah terlalu sering mengatakan bahwa Konvensi adalah suatu kompilasi kebiasaan-kebiasaan. Para spesialis dalam persidangan-persidangan ad hoc juga melakukan suatu

---

108 *Nulyarimma v. Thompson*, [1999] FCA 1192, (Merkel J.), paragraf 81 ('Ini juga merupakan satu dasar yang sama bagi para pihak, demikian juga menurut pandangan saya, bahwa [Ö] larangan untuk perbuatan genosida adalah meupakan norma yang pasti dari hukum kebiasaan internasional (*jus* cogens) yang menimbulkan kewajiban *erga omnes* yang tidak dapat ditarik kembali, yaitu hutang kewajiban penegakan oleh setiap Negara kepada keseluruhan komunitas internasional').

109 *Syarat-syarat Konvensi untuk Pencegahan dan Penghukuman Tindak Pidana Genosida (Nasehat Hukum)*, [1951] Laporan I.C.J. 16, 23. Dikutip dalam: *Legalitas Ancaman atau PenggunaanSenjata Nuklir (Nasehat Hukum)*, [1996] Laporan I.C.J. 226, paragraf 31. Juga: 'Laporan Sekretaris Jendral sesuai dengan paragraf 2 Resolusi Dewan Keamanan 808 (1993)', Dok. PBB S/25704, paragraf 45.

jenis kesalahan yang sama. Dalam kasus *Sikirica*, misalnya, suatu Majelis Sidang dalam Persidangan Pidana Internasional untuk Negara-negara Bekas Yugoslavia menyatakan bahwa 'Konvensi Genosida tahun 1948 mencerminkan hukum kebiasaan internasional'.[110] Seharusnya pendekatan yang lebih baik adalah dengan merujuk pada kewajiban untuk mencegah (Pasal I) dan menghukum (Pasal I, V dan VI) genosida, definisi kejahatan tersebut (Pasal II dan III), serta kewajiban yang agak lemah untuk memfasilitasi ekstradisi 'sesuai dengan hukum dan perjanjian internasional yang berlaku' (Pasal VII).[111] Akhir-akhir ini, Mahkamah Internasional menolak suatu gugatan oleh Republik Demokratik Kongo yang mengklaim bahwa kausul yang kompromistis tersebut memberi Mahkamah, jurisdiksi dalam hal perselisihan mengenai Konvensi (Pasal IX), meskipun Rwanda keberatan atas ketentuan tersebut.[112] Hal ini jelas terlalu muluk untuk menyatakan itu sebagai suatu norma kebiasaan. Hal yang juga bisa dikatakan muluk adalah mengenai peniadaan imunitas bagi kepala negara (Pasal IV) misalnya keputusan Mahkamah Internasional dalam *perkara Arrest Warrant.*[113]

Penuntutan-penuntutan nasional baru-baru ini menunjukkan masih terdapatnya kesenjangan serius dalam peraturan pidana. Banyak negara yang belum mencantumkan ketentuan Konvensi dalam undang-undang mereka.[114] Jika kejahatan tersebut dilakukan di wilayah mereka mungkin bukan merupakan masalah yang serius, karena perbuatan yang melatarbelakanginya seperti pembunuhan atau penganiayaan telah menjadi bagian dari teks-teks hukum negara tersebut, seperti yang ditunjukkan dalam penuntutan-penuntutan di Rwanda. Meski demikian, bagi negara yang memberikan pembatasan waktu secara hukum (daluwarsa) untuk kejahatan serius terhadap orang, kegagalan untuk mengkodifikasikan kejahatan genosida hanya akan berakibat adanya impunitas ketika perbuatan yang melatarbelakanginya itu termakan waktu. Terdapat semakin banyak masalah ketika perkara-perkara tersebut diadili berdasarkan yurisdiksi universal, karena kualifikasi pidana internasional merupakan prasyarat bagi penuntutan-penuntutan semacam itu. Asumsi bahwa Konvensi Genosida bisa berlaku dengan sendirinya telah terbukti salah. Meskipun kejahatannya dan bentuk-bentuk partisipasi dalam kejahatan itu dinyatakan dalam Pasal II dan III, tidak ada ketentuan dalam Konvensi yang mengatur mengenai hukuman yang bisa diterapkan. Pasal V hanya menyatakan bahwa pasal-pasal tersebut harus 'efektif', dan ini tidak cukup untuk menghormati prinsip legalitas.

Dalam hal penjatuhan hukuman, praktik nasional mungkin membantu dalam membentuk suatu standar internasional yang bisa diterapkan. Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda merujuk baik pada peraturan nasional maupun praktik yang dilakukan dalam

110 *Jaksa Penuntut v. Sikirica et. al.*, catatan kaki no. 41, paragraf 55. Juga: *Jaksa Penuntut v. Musema*, catatan kaki no. 51, paragraf 151; *Jaksa Penuntut v. Bagilishema* (Perkara no. ICTR-95-1A-T), Putusan, 7 Juli 2001, paragraf 54.

111 Kanada, misalnya, merasa bahwa bukan merupakan kewajibannya untuk mengekstradisi Leon Mugesera ke Rwanda, meskipun ada permintaan dari pejabat-pejabat negara tesebut. Di lain pihak, beberapa negara Afrika telah mau bekerjasama dengan Rwanda untuk mengekstradisi beberapa tersangka meskipun tidak memiliki perjanjian ekstradisi.

112 *Aktivitas Bersenjata dalam Wilayah Kongo (Gugatan baru 2000)(Republik demokratik Kongo v. Rwanda)*, Permohonan Penetapan Ketentuan-ketentuan Sementara, 10 Juli 2002, paragraf 71.

113 *Arrest Warrant 11 April 2000 (Republik Demokratik Kongo v. Belgia)*, catatan kaki no. 22, paragraf 61.

114 Lihat, misalnya, *Nulyarimma v. Thompson*, catatan kaki no. 108.

pengadilan-pengadilan Rwanda. Dalam hal ini Persidangan berpedoman pada Pasal 23 Statuta Rwanda, yang menyatakan bahwa 'Majelis Sidang harus merujuk pada praktik hukum umum dalam hal menjatuhkan hukuman penjara dalam persidangan-persidangan di Rwanda'. Dalam praktiknya, rujukan ini berjalan asal-asalan. Mereka menegaskan bahwa di Rwanda, hukuman yang bisa diterapkan adalah hukuman mati, dan menggunakan hal ini untuk menunjukkan bahwa para terhukum seharusnya merasa beruntung untuk mendapatkan hukuman maksimum penjara seumur hidup, sesuatu yang bisa dijatuhkan oleh Persidangan Internasional.[115] Dalam satu-satunya putusan genosida, Persidangan Pidana Internasional untuk Negara-negara Bekas Yugoslavia menegaskan bahwa kejahatan ini bisa dijatuhi hukuman mati sesuai hukum Yugoslavia, atau setidaknya hukuman penjara selama-lamanya dua puluh tahun. Persidangan juga menyatakan bahwa Bosnia dan Herzegovina telah meniadakan hukuman mati pada tahun 1998, dan menggantikannya dengan hukuman penjara dua puluh sampai empat puluh tahun 'untuk bentuk pelanggaran pidana yang paling berat [...] yang dilakukan dengan sengaja'.[116] Putusan pengadilan nasional juga membantu lebih banyak dalam hal bentuk genosida yang 'lebih rendah', seperti hasutan langsung dan bersifat publik atau percobaan melakukan genosida.

Sedangkan mengenai unsur-unsur kejahatan genosida, seperti yang ditetapkan dalam Pasal II, serta perbuatan 'tindakan-tindakan lain' yang diatur dalam Pasal III Konvensi, praktik tingkat nasional terbaru sangat sedikit memberikan sumbangan bagi pemahaman kita. Kecuali preseden lama dalam perkara *Eichmann*, putusan yang dijatuhkan berbobot ringan dan biasanya tidak mendalam, setidaknya bila disejajarkan dengan analisa yang serius dan mendetail yang kita harapkan dari persidangan-persidangan ad hoc dalam perkara-perkara seperti *Akayesu, Kayishema dan Ruzindana, Musema, Jelisic, Sikirica* dan – yang paling kaya diantaranya – *Krstic*. Semakin beragamnya dan semakin banyaknya perdebatan mengenai interaksi dari dua level yurisdiksi ini hanya akan mendorong adanya kejernihan yuridis. Penggabungan yang sangat diharapkan dari putusan tingkat nasional dan internasional dalam suatu bangunan hukum yang tanpa batasan dan bisa diterapkan secara universal tampaknya tetap hanya akan terjadi di masa depan.

115 Lihat W.A. Schabas, 'Perverse Effects of the *Nulla Poena* Principle: national Practice and the *Ad Hoc* Tribunals' 11 *European Journal of International Law* (2001), 521.

116 *Jaksa Penuntut v. Krstic*, catatan kaki no. 6, paragraf 697.

ELEMEN-ELEMEN KEJAHATAN DARI "CRIMES AGAINST HUMANITY": SEBUAH PENJELASAN PUSTAKA[Σ]

Ifdhal Kasim[*]

Abstract :

As first step to discuss "element of crimes" of Crimes Against Humanity, the writer explain the concept of gross violation on human rights. This article focus on the normative and conceptual development of "Crimes Against Humanity", its element of crime and its application. Furthermore the discussion is focus on sexual crime , as mention in article 7 (g) the Rome Statute of the International Criminal Court: rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization or any other form of sexual violance of comparable gravity or as mention in article 9 (g) UU No. 26/2000 about Human Rights Courts. The lack of attention toward gender-based violance issue in Indonesia law literature is one of the reason why the writer is writing about this issue.

PENDAHULUAN

Terminologi 'pelanggaran berat hak asasi manusia' atau dalam literatur berbahasa Inggris dikenal dengan '*gross violation of human rights*' telah masuk secara formal menjadi bagian dari leksikon hukum di Indonesia sejak diundangkannya dua Undang-undang yang dihasilkan oleh Reformasi, yakni UU No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia, dan UU No. 26/2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Kedua UU ini merupakan tonggak pencapaian reformasi yang penting – yang bukan saja telah menyeret para pelaku pelanggaran berat hak asasi manusia (yang kebanyakan *state officials*) ke depan pengadilan, tetapi juga menubuhkan (*imposing*) ke dalam hukum Indonesia konsep-konsep atau terminologi hukum yang belum dikenal dalam hukum positif di Indonesia seperti *genocide*, *crime against humanity*, *command responsibility*, beserta beragam konsep turunan yang terkandung didalamnya yang rumit. Maka tidak dapat dipungkiri lagi, bahwa kedua UU ini membawa dampak yang sangat besar dalam praktek dan pengajaran hukum di Indonesia.

Apa yang terkandung dalam terminologi itu? Saya kira dari sinilah persoalan mulai muncul. Kalau kita mengacu kepada literatur hukum hak asasi manusia internasional, maka kita temukan bahwa terminologi '*gross violation of human rights*' itu belum diformulasikan secara baku.[1]

[Σ] Tulisan ini didedikasikan buat mengenang almarhum Dr. Mansur Faqih yang telah mengabdikan hidupnya melawan ketidakadilan gender; dialah yang mendorong dan menstimulasi saya menulis karangan ini.

[*] Direktur Eksekutif Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat –ELSAM, Jakarta.

[1] Sebuah studi yang dilakukan oleh *Center for the Study of Social Conflicts* mencoba berusaha mendapatkan gambaran yang luas mengenai pelanggaran berat hak asasi manusia, penyebab dan aktor-aktornya, sehingga diperoleh suatu pengertian yang memadai dan yang dapat diterima secara luas. Lihat studi yang dilakukan oleh Center for the Study of Social Conflicts, University of Leiden., dalam Alex P. Schmid, *Research on Gross Human Rights Violation: A Programme* (Center for the Study of Social Conflicts, University of Leiden, Netherlands, 1989).

Paling tidak hingga saat ini belum ada defenisi yang disepakati secara umum mengenai "pelanggaran berat hak asasi manusia" di dalam kepustakaan hukum hak asasi manusia internasional. Theo van Boven dalam studinya mengenai hak-hak korban pelanggaran berat hak asasi manusia, hanya menunjukkan secara ilustratif tentang apa yang dimaksud oleh istilah tersebut,[2] karena kesulitan memformulasi defenisinya dengan memuaskan. Menurut Boven, kata "berat" menerangkan kata "pelanggaran", yaitu menunjukkan tingkat keparahan akibat pelanggaran yang dilakukan. Selain itu, kata "berat" juga berhubungan dengan jenis hak asasi manusia yang dilanggar, yakni merupakan pelanggaran terhadap hak-hak dalam jenis "*non-derogable*", yang tak boleh dikurangi dalam situasi apapun.[3] Tidak berbeda jauh dengan pendapat Boven, Restatement (Ketiga) Undang-undang Hubungan Luar Negeri Amerika Serikat (bagian 702), merumuskannya dengan: "*A violation is gross if it is particularly shocking because of the importance of the rights or the gravity of the violation*",[4] dengan menunjuk keterkaitannya dengan kebijakan negara (*state policy*).

UU No. 26/2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia sebaliknya merumuskan istilah tersebut dengan berbeda, yakni mengacu pada perbuatan yang merupakan tindak dipidana dalam hukum internasional, yakni genosida (*genocide*); dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*). Dengan formulasi seperti itu, maka perumus undang-undang telah membatasi pelanggaran berat hak asasi manusia hanya mencakup dua kejahatan yang telah diakui oleh masyarakat internasional sebagai kejahatan yang serius (*the worst of crimes*). Selain itu, UU No. 26/2000 telah mentransformasi konsep pelanggaran berat hak asasi manusia sekedar sebagai tindak pidana internasional. Dari sinilah – seperti sudah saya singgung di muka – persoalan muncul: apakah pengertian tersebut memadai?; apakah pelanggaran berat hak asasi manusia itu terbatas atau identik dengan kejahatan serius internasional? Menurut saya, UU No. 26/2000 tersebut telah mereduksi konsep pelanggaran berat hak asasi manusia terbatas hanya pada dua kejahatan internasional itu, yaitu genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Jelas pengertian tersebut tidak memadai.

Saya merasa perlu membahas terlebih dahulu konsep pelanggaran berat hak asasi manusia itu – sebelum memaparkan pembahasan yang menjadi topik utama tulisan ini, karena sebetulnya saya diminta oleh redaksi membahas topik "Elemen-elemen Kejahatan Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia". Nah, berdasarkan pada argumen yang saya kedepankan di atas, saya kemudian memilih fokus bahasan tulisan ini pada 'kejahatan terhadap kemanusiaan' (*crime against humanity*), tinimbang memfokuskan bahasan pada konsep generiknya, yakni 'pelanggaran berat hak asasi manusia' (sebagaimana yang diminta redaksi kepada saya) – yang jauh lebih *complicated*. Paling tidak buat saya.

---

2 Lihat Theo van Boven, *Mereka yang Menjadi Korban: Hak Korban atas restitusi, Kompensasi, dan Rehabilitasi* (ELSAM, Jakarta: 2002).

3 Dalam pengertian itu, Prof. van Boven memasukkan ke dalam kategori pelanggaran berat hak asasi manusia, sebagai berikut: genosida; perbudakan atau praktek-praktek yang menyerupai perbudakan; hukuman mati secara sewenang-wenang; penyiksaan; penghilaangan paksa; penahanan sewenang-wenang; deportasi atau pemindahan penduduk secara paksa; dan diskriminasi sistematik terutama yang didasarkan atas ras atau gender. Lihat *ibid*.

4 Tercakup di dalam 'pelanggaran berat hak asasi manusia' adalah pelanggaran terhadap, antara lain: pelecehan sistematis; penangkapan dan penahanan sewenang-wenang; menyangkal hak pribadi, dan seterusnya. Dikutip dari Henry Steiner & Philip Alston, *International Human Rights in Context* (Claredon Press, Oxford, 1996). Hal 145-147.

Dengan mengambil fokus bahasan hanya pada salah satu dari tindak pelanggaran berat hak asasi manusia sebagaimana diatur dalam UU No. 26/2000, maka akan dapat dieksplorasi lebih jauh mengenai konsep kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut: mulai dari perkembangan normatif dan konseptualnya, unsur-unsur kejahatannya (*element of crime*), hingga pada penerapannya. Saya mencoba memaparkannya dengan menjelajahi kepustakaan hukum pidana internasional, terutama dengan memfokuskan pembahasan pada elemen-elemen kejahatannya.

Karena tidak mungkin membahas masing-masing *element of crime* dari semua perbuatan yang dimasukkan dalam "daftar" kejahatan terhadap kemanusiaan – karena keterbatasan ruang, saya memilih fokus bahasan pada salah satu dari tindakan tersebut, yakni kejahatan seksual (*sexual crime*). Dengan 'kejahatan seksual', saya maksudkan adalah, tindakan yang tercakup dalam Pasal 7 huruf (g) Statua Roma, yaitu: perkosaan, perbudakan seksual, prostitusi paksa, penghamilan paksa, sterilisasi paksa, atau suatu bentuk kekerasan seksual lain yang cukup berat. Atau dalam UU No.26/2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia tercantum dalam Pasal 9 huruf (g).

"Crimes Against Humanity": Perkembangan Konseptual dan Normatifnya

Terminologi "*crime against humanity*" – yang di Indonesia sudah digunakan secara juridis-formal sebagai 'kejahatan terhadap kemanusiaan'– sudah digunakan secara non-teknis pada tahun 1915, ketika pemerintah Perancis, Inggris dan Rusia mengeluarkan sebuah Deklarasi (28 Mei 1915) yang mengutuk pembantaian warga Armenia oleh Turki sebagai "kejahatan terhadap kemanusiaan dan peradaban (*crime against humanity and civilation*), dan semua aparat pemerintahan Turki harus bertanggungjawab.[5] Istilah ini kembali digunakan berkaitan dengan PD I, dimana Komisi 15 negara yang dibentuk pada Januari 1919 untuk menyelidiki kejahatan perang yang terjadi dalam laporannya menyebut kejahatan terhadap '*laws of humanity*', disamping kejahatan perang (*war crime*). Tetapi penggunaan istilah tersebut dibatalkan oleh anggota Komisi 15 dari Amerika Serikat dengan alasan bahwa pengadilan hanya dapat menerapkan hukum yang berlaku, bukan gambaran umum tentang hukum dan prinsip-prinsip kemanusiaan (*principles of humanity*) yang merupakan bagian dari ranah hukum moral.[6]

Sejak kemunculan istilah 'kejahatan terhadap kemanusiaan' tersebut, pergulatan dalam mencari pengertiannya terus berlangsung. *"Scholars, judges, and diplomats addressing this issue since 1945 have reached various conclusions regarding its requared elements,"* tulis Margaret deGuzman.[7] Studi yang serius dilakukan oleh Cherif Bassiouni,[8] yang mengupas perkembangan normatif konsep tersebut dan upaya yang dilakukan oleh International Law Commission (ILC), paling tidak telah telah membuka pintu ke arah pemahaman yang memadai terhadap istilah itu. Tulisan ini, berusaha melihat perkembangan evolutif pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut dengan mengacu

5 Memorandum Armenia diajukan oleh delegasi Yunani ke Komisi 15 pada tanggal 14 Maret 1919. Dikutip dari Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Oxford University Press: Oxford, 2001).

6 *Ibid.*, 180-3.

7 Lihat Margaret McAuliffe deGuzman, "The Road from Roma: The Developing Law of Crimes against Humanity", *Human Rights Quarterly*, Vol 22, 2000. Hal 335-403.

8 Lihat bukunya, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (London: Martinus Nijhob Publ.; 1992).

kepada praktik hukum yang berlangsung (*case law*) sejak Nuremberg dan dua pengadilan internasional paska-Nuremberg, yakni International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY); dan International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Selain, tentu saja, mengambil manfaat dari pemberlakuan Statuta Roma untuk Mahkamah Pidana Internasional (Roma Statute for International Criminal Court, disingkat ICC). Dengan cara ini, tulisan ini ingin menunjukkan adanya pergeseran-pergeseran konseptual dan normatif dari apa yang dimaksud dengan kejahatan terhadap kemanusiaan, dan elemen-elemen kejahatan yang terkandung di dalamnya.

Adalah pengadilan Nuremberg dan Tokyo untuk pertamakalinya mengadili kejahatan yang diistilahkan dengan '*crime against humanity*' itu. Pengadilan tersebut, yang sejatinya bernama *International Military Tribunal*, mengadili perwira militer dan sipil Jerman dan Jepang setelah berakhirnya PD II. Statuta Nuremberg (*Nuremberg Charter*) Pasal 6(c), mendefenisikan atau menyatakan perbuatan yang berikut ini sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu:

> "... pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportasi dan tindakan tidak manusiawi lainnya yang diarahkan terhadap penduduk sipil, sebelum atau selama perang; atau persekusi atas dasar politik, ras, atau agama dalam rangka atau berkaitan dengan kejahatan yang ada dalam jurisdiksi Tribunal, baik melanggar atau tidak melanggar hukum domestik negara tempat terjadinya."[9]

Meskipun inilah untuk pertamakalinya secara teknis istilah 'kejahatan terhadap kemanusiaan' digunakan, ia tidak diperlakukan sebagai konsep baru oleh pengadilan Nuremberg. Pengadilan Nuremberg tidak mempertanyakan legalitas pencantuman kejahatan terhadap kemanusiaan dalam Statuta Nuremberg, hanya mencatat bahwa "sejak awal terjadinya perang pada tahun 1939, kejahatan perang (*war crime*) terjadi dalam skala yang besar, yang juga merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan."[10] Pengadilan Nuremberg memutuskan, Statuta Nuremberg bersifat mengikat, dan ia merupakan "pernyataan hukum internasional yang berlaku saat penyusunannya; merupakan sumbangan tersendiri buat hukum internasional."[11] Meskipun Statuta Nuremberg memperluas jurisdiksi pengadilan Nuremberg di luar kejahatan perang dalam arti tradisional, sehingga dapat mencakup kejahatan serius lainnya yang berada di luar ranah kejahatan perang tradisional seperti kejahatan terhadap korban yang tidak memiliki kewarganegaraan, memiliki kewarganegaraan yang sama dengan pelaku kejahatan, atau merupakan warga negara lain yang merupakan sekutu negara pelaku.[12] Pengadilan Nuremberg dalam praktiknya ternyata telah memperlakukan kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang secara tumpang-tindih dan dapat dipertukarkan, sebagai '*accompanying*' atau '*accesory*' baik kejahatan terhadap perdamaian (*crimes against peace*) maupun kejahatan perang (*war crime*). Seperti dikatakan seorang ahli,[13] kejahatan terhadap kemanusiaan menurut Statuta Nuremberg di-

[9] Dari pengertian itu, kita dapat menggolangkan kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan Statuta Nuremberg menjadi dua kategori utama: (i) pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportasi dan tindakan tidak manusiawi lainnya yang diarahkan terhadap penduduk sipil, sebelum atau selama perang; dan (ii) persekusi atas dasar politik, ras, atau agama.

[10] *Pengadilan Penjahat Perang Utama, Dakwaan* Tribunal Militer Internasional, Nuremberg, pt 22 (H.M. Stationery Office, 1950).

[11] *Dakwaan Nuremberg*, 443; (1947).

[12] *Penuntut v. Dusko Tadic*, Kasus No. IT-94-1, ICTY T. Ch. II, 7 Mei 1997.

[13] Lihat E. Schwelb, 'Crime Against Humanity', *British Yearbook of International Law*, 23, 1946, hal 206.

arahkan bagi kepentingan menjamin agar perbuatan yang melanggar perikemanusiaan yang terjadi dalam perang akan dihukum. Itu sama saja artinya memperlakukan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai kejahatan "pelengkap" atau "pendamping" bagi kejahatan terhadap perdamaian atau kejahatan perang.

Control Council Law No. 10 (UU Dewan Pengawas No. 10), 20 Desember 1945, menyatakan yang berikut ini sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan:

> "Kekejaman dan pelanggaran, yang mencakup namun tidak terbatas pada pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportasi, penahanan, penyiksaan, perkosaan atau perbuatan tidak manusiawi lainnya yang diarahkan terhadap penduduk sipil atau persekusi atas dasar politik, ras, atau agama, baik melanggar maupun tidak melanggar hukum domestik negara tempat terjadinya.

UU Dewan Pengawas No. 10, dengan demikian, telah menambahkan penahanan, penyiksaan dan perkosaan ke dalam "daftar" kejahatan terhadap kemanusiaan yang sudah terdapat pada Statuta Nuremberg. Meskipun daftar kejahatan terhadap kemanusiaan dalam Statuta Nuremberg dianggap lengkap dan UU Dewan Pengawas No. 10 hanyalah tambahan, tetapi dalam penerapannya tidak ada perbedaan antara keduanya. Karena istilah "perbuatan tidak manusiawi lainnya" dalam Pasal 6(c) Statuta Nuremberg cukup luas untuk mencakup kejahatan lainnya yang serupa. Perubahan kata-kata dalam UU No. 10 tidak menghasilkan perbedaan definisi mengenai kejahatan terhadap kemanusiaan baik dalam UU tersebut maupun dalam Statuta Nuremberg. Namun, karena UU No. 10 menghilangkan kata-kata "berkaitan dengan kejahatan yang ada dalam jurisdiksi Tribunal," maka praktis syarat (*nexus*) bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan harus berkaitan dengan kejahatan terhadap perdamaian atau kejahatan perang dihilangkan.[14]

Statuta Tokyo (*Tokyo Charter*) Pasal 5(c) memberikan jurisdiksi kepada Pengadilan Tokyo mengadili dan menghukum kejahatan terhadap kemanusiaan. Ketentuan Statuta Nuremberg dalam kejahatan terhadap kemanusiaan – sebagaimana dimodifikasi dalam Protokol Berlin – lebih lanjut diikuti dalam Statuta Tokyo, kecuali alasan keagamaan sebagai dasar (alasan) persekusi (*persecution*) dihilangkan. Kemungkinan karena persekusi dengan alasan keagamaan tidak dilakukan dalam skala besar dalam perang yang dilakukan Jepang. Kejahatan terhadap kemanusiaan yang diadili oleh Pengadilan Tokyo sebetulnya sama dengan kejahatan perang, sebab selalu dilakukan terhadap orang-orang bukan warga negara Jepang dan terjadi di luar Jepang.[15] Pengamatan ini tepat, terutama berkaitan dengan modifikasi terhadap Statuta Tokyo sebelum pelaksanaan Pengadilan Tokyo dengan menghilangkan persyaratan, bahwa kejahatan tersebut dilakukan terhadap warga sipil dari definisi kejahatan terhadap kemanusiaan. Modifikasi ini dilakukan agar memungkinkan penghukuman terhadap pembunuhan berskala besar terhadap anggota militer dalam perang yang tidak sah. Tetapi sebagai akibat, hanya Dakwaan No. 37 dan 38 sajalah yang berkaitan dengan kejahatan yang tidak termasuk dalam kategori kejahatan terhadap perdamaian atau kejahatan perang. Dakwaan No. 37 menuntut sejumlah terdakwa atas "konspirasi membunuh anggota angkatan bersenjata dan warga sipil Amerika Serikat, Filipina, Persemakmuran Inggris, Belanda

[14] Lihat *ibid*, 217-9.
[15] Lihat *ibid*, 215-6.

dan Muangthai dengan mengawali permusuhan terhadap negara-negara tersebut dengan melanggar Konvensi Den Haag No. III, 18 Oktober 1907." Demikian pula, Dakwaan No. 38 menuntut terdakwa yang sama atas "konspirasi untuk membunuh tentara dan warga sipil dengan mengawali permusuhan dengan melanggar [Konvensi]."[16]

Mengadili kejahatan terhadap kemanusiaan kembali ditegaskan Sidang Umum PBB 11 Desember 1946[17] dan Komisi Hukum Internasional.[18] Konsep kejahatan terhadap kemanusiaan disempurnakan lebih lanjut oleh pengadilan domestik di beberapa negara, antara lain Israel dan Perancis.[19] Bersamaan dengan ini pula, hukum kebiasaan internasional (*international customary law*) yang berlaku umum telah menerima bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan kejahatan internasional yang berada pada tingkatan *jus cogens*, dan karena itu menimbulkan kewajiban *obligatio erga omnes*;[20] pelakunya dapat dipidana secara individual oleh setiap negara (dimana berlaku prinsip '*universal jurisdiction*'). Terlebih lagi, kejahatan terhadap kemanusiaan dalam hukum kebiasaan internasional tidak perlu lagi persyaratan (*nexus*) dikaitkan dengan konflik bersenjata internasional seperti yang disyaratkan dalam Statuta Nuremberg dan Tokyo, atau konflik dalam bentuk apapun.[21]

Berkembangan lebih lanjut konsep kejahatan terhadap kemanusiaan dan pergeseran-pergeseran normatifnya terlihat pada dua pengadilan (pidana) internasional *ad hoc* yang berdiri paska-Nuremberg, yakni: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY); dan International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Terakhir, tentu saja, pengesahan Statuta Roma untuk Mahkamah Pidana Internasional (*Roma Statute for International Criminal Court, ICC*) oleh masyarakat internasional (PBB) Juli 1998, dan pemberlakuannya pada Juli 2002. Pergeseran-pergeseran normatifnya terlihat dari perubahan persyaratan (*nexus*) dan *chapeua* unsur-unsur kejahatan yang tergolong sebagai 'kejahatan terhadap kemanusiaan' pada dokumen-dokumen yang disebutkan itu. Hal yang terpenting perlu diperhatikan pula dalam pendefenisian kejahatan terhadap kemanusiaan ini adalah, membuat perbedaan yang jelas antara perbuatan tidak manusiawi (*inhumane act*) yang menjadi perhatian domestik (nasional) dengan perbuatan tidak manusiawi yang menimbulkan *concern* masyarakat internasional.[22] "Unsur internasional" inilah yang membedakan antara kejahatan terhadap kemanusiaan dengan perbuatan tidak manusiawi lainnya yang berada dalam ranah pidana nasional.

Marilah kita lihat Statuta ICTY. Pasal 5 Statuta ICTY, dengan judul "kejahatan terhadap kemanusiaan," menyatakan ICTY memiliki jurisdiksi mengadili orang-orang yang bertanggungjawab atas kejahatan-kejahatan berikut ini, "apabila

16 B.V.A. Rôling dan C.F. R,ter (ed.), *The Tokyo Judgement: The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE) 29 April 1946-12 November 1948*, i (APA – University Press Amsterdam BV, 1977), xii, 21.

17 Resolusi untuk Menegaskan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional yang Diakui oleh Statuta Nuremberg. UN GA Res. 95(1), 11 Desember 1946.

18 Prinsip VI. C Prinsip-Prinsip Hukum Internasional yang Diakui dalam Keputusan Tribunal ("Prinsip Nuremberg"), 1950.

19 Lihat *Akayesu*, para. 567-77.

20 Lihat Cherif Bassioni, "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", *Law and Contemporary Problem*, Vol 59, No.4, 1996.

21 *Penuntut v. Dusko Tadic*, para. 141.

22 Lebih lanjut lihat Margaret McAuliffe deGuzman, "The Road from Roma: The Developing Law of Crimes against Humanity", *Human Rights Quarterly*, Vol 22, 2000. Hal 335-403.

dilakukan dalam konflik bersenjata, baik internasional maupun internal, dan diarahkan kepada penduduk sipil: (a) pembunuhan; (b) pemusnahan; (c) perbudakan; (d) deportasi; (e) penahanan; (f) penyiksaan; (g) perkosaan; (h) persekusi atas dasar politik, rasial dan keagamaan; (i) tindakan-tindakan tidak berperikemanusiaan lainnya." Kejahatan terhadap kemanusiaan dalam pengertian ICTY dengan demikian mensyaratkan unsur "*committed in armed conflict*" (baik internasional mapun non-internasional), dan unsur "*directed against any civilian population*". Tanpa kedua unsur ini, maka tidak ada kejahatan terhadap kemanusiaan dalam pengertian ICTY. Putusan banding pengadilan ICTY dalam perkara Dusko Tadic menguatkan hal itu. Dinyatakannya, "*the armed conflict requirement is satified by proof that there aws an armed conflict; that is all that statute requires, and in so doing, it requires more than does customary internasional law.*"[23]

Sedangkan Statuta ICTR menghilangkan persyaratan tersebut. Kenyataannya, kejahatan terhadap kemanusiaan juga dapat terjadi pada masa damai (*committed during peacetime*), tidak selalu di masa perang. Dengan menghilangkan persyaratan itu, Statuta ICTR (Pasal 3) mencantumkan persyaratan (unsur) baru, yakni ketentuan "*when committed as part of widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, etnic, racial or religios grounds*" (dilakukan sebagai bagian dari serangan sistematik atau meluas terhadap penduduk sipil atas alasan nasional, politik, etnik, rasial atau keagamaan). Jadi Statuta ICTR mencantumkan persyaratan diskriminasi (*discriminatory intent*) sebagai elemen yang memastikan ada atau tidaknya kejahatan kemanusiaan, selain persyaratan lain yang sudah ada dalam Statuta Nuremberg, Statuta Tokyo dan Statuta ICTY.[24] Statuta ICTR memang secara spesifik disusun untuk menghukum kekejaman yang terjadi di Rwanda pada tahun 1994, ketika orang-orang Tutsi dijadikan sasaran kekejaman karena etnisitas mereka. Diskriminasi atas dasar ideologi politik seseorang dianggap cukup memenuhi persyaratan "alasan politik" [25] atau "*discriminatory intent*".

Bagaimana dengan Statuta Roma (ICC)? Statuta Roma, Pasal 7, di bawah judul "kejahatan terhadap kemanusiaan," paragraf 1, tidak lagi mencantumkan persyaratan berkaitan dengan keadaan perang atau konflik bersenjata, tetapi mencantumkan persyaratan "baru" bahwa kejahatan terjadi: "*when committed as part of a widespread or systematic attack directed against civilian population, with knowledge of the attack*" (apabila dilakukan sebagai bagian dari serangan sistematik atau meluas terhadap penduduk sipil, dengan mengetahui serangan tersebut sebagai bagian dari ...)" Perbuatan yang dicantumkan Pasal 7 mencakup: (a) pembunuhan; (b) pemusnahan; (c) perbudakan; (d) deportasi atau pemindahan paksa penduduk; (e) pemenjaraan atau perampasan berat kebebasan fisik dengan melanggar aturan-aturan dasar hukum internasional; (f) penyiksaan; (g) perkosaan, perbudakan seksual, prostitusi paksa, kehamilan paksa, sterilisasi paksa atau bentuk kekerasan seksual lainnya yang setara; (h) persekusi terhadap kelompok atau kolektivitas atas dasar politik, rasial, nasional, etnik, kebudayaan, keagamaan,

[23] Dikutip dari Simon Chesterman, "An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity" *Duke Journal of Contemporary & International Law*, Vol 10, 2002.

[24] ICTR sendiri mengakui fakta ini. Lihat *Penuntut v. Kayishema dan Obed Ruzindana*, Kasus No. ICTR-95-1-T, ICTR T. Ch. II, 21 Mei 1999, para. 130.

[25] Lihat *Akayesu*, para. 583.

gender sebagaimana didefenisikan dalam ayat 3, atau dasar lainnya yang secara universal diakui sebagai dilarang berdasarkan hukum internasional, yang berhubungan dengan setiap perbuatan yang dimaksud dalam ayat ini atau setiap kejahatan yang berada dalam jurisdiksi Mahkamah; (i) penghilangan paksa; (j) kejahatan apartheid; (k) perbuatan-perbuatan lainnya yang melanggar perikemanusiaan yang secara sengaja menimbulkan penderitaan parah, atau cedera berat bagi tubuh atau kesehatan mental dan fisik.

Pemaparan di atas menunjukkan, bahwa apa yang didefinisikan dalam Statuta Roma sebetulnya bukan suatu inovasi;[26] ia lebih mencerminkan perkembangan hukum internasional sejak Nuremberg.[27] Statuta Roma juga menambahkan "pemindahan paksa penduduk" sebagai pelanggaran alternatif terhadap "deportasi." Selain itu, ia juga memperluas pelanggaran "pemenjaraan" sebagai mencakup pula "perampasan berat kebebasan fisik dengan melanggar aturan-aturan dasar hukum internasional." Dalam kasus kejahatan seksual, Statuta Roma menambahkan pula kejahatan-kejahatan berikut selain perkosaan, yakni: "perbudakan seksual, prostitusi paksa, penghamilan paksa, sterilisasi paksa atau bentuk kekerasan seksual lainnya yang setara." Berkaitan dengan kejahatan persekusi, Statuta Roma menambahkan bahwa ia haruslah dilakukan "terhadap kelompok atau kolektivitas" atas dasar diskriminasi terhadap jender, nasional, etnik, kebudayaan, agama, atau "atas dasar lainnya yang diakui secara universal dalam hukum internasional" untuk menambahkan daftar yang sudah ada dalam Statuta ICTY dan ICTR. Lebih lanjut Statuta Roma juga menambahkan kejahatan baru dalam "daftar" yang sudah ada, yakni penghilangan paksa dan kejahatan apartheid.

Uraian panjang lebar di atas akhirnya membawa kita tiba pada suatu konklusi, bahwa konsep kejahatan terhadap kemanusiaan di dalamnya terkandung elemen-elemen esensial atau *chapeau* elemen-elemen kejahatan (*elements of crime*) sebagai berikut: perbuatan tersebut hakekat dan karakternya tidak manusiawi (*inhumane*); mengakibatkan penderitaan yang berat, atau cedera berat terhadap tubuh atau mental atau kesehatan fisik; perbuatan dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas (*widespread*) atau sistematik (*systematic*); dan perbuatan dilakukan terhadap anggota-anggota penduduk sipil. Tambahan lagi dengan persyaratan-persyaratan spesifk yang terdapat dalam ICTY dan ICTR, yakni persyaratan "*committed in armed conflict*" pada ICTY; dan persyaratan "*discriminatory grounds*" pada ICTR. Tetapi selain itu perlu pula diperhatikan, bahwa perbuatan-perbuatan *inhumane* yang dimasukkan dalam "list" kejahatan kemanusian tersebut menimbulkan guncangan hebat terhadap nurani masyarakat internasional, sebagai "*international element*"-nya.

Chapeau Elemen-Elemen Kejahatan terhadap Kemanusiaan: "Actus Reus" dan "Mens Rea"

Bagian berikut ini lebih lanjut akan memaparkan secara lebih mendalam *chapeau* elemen-elemen kejahatan (*elements*

[26] Mengenai sejarah perumusan ICC, lihat H. von Hebel dan D. Robinson, "Crimes within the Jurisdiction of the Court," dalam R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results* (Kluwer, 1999), 79 at 90-103.

[27] Lihat D. Robinson, "Defining 'Crimes against Humanity' at the Rome Conference", American Journal of International Law, 93, Vol 43, 1999. Hlm 43-4.

of crimes) yang terkandung di dalam konsep kejahatan terhadap kemanusiaan. Pada umumnya hukum pidana (internasional) didasarkan pada asas kesalahan, yang tercermin dalam ungkapan latin berikut ini: "*actus non facit reum nisi mens sit rea*" (*an act does not make a person guilty, unless the mind is legally blameworthy*). Berdasarkan asas ini, ada dua syarat yang harus dipenuhi untuk seseorang dapat dipidana, yaitu adanya unsur obyektif (*actus reus*), dan adanya unsur subyektif (*mens rea*). Yang dimaksud dengan *actus reus* adalah, adanya perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang (delik) dan bersifat melawan hukum.[28] Sedangkan yang dimaksud dengan *mens rea* adalah, mencakup unsur kesalahan dalam arti luas dan meliputi kemampuan bertanggungjawab, adanya unsur kesengajaan atau kealpaan serta tidak adanya alasan pemaaf. *Mens rea* dengan demikian berhubungan dengan *state of mind* atau *mental element*, apakah itu dalam bentuk *intention* (maksud atau kesengajaan) atau *knowledge* (pengetahuan), *negligence* (kealpaan) atau *recklessness* (kesembronoan).

Diletakkan dalam konteks konsep kejahatan terhadap kemanusiaan, maka kedua prinsip unsur-unsur kejahatan (*elements of crimes*) tersebut harus pula tercakup di dalamnya. Unsur *actus reus* pada kejahatan terhadap kemanusiaan adalah dilakukannya perbuatan menyerang (*attack*) yang bersifat melanggar perikemanusiaan dan hukum, yang mengakibatkan penderitaan yang berat, atau cedera berat bagi tubuh atau mental atau kesehatan fisik. Perbuatan *inhumane* tersebut haruslah dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas (*widespread*) atau sistematik (*systematic*) terhadap anggota penduduk sipil. Sedangkan unsur *mens rea*-nya adalah, menyangkut *mental element*; pelaku sengaja (*intention*) atau mengetahui (*knowledge*) bahwa perbuatan yang dilakukannya merupakan bagian dari serangan yang meluas atau sistematik. Haruslah dapat dibuktikan bahwa tertuduh mengetahui (*knowledge*) bahwa perbuatannya merupakan bagian dari serangan yang meluas atau sistematik terhadap penduduk sipil. Tanpa *mental element* tersebut, maka pelaku tidak memiliki *mens rea* untuk kejahatan terhadap kemanusiaan.

Elemen *actuc reus* dan *mens rea* yang dipaparkan di atas memerlukan pula penjelasan lebih lanjut terkait dengan beberapa elemen-elemen spesifik yang terdapat di dalam kedua *element of crime* tersebut. Elemen-elemen spesifik tersebut adalah: kesengajaan dan pengetahuan (*intention and knowledge*); serangan (*attack*); sebagai bagian dari (*as part of*); ditujukan kepada penduduk sipil (*directed against civil population*); meluas atau sistemtik (*widespread or systematic*); dan elemen kebijakan (*policy*). Pembahasan detil terhadap elemen-elemen spesifik tersebut kita perlukan untuk memastikan pemahaman kita terhadap konsep 'kejahatan terhadap kemanusiaan'.

1. Pengetahuan (*knowledge*) dan Kesengajaan (*intention*)

Unsur kesengajaan dan pengetahuan (*intention and knowledge*) menjadi faktor yang sangat menentukan untuk memastikan apakah pelaku memiliki *mens rea* untuk kejahatan terhadap kemanusiaan atau tidak. Pengertian kesengajaan mengacu kepada perbuatan (*conduct*) dan akibatnya (*consequences*) yang memang diinginkan pelaku, sedangkan pengetahuan (*knowledge*) diartikan sebagai

[28] Dalam texbook, actus reus seringkali dirumuskan sebagai "semua unsur yang terdapat dalam perumusan delik, kecuali unsure yang berhubungan dengan keadaan jiwa atau sikap batin terdakwa.

kesadaran (*awareness*) bahwa suatu perbuatan terjadi atau akibat pada umumnya akan timbul sebagai akibat perbuatan tersebut.[29] Kaitannya dengan 'kejahatan terhadap kemanusiaan', unsur kesengajaan (*intention*) dan pengetahuan (*knowledge*) sering diartikan sebagai kesadaran pelaku terhadap konteks lebih luas (*with knowledge of the broader context*) dari perbuatannya, dan bermaksud ikut serta dalam perbuatan tersebut (*the intent to commit*).[30] Statuta Roma mengkaitkannya dengan pengetahuan pelaku bahwa perbuatan yang dilakukannya merupakan bagian dari serangan meluas atau sistematik (Pasal 7).

Relevan pula di ketengahkan di sini putusan International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Trial Chamber, dalam perkara *Kayishema*, dalam mengartikan kata "*knowledge*". Di bawah ini kita kutip dengan lengkap:[31]

> *"the perpetrator must knowingly commit crimes against humanity in the sense that he must understand the overall context of his act. Part of what transforms and induviduals act(s) into a crime against humanity is the inclusion of the act within a greater dimension of criminal conduct; therefore an accused should be aware of this greater dimension to be culpable thereof. Accordingly, actual or construcitve knowledge of the broader context of the attack on a civilian population and pursuant to to same policy or plan, is necessary to satisfy the requisite mens rea of the accused"*

Tetapi perlu ditegaskan pula, persyaratan unsur *knowledge* tersebut bukan berarti mengharuskan pelaku telah mengetahui seluruh rincian pasti (*precise details*) dari kebijakan (*policy*) atau rencana (*plan*) serangan, dan tidak pula merupakan keharusan bahwa pelaku mengetahui dengan pasti akibat yang timbul terhadap korban. Hanya cukup dapat dibuktikan bahwa pelaku telah dengan sengaja mengambil resiko melakukan atau turut serta, bahkan sekalipun ia berharap bahwa resiko tersebut tidak akan menimbulkan kerusakan atau kerugian pada sasaran.[32] Selain itu, unsur *knowledge* juga dapat ditelusuri dari sejumlah fakta kongkrit. Misalnya dengan menelusuri konteks sejarah atau politik saat terjadinya perbuatan; jabatan pelaku saat perbuatan dilakukan; tanggung jawabnya dalam hirarki politik atau militer; hubungan langsung atau tidak langsung antara hirarki militer atau politik; tingkat keluasan atau keseriusan perbuatan yang dilakukan; sifat kejahatan yang terjadi; dan seberapa diketahui oleh masyarakat luas.[33] Hal ini diterapkan dalam perkara *Blaskic* yang disidangkan oleh ICTY.

Dalam perkara yang disebutkan di atas, tertuduh oleh pengadilan dinyatakan terbukti memiliki *mens rea* melakukan *crimes against humanity*. Blaskic terbukti melakukan perbuatan persekusi terhadap penduduk sipil Muslim, dan perbuatan tersebut bukan berdiri sendiri melainkan merupakan bagian dari suatu rencana (*plan*). Karena Blaskic mempunyai keinginan politik terlibat di dalam Dewan Pertahanan Kroasia – yang dikenal sebagai HVO. HVO memiliki struktur militer dan sipil. Sebagai seorang yang berpangkat jenderal, Blaskic dipastikan mengetahui lingkup kewenangan dan kegiatan HVO yang tidak hanya dan tidak mungkin ter-

---

29 Lihat Antonio Casese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

30 Lihat Claire de Than dan Edwin Shorts, *International Criminal Law and Human Rights* (London: Sweet and Maxwell, 2003). Hlm 94.

31 *Judgment* May 21, 1999. Dikutip dari *ibid*.

32 Lihat *Blaskic*, para. 251-4.

33 *Ibid.*, para. 259.

batas pada kegiatan militer semata-mata. Melainkan lebih luas dari kegiatan militer, dan menyadari bahwa kebijakan diskriminasi terhadap kaum Muslim, yang dengan cara sistematik menyingkirkan kaum Muslim dari badan-badan pemerintahan dan kehidupan politik pada umunya.[34]

2. Serangan (*attack*)

Pengertian "*Attack*" tidak berarti memerlukan karakter sebagai serangan militer (*military attack*), kecuali "*attack*" dalam pengertian ICTY. Hal ini tampak dalam pengertian yang dibuat Statuta Roma (Pasal 7(2)(a)), yang mendefinisikan "serangan" sebagai "*a course of conduct involving the multiple commission of acts of violence referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furherrance of a State or organisational policy to commit such attack*".[35] Kata "*multiple commission of acts*" disitu mengadung arti, bahwa perbuatan yang dilakukan dapat sendiri-sendiri (misalnya pembunuhan atau penghilangan paksa), tetapi juga dapat merupakan gabungan dari lebih dari satu perbuatan (misalnya deportasi, persekusi, perkosaan, dan apartheid) dalam suatu serangan tunggal..[36] Jadi istilah "serangan" dapat diartikan sebagai perbuatan melanggar hukum apakah disertai dengan kekerasan fisik ataupun tidak, bukan hanya serangan dalam arti serangan militer. Serangan yang tidak dengan kekerasan, misalnya, adalah *policy* diskriminasi, apartheid, dan deportasi.

Penting pula ditegaskan, bahwa yang dimaksud dengan "serangan" itu, wujudnya dapat berupa 'tindakan' (*commission*) maupun 'kelalaian' (*ommission*).[37] Dalam perkara *Kambanda*, terdakwa juga dianggap bersalah atas kejahatan terhadap kemanusiaan karena melalaikan tugasnya sebagai Perdana Menteri Rwanda dalam rangka melindungi anak-anak dan penduduk Rwanda dari gelombang pembantaian yang terjadi, terutama setelah ia secara pribadi diminta segera mengambil tindakan dratis untuk menghentikan pembantaian tersebut.[38] Hal lain yang perlu diperhatikan adalah hubungan antara kejahatan tertentu (yang masuk dalam *"list"* kejahatan terhadap kemanusiaan) dengan serangan, karena kejahatan terhadap kemanusiaan mensyaratkan pelaku mengetahui hubungan di antara keduanya.

3. Sebagai bagian dari (*as part of*)

Suatu kejahatan dikatakan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan harus memenuhi persyaratan, bahwa kejahatan itu dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas (*widespread*) atau sistematik (*systematic*) terhadap penduduk sipil. Prasa "sebagai bagian dari" (*as part of*)

---

[34] Rangkuman keputusan dalam *Blaskic* sebagaimana dibacakan Presiden Sidang Pengadilan I ICTY.

[35] Istilah "*such attack*" (serangan demikian) digunakan bukan "*such acts*" (perbuatan demikian) sebagai tanggapan atas saran Kaukus Perempuan dari koalisi organisasi non-pemerintah yang mencemaskan bahwa istilah yang kedua dapat ditafsirkan memerlukan pembuktian adanya kebijakan spesifik untuk melakukan perkosaan dalam kasus kejahatan terhadap kemanusiaan yang berupa perbuatan perkosaan. Lihat Hebel dan Robinson, 'Crimes within the Jurisdiction of the Court' dalam R.S. Lee (Ed), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results* (Kluwer, 1999), hal 96.

[36] *Kayishema dan Ruzindana*, para. 122, *Rutaganda*, para. 68. Namun, ICTR dalam kasus *Kayishema dan Ruzindana* berpendapat, bahwa serangan haruslah dilakukan bukan karena semata-mata alasan pribadi (ibid., para. 122-3). Pengadilan Banding dalam *Tadic* memutuskan, bahwa keberadaan atau ketiadaan motif pribadi tidak relevan sebagai elemen-elemen kejahatan terhadap kemanusiaan.

[37] Lihat *Penuntut v. Jean Kambanda*, Kasus No. ICTR-97-23-S, ICTR T. Ch., 4 September 1998, para. 40(5)(6).

[38] *Ibid*, para. 39(ix).

berarti bahwa kejahatan yang dilakukan (*relevant act*) terkait dengan serangan tersebut. Keterkaitan tersebut diperkuat dalam putusan Banding dalam perkara *Tadic*. Dinyatakan disitu bahwa, "kejahatan yang tidak terkait dengan serangan yang meluas atau sistematik terhadap penduduk sipil tidak dapat diadili sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan. Kejahatan terhadap kemanusiaan adalah kejahatan yang memiliki karakteristik khusus yang memiliki nilai keburukan moral yang lebih besar daripada kejahatan biasa. Maka, untuk mendakwa seseorang atas kejahatan terhadap kemanusiaan, harus dibuktikan bahwa kejahatan tersebut *terkait dengan serangan terhadap penduduk sipil...*, dan terdakwa mengetahui bahwa kejahatannya *memang terkait*."[39]

Keterkaitan yang dipaparkan di atas dapat dikatakan sebagai *nexus requirement* pada kejahatan terhadap kemanusia. Itu artinya perbuatan yang berdiri sendiri (*isolated crimes*) tidak dapat digolongkan ke dalam kejahatan terhadap kemanusiaan. Menurut putusan ICTY, Pengadilan Banding, untuk memenuhi *nexus requirement* tersebut harus dapat dibuktikan dua unsur ini, yakni (i) perbuatan yang dilakukan (*alleged crimes*) terkait dengan serangan yang ditujukan kepada penduduk sipil; dan (ii) pelaku menyadari atau mengetahui hubungan kejahatan yang dilakukannya dengan serangan yang terjadi.

4. Ditujukan terhadap Setiap Penduduk Sipil (*"Any Civilian Population"*)

Distingsi antara "*armed forces*" atau "*combatans*" dengan "*civilian population*" haruslah dibuat dengan jelas, dan sejauh ini hukum kebiasaan internasional telah memberi sumbangan yang penting dalam membuat "*distinction*" tersebut. Berdasarkan perbedaan yang telah dibuat itu, maka istilah "*civilian*" harus diberikan definisi secara luas sehingga tidak hanya mencakup penduduk yang bersifat umum, tetapi juga anggota angkatan bersenjata atau perlawanan bersenjata yang sedang tidak aktif (*hors de combat*) karena sakit, luka, ditahan atau sebab lain.[40] Kata "*any*" yang mengikuti kata "*civilian population*" diartikan untuk orang yang tidak memiliki kewarganegaraan (*stateless persons*), atau kepada orang yang memiliki warga negara yang sama dengan pelaku dan bisa juga warga negara asing.[41] Sebab kejahatan terhadap kemanusiaan dapat pula menimpa mereka.

Dalam keadaan tidak terjadi konflik bersenjata atau pada masa damai, defenisi "*civilian*" mencakup semua orang kecuali mereka yang bertugas untuk memelihara ketertiban umum dan memiliki hak yang absah untuk menggunakan kekerasan.[42] Disamping itu, penting pula diperhatikan situasi untuk menentukan apakah mereka memiliki status "penduduk sipil." atau tidak – seperti terdapat dalam putusan perkara *Blaskic* pada ICTY.[43] Dalam putusan itu dikatakan, apabila kepala keluarga terpaksa menggunakan senjata untuk membela keluarganya, ia tidak kehilangan statusnya sebagai penduduk sipil; demikian juga polisi atau pasukan pertahanan lokal yang bertindak serupa.[44]

---

[39] Lihat putusan Banding *Tadic*, para. 271.

[40] Putusan *Tadic*, para. 626, 641-3; *Akayesu*, para 574-6, 582; Putusan Banding *Tadic*, para. 636-43; *Rutaganda*, para. 70; *Penuntut v. Goran Jelisic*, Kasus No. IT-95-10 , ICTY T. Ch. 1, 14 Desember 1999, para. 54; *Musema*, para. 207; *Blaskic*, para 208-10, 214. Sidang Pengadilan II ICTY menimbang dalam *Kupreskic dan Lain-Lain* bahwa tidak ada alasan untuk hanya melindungi warga sipil dan tidak melindungi kombatan dalam aturan mengenai kejahatan terhadap kemanusiaan, terutama aturan mengenai persekusi (*Kupreskic dan Lain-Lain*, para. 547-9).

[41] Lihat Putusan *Tadic*, para. 635.

[42] Lihat *Kayishema dan Ruzindana*, para. 127.

[43] Lihat *Blaskic*, para. 214.

[44] *Ibid.*, para. 213, mengutip Laporan Akhir Komisi Ahli yang dibentuk mengikuti Res. 780 Dewan Keamanan PBB (1992), S/1994/674, para. 78.

Sekarang kita tiba pada unsur "*population*". Apa yang dimaksud dengan kata ini? Kata "*population*" tidak berarti mengindikasikan bahwa seluruh penduduk dalam suatu negara atau wilayah harus menjadi sasaran. Kata "*population*" ini ditujukan untuk menunjukkan pada sifat kolektif dari kejahatan terhadap kemanusiaan (*crime in collective nature*), sehingga membedakannya dengan kejahatan yang berdiri sendiri (tunggal) dan terisolasi yang bisa dihukum sebagai kejahatan perang atau kejahatan pidana biasa yang berada di bawah tingkat kejahatan terhadap kemanusiaan.[45] Penduduk yang menjadi sasaran (korban) harus sebagian besarnya bersifat sipil, meskipun terdapat orang-orang bukan sipil di antara mereka. Hal ini tidak mengubah sifat penduduk tersebut secara keseluruhan.[46] Meskipun tidak tertutup kemungkinan korbannya tunggal, tetapi korban tersebut menjadi bagian atau anggota "*population*" suatu wilayah.

5. Meluas atau Sistematik

Kejahatan terhadap kemanusiaan harus terkait dengan serangan yang meluas (*widespread*) atau sistematik (*systematic*), dan bukan semata-mata tindakan kekerasan yang terisolasi atau acak (*random*) terhadap penduduk sipil.[47] Persyaratan ini secara tegas dinyatakan dalam Pasal 3 Statuta ICTR dan Pasal 7 Statuta Roma. Meskipun ia tidak secara tegas dinyatakan dalam Pasal 5 Statuta ICTY, tetapi ICTY secara konsisten mempertimbangkan persyaratan "serangan dilakukan terhadap penduduk sipil yang berimplikasi bahwa serangan tersebut memiliki sifat meluas atau sistematik".[48]

Unsur meluas (*widespread*) dan sistematik (*systematic*) tidak harus dibuktikan keduanya. Kejahatan yang dilakukan (*alleged crimes*) dapat saja merupakan bagian dari serangan yang meluas (*widespread*) semata atau sistematik (*systematic*) saja, dan tidak harus keduanya.[49] Tetapi dalam praktiknya, sukar untuk memisahkan sifat serangan yang "meluas" dan "sistematik", karena serangan yang meluas dan diarahkan terhadap sejumlah besar korban biasanya dijalankan dengan perencanaan atau organisasi.[50] Faktor-faktor yang mengindikasikan suatu serangan bersifat "meluas" atau "sistematik" sebetulnya hampir tidak ada perbedaannya, yakni mulai dari adanya agenda politik atau ideologi dengan tujuan menghancurkan, persekusi atau melemahkan komunitas tertentu, institusi penerap kebijakan, keterlibatan otoritas politik atau militer pada tingkat tinggi, dukungan finansial, militer atau lainnya, dan dilakukan secara berulang-ulang, seragam, dan terus-menerus terhadap penduduk sipil.[51] Semua faktor ini tercakup baik dalam kata "meluas" maupun "sistematik".

Dalam jurisprudensi internasional yang sudah diterima secara umum, kata meluas (*widespread*) merujuk kepada jumlah korban (*number of victims*), sedangkan kata sistematik (*systematic*) merujuk kepada kebijakan (*policy*) atau rencana (*plan*) yang disiapkan sebelumnya.[52]

---

[45] Lihat putusan *Tadic*, para. 644.

[46] *Kayishema dan Ruzindana*, para. 128, mengutip putusan *Tadic*, para. 638; *Rutaganda*, para. 70; *Kupreskic dan Lain-Lain*, para. 549; *Blaskic*, para. 211, 214.

[47] Putusan Banding *Tadic*, para. 271.

[48] *Blaskic*, para. 202-3.

[49] Putusan *Tadic*, para. 646-7; Sidang Pengadilan I ICTR dalam kasus *Akayesu* (para. 579) memutuskan bahwa versi bahasa Perancis yang menggunakan kata "et" (dan) antara "luas" dan "sistematik" adalah salah. Hal ini diikuti dalam kasus *Rutaganda*, para. 66; *Musema*, para 202-3.

[50] *Blaskic*, para. 207.

[51] *Jelisic*, para. 53; *Blaskic*, para. 203.

[52] *Kayishema dan Ruzindana*, para. 123. Bandingkan dengan putusan *Tadic*, para. 648; *Blaskic*, para. 206.

Hal ini paling tidak tampak dalam putusan ICTR, dalam perkara *Akayesu*, yang mengartikan kata "meluas" sebagai "tindakan masif, berulang, dan berskala besar, yang dilakukan secara kolektif dengan dampak serius dan diarahkan terhadap sejumlah besar korban (*multiplicity of victim*)"; sedangkan kata "sistematik" diartikan sebagai "diorganisasikan secara mendalam dan mengikuti pola tertentu yang terus-menerus berdasarkan kebijakan yang melibatkan sumberdaya publik atau privat yang substansial," meskipun kebijakan tersebut bukan merupakan kebijakan negara secara formal.[53] Bandingkan dengan putusan ICTY, dalam perkara *Blaskic*, yang mengartikan "sistematik" sebagai "*the existence of a political objective, a plan pursuant to which the attack is pepetrated or an ideology, in the broad sense of the word, that is, to destroy, persecute or weaken a community*".

Statuta Roma tidak mendefenisikan secara eksplisit apa yang dimaksudkan dengan "meluas" atau "sistematik".[54] Pasal 7 Statuta Roma hanya menerangkan kata "meluas" atau "sistematik" tersebut sebagai "berkaitan dengan atau sebagai pelaksanaan kebijakan negara atau organisasi." Ketentuan ini jelas merupakan suatu contoh perancangan hukum yang kaku. Sebab frasa "berkaitan dengan atau sebagai pelaksanaan kebijakan negara atau organisasi" secara tidak disengaja mengaburkan batasan antara "serangan meluas" dan "serangan sistematik" yang telah diterima menjadi jurisprudensi internasional. Karena itu, guna menyesuaikan Pasal 7 Statuta Roma dengan jurisprudensi internasional, saya ingin mengajukan argumen tentang perbedaannya itu pada tingkat pengorganisasian serangan. Suatu serangan dikatakan "meluas", apabila dibuktikan ia dilakukan terhadap sejumlah besar korban berkaitan dengan atau sebagai pelaksanaan kebijakan negara atau organisasi seperti tampak dalam kasus persekusi kaum Yahudi oleh Jerman Nazi. Dan suatu serangan dikatakan "sistematik", apabila dibuktikan bahwa serangan itu direncanakan atau lahir dari suatu kebijakan (*policy*), dikoordinasikan atau diorganisasikan oleh negara, organisasi atau kelompok-kelompok lainnya. Dengan kata lain, sistematik merupakan tingkat lebih tinggi ketimbang meluas, karena "meluas" dapat saja dilakukan tanpa adanya kebijakan atau direncanakan, dikoordinasikan atau diorganisasikan oleh negara, organisasi atau kelompok-kelompok lainnya.

6. Elemen Kebijakan

Meskipun Piagam Nuremberg tidak mencantumkan persyaratan adanya unsur kebijakan (*policy*) negara atau organisasi secara eksplisit, tetapi dalam putusannya Pengadilan Nuremberg menggariskan, bahwa tindakan tidak manusiawi yang merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan dilakukan sebagai bagian dari kebijakan teror dan umumnya diorganisasikan dan sistematik.[55] Dalam dekade berikutnya, ICTR dalam perkara *Kayishema*

[53] *Akayesu*, para. 580; *Rutaganda*, para. 67; *Musema*, para. 204.

[54] Serangan 'diarahkan terhadap penduduk sipil' dalam elemen konteks ini diartikan sebagai tindakan yang melibatkan pelaksanaan-pelaksanaan perbuatan yang dirujuk dalam Pasal 7, paragraf 1 Statuta, terhadap penduduk sipil manapun, berkaitan dengan atau sebagai pelaksanaan kebijakan negara atau organisasi untuk melakukan serangan demikian. Tindakan-tindakan tersebut tidak harus berupa serangan militer. Dipahami bahwa "kebijakan untuk melakukan serangan demikian" mensyaratkan bahwa negara atau organisasi secara aktif mempromosikan atau mendorong serangan demikian terhadap penduduk sipil.

[55] Putusan *Tadic*, para. 648. Lihat juga kasus *Justice* yang diputuskan menurut UU Dewan Pengawas No. 10, di mana Tribunal memutuskan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan harus didefinisikan secara ketat untuk mengecualikan kasus-kasus kekejaman atau persekusi yang terisolasi, baik yang dilakukan individu secara

dan Ruzindana, persyaratan tersebut dikukuhkan kembali; bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan pelaksanaan dari suatu kebijakan untuk mengecualikannya dengan perbuatan-perbuatan individual yang dilakukan tanpa adanya dorongan atau arahan dari negara, organisasi atau kelompok-kelompok lainnya. Adanya unsur kebijakan (*policy*) inilah yang memberikan dimensi pada kejahatan tersebut yang membuatnya layak dihukum sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan.[56]

Kebijakan (*policy*) yang dimaksudkan tidak harus disusun oleh badan tertinggi negara, diformalkan, atau secara jelas dan gamblang diumumkan. Melainkan juga dapat dilihat pada saat perbuatan terjadi; artinya sifat meluas atau sistematik dari serangan sudah mengindikasikan adanya kebijakan,[57] meskipun kaitan ini dibantah oleh otoritas berwenang atau aparat pelaksana kebijakan.[58] Fakta adanya kebijakan dapat ditarik dari: keseluruhan konteks politik saat terjadinya perbuatan; pembentukan dan implementasi institusi politik dengan kekuasaan apapun di wilayah bersangkutan; nada-nada dalam program politik seperti ditunjukkan para penulis politik dan pidato; propaganda media; pembentukan dan implementasi institusi militer otonom; mobilisasi angkatan bersenjata; serangan militer berulang-ulang dan terkoordinasi; hirarki militer dan institusi politik serta program-programnya; perubahan komposisi etnik pada penduduk; langkah-langkah diskriminatif dalam bentuk administratif maupun lainnya (seperti pembatasan perbankan dan persyaratan adanya surat jalan).[59]

Sudah tidak diperdebatkan lagi, bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan dapat dilakukan oleh negara maupun aktor bukan-negara (*State or a non-State actor*). Hukum mengenai kejahatan terhadap kemanusiaan sudah berkembang sedemikian rupa sehingga kejahatan terhadap kemanusiaan dapat dilakukan atas nama entitas yang memiliki kontrol *de facto* terhadap wilayah tertentu, meskipun entitas tersebut tidak mendapatkan pengakuan internasional atau status formal negara *de jure*; entitas itu dapat pula berwujud kelompok teroris atau organisasi-organisasi gerliyawan.[60] Perseorangan (induvidu) dengan kekuasaan *de facto* sebagaimana disebutkan di atas atau yang terorganisasi dalam kelompok kriminal juga berada dalam posisi yang dapat melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan.[61] Bahkan, Pasal 7(2) huruf (a) Statuta Roma menyatakan, *inter alia*, serangan merupakan tindakan "berkaitan dengan atau sebagai pelaksanaan kebijakan negara atau organisasi."

---

pribadi atau otoritas pemerintahan: harus ada bukti "partisipasi secara sadar dalam prosedur sistematik yang diorganisasikan atau disetujui oleh pemerintah yang berakibat pada kekejaman dan pelanggaran yang termasuk dalam jenis-jenis yang ditunjukkan dalam daftar dan dilakukan terhadap penduduk atau berakibat pada persekusi atas dasar politik, rasial atau keagamaan." TWC, iii (1951), 982.

56 *Kayishema dan Ruzindana*, para. 124-6, mengutip komentar ILC terhadap Rancangan Kitab Undang-Undang tentang Kejahatan terhadap Perdamaian dan Keamanan Manusia 1996. Lihat juga *Akayesu*, para. 572-4, 576, mengutip *dicta* pengadilan domestik Perancis mengenai hal ini.

57 Putusan *Tadic*, para. 653; *Blaskic*, para. 204-5.

58 *Kupreskic dan Lain-Lain*, para. 551-5, dan kasus-kasus yang dikutip di dalamnya.

59 *Blaskic*, para. 204.

60 *Kupreskic dan Lain-Lain*, para. 654-5.

61 Ibid., para. 655; *Blaskic*, para. 205, mengutip Pasal 18 Rancangan Undang-Undang tentang Kejahatan terhadap Perdamaian dan Keamanan Manusia 1996 (ILC).

Kejahatan Seksual Sebagai "Crimes Against Humanity": Menyusuri Elemen-Elemennya

Pada bagian depan kita sudah membahas panjang-lebar elemen-elemen esensial dari suatu kejahatan disebut sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan, pada bagian selanjutnya ini kita akan memasuki pembahasan pada bentuk-bentuk perbuatan yang digolongkan ke dalam kejahatan terhadap kemanusiaan, terutama melihat elemen-elemen kejahatan yang menjadi persyaratannya (*element requirement*). Tetapi seperti sudah dikemukakan di awal, saya memilih fokus bahasan pada kejahatan seksual (*sexual crime*) yang tercantum dalam Pasal 7 huruf (g) Statuta Roma, yaitu mulai dari perkosaan, perbudakan seksual, prostitusi paksa, penghamilan paksa, sterilisasi paksa, hingga ke bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara. Atau dalam UU No.26/2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia tercantum dalam Pasal 9 huruf (g). Saya membatasi bahasan pada kejahatan seksual, karena tidak mungkin membahas semua bentuk perbuatan yang tercantum dalam "list" Pasal 7 Statuta Roma. Selain alasan, kurangnya perhatian terhadap isu *gender-besed violence* ini dalam literatur hukum di Indonesia.

1. Perkosaan

Perkosaan (*rape*) dimasukkan ke dalam kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan Pasal II (1) huruf (c) Undang-Undang Dewan Pengawas No. 10, Pasal 5 huruf (g) Statuta ICTY, Pasal 3 huruf (g) Statuta ICTR, dan Pasal 7 (1) huruf (g) Statuta Roma.

Pengertian perkosaan telah mengalami perubahan yang signifikan dalam praktik atau jurisprudensi internasional. Dalam ICTR contohnya, dalam perkara *Akayesu*, perkosaan diartikan sebagai "bentuk serangan" yang elemen utamanya "tidak dapat ditetapkan dalam gambaran yang mekanistis tentang hubungan obyek dan bagian tubuh." "Kerangka konseptual" ini digunakan dalam mendefinisikan perkosaan dengan mengakui bahwa elemen-elemen terpenting dalam perkosaan bukanlah terletak pada detil-detil mengenai bagian tubuh atau objek yang digunakan, tetapi elemen "serangan yang diekspresikan secara seksual dalam keadaan paksaan." Dengan pandangan ini, pengadilan (ICTR) kemudian mendefenisikan perkosaan sebagai "*a physical invansion of a sexual nature, committed on a person under circumstances wich are coercive*". Jadi pengertian perkosaan tidak lagi harus mencakup ada atau tidaknya elemen hubungan kelamin.[62]

'Keadaan paksaan' tidak perlu dibuktikan dengan adanya kekerasan fisik, ancaman, intimidasi, pemerasan, melainkan juga dapat "bentuk-bentuk tekanan lainnya yang mengambil keuntungan dari rasa takut atau keputusasaan" diartikan sebagai paksaan.[63] Selain itu, dalam situasi-situasi tertentu seperti konflik bersenjata, paksaan dapat pula menjadi bagian inheren dari perbuatan yang dilakukan.[64] Perkosaan harus dibedakan dari bentuk-bentuk kekerasan seksual lainnya seperti "serangan fisik yang bersifat seksual," atau nyaris merupakan "serangan fisik" terhadap tubuh seseorang.[65] Memasukkan sebatang kayu ke dalam organ seksual perempuan yang sekarat merupakan perkosaan,[66] dan penetrasi paksa ke dalam mulut yang merupakan serangan terhadap martabat manusia dan merendahkan dapat dianggap sebagai per-

---

62 *Akayesu*, para. 597-8; *Musema*, para. 226.
63 *Akayesu*, para. 688.
64 *Ibid*.
65 *Musema*, para. 227.
66 *Akayesu*, para. 686.

kosaan.[67] Begitu pula, dengan pemaksaan kepada dua laki-laki untuk saling melakukan *fellasio*, juga dapat dianggap sebagai perkosaan.[68]

Defenisi konseptual sebagaimana dipaparkan di atas digunakan baik pada ICTR (dalam perkara *Akayesu* dan *Musema*) maupun pada ICTY (dalam perkara *Celibici*). Definisi tersebut dianggap cukup fleksibel untuk memenuhi perkembangan norma-norma peradilan pidana dalam konteks kejahatan seksual.[69] Namun kerangka ini tidak digunakan secara konsisten dalam praktik. Sebagai contoh putusan ICTY, dalam perkara *Furundzija*, memilih pendekatan yang lebih tradisional dalam mendefenisikan perkosaan, yakni berupa "deskripsi mekanistis tentang hubungan objek dan bagian tubuh". Perkosaan, dalam perkara *Furundzija* itu, didefinisikan sebagai: (i) penetrasi seksual terhadap vagina atau anus korban oleh penis pelaku atau obyek (alat) lainnya yang digunakan pelaku, atau terhadap mulut korban dengan penis pelaku; (ii) dengan paksaan atau kekerasan atau ancaman kekerasan terhadap korban atau pihak ketiga.[70]

Sangat disayangkan, Komite Persiapan untuk Mahkamah Pidana Internasional (*Preparatory Commission for International Criminal Court* – selanjutnya disingkat Komite Persiapan), yang diberi mandat menyusun Elemen-elemen Kejahatan dalam lingkup Statuta Roma, justru mengikuti pengertian *rape* yang tradisional tersebut. Definisi konseptual di muka dianggap terlalu kabur untuk memenuhi penuntutan pidana dalam Mahkamah Pidana Internasional (ICC).

2. Perbudakan Seksual

Perbudakan seksual (*sexual slavery*) merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan menurut Pasal 7(1) huruf (g) Statuta Roma. Ketentuan serupa ini tidak terdapat dalam Statuta-statuta sebelumnya yang pernah didirikan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB).

Perbuatan yang dituduhkan Penuntut ICTY dalam kasus *Foca* sebagai perkosaan dapat juga memenuhi kualifikasi perbudakan seksual apabila dituntut berdasarkan Statuta Roma. Korban-korban dalam kasus tersebut dikurung dalam sebuah rumah yang serupa dengan rumah bordil, dimana mereka diperlakukan sebagai hak milik pribadi para pelaku dan menjadi sasaran perkosaan dan serangan seksual yang berulangkali. Telah juga dikatakan, bahwa beberapa perempuan Rwanda terpaksa menyetujui perkawinan paksa sementara dan memberikan layanan seksual bagi "suami" mereka untuk menyelamatkan anak-anak mereka dari tindak genosida yang terjadi. Beberapa dari perempuan ini dikurung atau dibatasi geraknya, sementara yang lain tetap tinggal di rumah untuk melindungi diri atau anggota keluarga mereka dari bahaya yang diancam oleh "suami" mereka bila mereka berusaha untuk melarikan diri.[71]

Jadi adanya elemen 'perbudakan' merupakan persyaratan esensial untuk menyatakan perbuatan perbudakan seksual. Elemen-elemen Kejahatan yang disusun oleh Panitia Persiapan dalam konteks perbudakan seksual mendasarinya pada elemen perbudakan. Kerja paksa dapat pula berupa perbudakan seksual. Sebagai contoh, situasi ketika perempuan yang diambil sebagai budak seksual dipaksa

67 *Furundzija*, para. 181-6; *Musema*, para. 228.
68 *Celebici*, para. 1066.
69 *Musema*, para. 228-9.
70 *Furundzija*, para. 185.

71 Kaukus Perempuan untuk Keadilan Jender, "Recommendation and Commentary for the Elements Annex, Part I," disampaikan ke Komite Persiapan, 29 November-17 Desember 1999.

untuk memberikan "layanan seksual" dan layanan tersebut termasuk ke dalam definisi kerja paksa menurut Konvensi Kerja Paksa ILO Tahun 1930 (No. 29). Konvensi mendefinisikan "kerja paksa" sebagai "semua kerja atau layanan yang dituntut dari orang manapun di bawah ancaman sanksi apapun dan dengan orang tersebut tidak menawarkan dirinya secara sukarela." Selain itu, tindakan seksual seringkali menjadi bagian dari proses kerja paksa.[72] Elemen-elemen Kejahatan yang disusun Komite Persiapan untuk kejahatan ini juga mengakui kompleksitasnya, seperti kejahatan penghilangan paksa yang dapat dilakukan oleh lebih dari satu orang.

3. Prostitusi Paksa

Berdasarkan Pasal 7(1) huruf (g) Statuta Roma, perbuatan prostitusi paksa (*enforced prostitution*) diproklamirkan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan. Yang membedakan kejahatan ini dari perbudakan seksual adalah terletak pada imbalan keuangan (*pecuniary*) atau lainnya yang didapatkan atau diharapkan pelaku atau orang lain sebagai pertukaran atau berkaitan dengan tindakan-tindakan korban yang bersifat seksual. Dengan definisi ini, maka "*Comfort Women*" atau "Jugun Ianfu" tentara Jepang pada masa Perang Dunia Kedua yang dipaksa memberikan layanan seksual bagi tentara Jepang bukanlah bentuk prostitusi paksa, tetapi perbuatan tersebut lebih menyerupai perbudakan seksual (*sexual slavery*).

4. Penghamilan Paksa

Penghamilan paksa (*forced pregnancy*) termasuk dalam kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan Pasal 7(1) huruf (g) Statuta Roma. Pasal 7(2) huruf (f) Statuta Roma mendefinisikan "penghamilan paksa" sebagai "pembatasan ruang gerak secara tidak sah (*the unlawful confinement*) terhadap perempuan yang secara paksa dihamili, dengan maksud mempengaruhi komposisi etnik dari suatu kelompok penduduk tertentu atau melakukan pelanggaran berat lainnya terhadap hukum internasional." Tetapi definisi ini tidak dapat ditafsirkan sebagai "mempengaruhi hukum nasional berkaitan dengan kehamilan." Klausul ini ditambahkan guna meredam kecemasan beberapa delegasi pada Konferensi Roma. Penambahan klausul itu juga untuk menjelaskan, bahwa menyatakan penghamilan paksa sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan bukan berarti memberikan hak universal untuk melakukan aborsi, dan apalagi untuk membatasi kompetensi negara menerapkan kebijakan pembatasan kelahiran, aborsi berkaitan dengan prinsip konstitusional dan filsafat atau agama.[73]

Elemen yang menjadi persyaratan dalam kejahatan ini adalah mencakup perbuatan menghamili secara paksa perempuan, pembatasan ruang geraknya, dan memaksa mereka melahirkan anak dari kelompok etnik penakluk dengan maksud untuk mempengaruhi komposisi etnik suatu kelompok penduduk, atau sebagai eksperimen medis.[74] Elemen-elemen Kejahatan yang disusun Komite Persiapan untuk kejahatan ini mengikuti teks dalam Pasal 7(2) huruf (f) Statuta Roma.

---

[72] Kedua contoh ini dikutip dalam memorandum tidak resmi yang diterbitkan tanggal 20 Juni 2000 oleh koalisi organisasi non-pemerintah yang menjadi pengamat dalam Sesi Kelima Komite Persiapan.

[73] Menurut Arsanjani, yang menjabat sebagai Sekretaris Komisi Keseluruhan Konferensi Roma, istilah "kehamilan paksa (*forced*)" dipilih alih-alih "kehamilan yang dipaksakan (*enforced*)" agar istilah tersebut tidak dapat digunakan untuk melegalisasi aborsi . Lihat M.H. Arsanjani, "The Rome Statute of the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, 93, 1999.

[74] Lihat D. Robinson, "Defining "Crime against Humanity" at the Rome Conference", *American Journal of International Law*, 93, 53, 1999.

5. Sterilisasi Paksa

Pasal 7(1) huruf (g) Statuta Roma mencantumkan perbuatan sterilisasi paksa (*enforced sterilization*) ke dalam kejahatan terhadap kemanusiaan. Komite Persiapan menganggap tidak perlu menambahkan istilah "dengan kekerasan (*forcibly*)" untuk mengkualifikasikan perbuatan pelaku kejahatan ini, karena frasa "tidak dilakukan ... dengan persetujuan sesungguhnya (*genuine consent*)" dari korban atau para korban sudah dianggap cukup (*sufficient for the purpose*).

Cina mengajukan keberatan dengan rumusan tersebut, karena negara ini memiliki kebijakan satu anak (*one-child policy*) dalam usaha mengendalikan pertumbuhan penduduknya. Cina kemudian menyarankan agar alat-alat pengendalian kelahiran yang tidak dianggap sebagai alat-alat sterilisasi paksa yang dikriminalisasi berdasarkan Statuta Roma adalah yang memiliki "dampak tidak permanen," bukan semata-mata "dampak jangka pendek" seperti yang terdapat di dalam rancangan Elemen-elemen Kejahatan yang disiapkan Komite Persiapan. Usulan ini mendapatkan dukungan Israel, Yunani dan Meksiko. Di pihak lain, delegasi Kanada dan Jerman menganggap referensi apapun tentang pengendalian kelahiran tidaklah memuaskan. Dalam pandangan mereka, apabila dibaca secara harfiah, kejahatan ini menjadi tidak ada; karena sterilisasi selalu melibatkan "tindakan pengendalian kelahiran."[75]

Perbedaan pandangan yang dipaparkan di atas akhirnya mencapai kompromi jua. Kompromi nya adalah dengan menggunakan istilah "dampak yang tidak permanen dalam praktik" (*a non-permanent effect in practice*), sehingga memberikan fleksibilitas kepada ICC untuk menentukan apakah tindakan pengendalian kelahiran yang dipermasalahkan dalam praktiknya mencabut kapasitas reproduksi biologis korban secara permanen atau tidak. Kompromi ini juga dimuat ke dalam Elemen-elemen Kejahatan untuk Kejahatan Perang berupa sterilisasi paksa menurut Pasal 8(2) huruf (b)(xxii) dan (e)(vi) Statuta Roma.

Elemen-elemen Kejahatan yang disiapkan Komite Persiapan untuk kejahatan ini mensyaratkan, bahwa perbuatan pelaku haruslah telah menyebabkan satu atau lebih orang kehilangan kemampuan reproduksi biologis, dan bahwa tindakan tersebut tidak memiliki justifikasi oleh perawatan medis atau rumah sakit pada orang atau orang-orang itu, atau tidak dilakukan dengan persetujuan sesungguhnya dari mereka. Namun, "persetujuan sesungguhnya" tidak mencakup persetujuan yang didapatkan melalui penipuan; ia harus didapatkan dengan kesadaran penuh.[76]

6. Kekerasan Seksual

Seperti diputuskan ICTY dalam kasus *Furundzija*, hukum pidana internasional melarang "semua pelanggaran serius yang bersifat seksual yang ditujukan terhadap integritas fisik dan moral seseorang dengan cara paksaan, ancaman kekerasan atau intimidasi dengan merendahkan martabat korban."[77] ICTR dalam kasus *Akayesu* mendefinisikan kekerasan seksual sebagai "setiap tindakan yang bersifat seksual yang dilakukan terhadap orang dalam kondisi yang bersifat paksa, dan tidak terbatas pada serangan fisik terhadap tubuh manu-

[75] Usulan yang disampaikan Kanada dan Jerman mengenai Pasal 7. *Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP. 36* tanggal 23 November 1999, at 7, n. 11.

[76] Hal ini disarankan oleh Delegasi Ekuador pada Sesi Kelima Komite Persiapan untuk memperjelas bahwa persetujuan yang dimaksudkan adalah juga dilakukan dengan "kesadaran penuh."

[77] *Furundzija*, para. 186.

sia [namun] bisa mencakup tindakan-tindakan yang tidak melibatkan penetrasi penis atau bahkan kontak fisik sekalipun.[78] Dalam kasus tersebut diputuskan, bahwa tindakan menelanjangi korban perempuan dan memaksanya melakukan gerakan senam di muka umum merupakan bentuk kekerasan seksual.[79]

Elemen-elemen Kejahatan yang disiapkan Komite Persiapan untuk kejahatan ini menambahkan penjelaskan, bahwa pelaku harus telah melakukan "suatu tindakan bersifat seksual terhadap satu orang atau lebih, atau menyebabkan orang atau orang-orang tersebut melakukan satu atau lebih tindakan yang bersifat kekerasan seksual, atau dengan ancaman kekerasan atau paksaan seperti menyebabkan rasa takut akan kekerasan, tekanan, penahanan, penindasan psikologis atau penyalahgunaan kekuasaan terhadap orang atau orang-orang tersebut atau orang lainnya, atau dengan memanfaatkan kondisi paksa, atau ketidakmampuan orang atau orang-orang tersebut untuk memberikan persetujuan sesungguhnya." Selain itu, pelaku haruslah menyadari kondisi faktual yang menentukan beratnya tindakan tersebut.

[78] *Akayesu*, para. 598.
[79] *Ibid.*, para. 688.

PENUTUP

Penelusuran yang dipaparkan pada lembaran-lembaran di muka telah berusaha menghadirkan pemahaman yang gamblang terhadap konsep *crimes against humanity*, yang sangat kompleks itu. Saya mencoba menelusuri perkembangan konseptual dan normatifnya, elemen-elemen kejahatan yang menjadi *requirement*-nya, dan bagaimana ia diterapkan oleh pengadilan pidana internasional (ICTY dan ICTR). Dengan cara ini saya harapkan kita mendapatkan pemahaman yang memadai mengenai kejahatan yang sangat serius itu. Saya tidak tahu apakah pemaparan ini mendekat ke harapan itu atau tidak, yang jelas saya tetap jauh dari keyakinan bahwa saya tidak keliru memahaminya. Penelusuran terhadap konsep *crimes against humanity* ini menjadi sangat penting, apalagi setelah kejahatan itu telah menjadi bagian dari hukum nasional kita melalui UU No. 26/2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. UU ini menuntut komunitas hukum Indonesia memahami konsep kejahatan tersebut sebagaimana komunitas hukum internasional memahaminya. Praktik yang kita lihat pada Pengadilan Hak Asasi Manusia *ad hoc* pada kasus Timor Timur paska-jajak pendapat jauh dari memadai, tetapi telah membawa harapan bagi penyempurnaannya di masa depan.

PERTANGGUNG JAWABAN KOMANDO

P.LT. SIHOMBING, SH,LLM.

Abstract :

Since the concept of command responsibility is new in Indonesia, there are various misperception and misinterpretation on this matter. This article is dedicated to the military officers, judiciaries, and lawyers in order to help them to understood the concept of command responsibility in international humanitarian law and also in human rights law and to avoid the misperception and misinterpretation. Several important element is discussed by the writer such as the concepts of command responsibility and superiors command , type of violation in international humanitarian law and human rights law, and the application of command responsibility.

1. Pendahuluan.

Hukum humaniter internasional dan hukum hak asasi manusia berlaku sebagai aturan tingkah laku prajurit Tentara Nasional Indonesia (TNI) dalam melaksanakan tugas menanggulangi ancaman terhadap kedaulatan dan keutuhan wilayah negara serta keselamatan bangsa. Hukum tersebut juga berlaku saat prajurit TNI melaksanakan tugas bantuan kepada pemerintah sipil, polisi, kemanusiaan dan tugas perdamaian dunia. Dalam kedua hukum ini dianut pertanggungjawaban hukum yang berbeda dari sistem pertanggungjawaban hukum pada umumnya, yaitu :

> *"Bahwa pimpinan/komandan bertanggungjawab secara pidana dan perdata atas pelanggaran/kejahatan yang dilakukan anggota di bawah pengendalian dan pengawasannya, walaupun pimpinan/komandan tersebut tidak ada hubungan dengan pelanggaran/kejahatan tersebut".*

Pertanggungjawaban komando berkembang dalam doktrin dan praktik yang kemudian melembaga secara normatif dalam hukum internasional dan hukum nasional. Hal tersebut dapat dilihat pada beberapa pasal berikut:

Pasal 86 ke 2 Protokol I Tahun 1977 *"The fact that a breach of the convention or of this protocol was commited by a subordinate does not absolve his superiors from penal or diciplinary, as the case may be if they knew, or had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time, that he was commiting or was going to commit such a breach and if they did not take all reasible measures within their power to prevent or repress the breach".*

Pasal 7 ke 3 statute international criminal tribunal for the former yugoslavia, 25 May 1993 (ICTY) dan Pasal 6 ke 3 statute international criminal tribunal for Ruanda (ICTR), 31 Dec 1994. .: *" The fact that any of the acts refered to in articles 2 to 5 of the present statute was committed by a sub ordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts*

or to punish the perpetrators thereof".

Pasal 28 Rome Statute of the international criminal court, 17 July 1998 (ICC): *Responsibility of the commanders and other superiors in addition to other grounds of criminal responsibility under this statute for crimes within the jurisdiction of the court :*

(a) A Military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminal responsibiliey for crimes within the jurisdiction of the court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where :

(i) that military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were commiting or about to commit such crimes; and

*(ii) That military commander or person fail to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and pre*secution.

(b) With respect to superior and subordinate relationship not cescribed in paragraph (a), a superior shall be criminal responsible for crimes within the jurisdiction of the court committed by subordinates under his or her effective authority and cntrol, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinate, where :

(i) The superior eiher knew, or conciously disregarded information which clearly indicatec, that the sub ordinates were committing or about to commit such crimes;

(ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and

(iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

Pasal 42 UU No.26/ 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia

(1) Komandan militer atau sesorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada dalam yurisdiksi pengadilan HAM, yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah komando dan pengendaliannya yang efektif dan tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian pasukan secara patut, yaitu :

(a) Komandan militer atau seseorang tersebut mengetahui atau dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat; dan

(b) Komandan militer atau seseorang tersebut tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya utnuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau

menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenagn untuk dilakukan penyelidikan, penidikan, dan penuntutan.

(2) Seseorang atasan, baik polisi maupun sipil lainnya, bertanggungjawab secara pidana terhadap pelagngaran Hak Asasi Manusia yang berat yang dilakukan oleh bawahannya yagn berada di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif, karena atasan tersebut tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar, yakni:

(a) Atasan tersebut mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukan bahwa bawahannya sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat; dan

(b) Atasan tersebut tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruan lingkup kewenangannya untuk mencegak atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang utnuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan.

Kosep pertanggungjawaban komando merupakan sebuah konsep yang masih baru di Indonesia, sehingga dalam banyak hal terjadi mispersepsi atau pun misinterpretasi atas hal tersebut. Akibatnya dalam penegakan hukum hak asasi manusia, terjadi kegamangan baik dalam mengidentifikasi alat bukti, pengumpulan alat-alat bukti, penuntutan, pemeriksaan dan dalam sentencing.

Beberapa mispersepsi atau misinterpretasi yang terjadi yang dapat disebutkan di sini adalah: a). pertanggungjawaban komando dipandang sama dengan delik omisi; b). pertangggungjawaban komando berkaitan dengan superior order (perintah atasan); c). pertanggungjawaban komando telah didistribusikan kepada para pemegang komando bersamaan dengan pembagian tugas dan tanggung jawab; e). pemegang komando yang dapat diminta pertanggungjawabkan hanya 2 (dua) step up atau hanya atasan langsung.

Tulisan ini dimaksudkan agar para perwira, penegak hukum dan para penasehat hukum dapat memahami pertanggungjawaban komando dalam hukum humaniter dan hak asasi manusia, juga agar misinterpretasi dan mispersepsi tersebut di atas dapat dihindari. Untuk itu, tulisan ini akan membahas beberapa hal: a). Pertanggungjawaban komando dan perintah atasan; b). Bentuk-bentuk pelanggaran dalam hukum humaniter dan hukum hak asasi manusia;c). Latar belakang pertanggungjawaban komando;d). Prinsip-prinsip pertanggungjawaban komando;e). Penerapan pertangggungjawaban komando.

II. Pertanggungjawaban Komando *(Command Responsibility)* dan Perintah Atasan

Perbedaan antara pertanggungjawaban komando *(command responsibility)* dan perintah atasan penting untuk dibahas. Perbedaan itu berkonsekuensi pada adanya dua sistem pemidanaan yang berbeda. Dalam pertanggungjawaban komando, walaupun pimpinan tidak melakukan apa-apa tetapi anak buahnya melakukan kejahatan (dalam hubungan tugas) dan tindakan tersebut tidak ada hubungan dengan komandan, komandan dapat dipertanggungjawabkan pidana atau perdata apabila syarat-syarat tertentu terdapat dalam keadaan yang meliput kasus.

Sementara itu, dalam superior order anggota melaksanakan perintah atasan. Komandan melakukan tindakan berupa pemberian perintah kepada anak buahnya untuk melakukan pelanggaran/kejahatan. Pemidanaan terhadap perintah atasan (superior order) itu sendiri mengalami perkembangan. Pada periode sebelum 1945 anggota yang melanggar hukum atas perintah atasan tidak dipidana. Yang dipidana adalah komandan yang memberi perintah, dengan alasan prajurit wajib untuk patuh kepada perintah komandan.

Namun demikian, dalam perkembangannya, Oppenheim 1906 and second edition 1912, Prag.443 of the British Manual of Military law, 1914 Edit, Art.366 of the united states rules of land warfare, Section 47 (1) Germany military penal code. Section 47 (2) menegaskan apabila prajurit mengetahui bahwa perintah tersebut merupakan kejahatan sipil atau militer maka prajrit tersebut juga dipidana.

Perkembangan akhir pada periode tersebut agak berbeda, seperti dapat dilihat dalam kutipan di bawah ini:

> *"Individuals and organizations who violate the accepted laws and customs of war may be punished therefor. How ever, the fact that the acts complained of were done pursuant to order of a superior order or government sanction may be taken into consideration in determining culpability, either by way of defence or in mitigation of punishment..... (Lauterpact edition of oppenheim, british manual of military law 1944 as amended and followed by us (us manual)*

Pada periode setelah 1945, negara-negara sekutu dengan negara-negara eks daerah pendudukan mengubah ketentuan perundang-undangannya. Hal ini bertujuan agar dalam pemeriksaan di Mahkamah Militer pelaku kejahatan perang tidak lagi menggunakan "perintah atasan" sebagai alasan pembelaan absolut. Sikap dari Nuremberg Tribunal dapat dilihat dari kutipan berikut:

> *"the official position of defendants, whether as heads of state or responsible officials in government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment. That the fact the defendant acted pursuant to order of his government or of a superior shall not free him from responsibility, but they may be considered in mitigation or punishment if the tribunal detertmines that justice so requires"*

Sementara itu Tokyo Tribunal dengan mengikuti Sikap Nurenberg Tribunal menyatakan bahwa Superior order bukan unsur pemaaf atas kejahatan yang dilakukan anggota. Akan tetapi hal itu dapat dipertimbangkan sebagai unsur yang meringankan hukuman. Berikut kutipannya:

> *"... The duty to obey... order coming from a higher authority which the accused is by the law and custom of his service obliged to obey... is limited to the observance of orders which are lawful. There is no duty to obey that which is not unlawful order...".*

Sementara itu, perkembangan paling akhir mempertegas hak prajurit untuk menolak perintah *(unlawful order)*: *"The right of the soldiers to disobey unlawful order".*

Hukum di Indonesia sendiri mengatur beberapa hal. Pasal 103 (1) Kitab Undang-undang Hukum Pidana Militer (KUHPM) menyatakan bahwa militer wajib menaati perintah Dinas. (Perintah Dinas = perintah

yang berkaitan dengan tugas dan fungsi TNI). Dalam hal ini tidak dipersoalkan apakah lawful order atau unlawful order. Hal ini ditegaskan ulang dalam Pasal 11 Peraturan Disiplin Tentara (PDT) dengan menyatakan berdasarkan kedinasan atau kepentingan tentara baik lisan/tulisan, singkat, lengkap dan jelas. Sementara itu Pasal 12, PDT menyatakan bahwa bawahan harus memahami isi perintah, bertanggungkawab kepada atasan yang memberi perintah dan melaporkan kepada yang memberi perintah.

Pasal 51 (2) Kitab Undang-undang Hukum Pidana KUHP sendiri menjelaskan:

> *"Perintah jabatan tanpa wewenang, tidak menyebabkan hapusnya pidana, kecuali jika yang diperintah, dengan itikad baik mengira bahwa perintah diberikan dengan wewenang, dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya".*

Namun demikian, ketentuan pasal tersebut sudah tidak relevan dengan perkembangan hukum kebiasaan perang, hukum humaniter dan hukum hak asasi manusia.

Pasal 55 (1) ke-1 KUHP menyatakan:

> *"dipidana sebagai pelaku tindak pidana, mereka yang melakukan, yang menyuruh lakukan dan yang turut serta melakukan perbuatan".*

Dengan demikian, yang menyuruh (komandan yang memberi perintah) dan yang disuruh (anggota di bawah komando) dipidana. Dalam pertanggungjawaban komando, tidak ada tindakan aktif/positif/komisi. Akan tetapi dalam superior order, ada tindakan aktif/positif/komisi yaitu memberi/memerintahkan bawahan untuk melakukan sesuatu.

3. Bentuk-Bentuk Pelanggaran Dalam Hukum Humaniter Internasional dan Hukum Hak Asasi Manusia

Tiga bentuk pelanggaran dalam hukum humaniter internasional dan hukum hak asasi manusia adalah violation by commission, violation by ommission dan command responsibility. *Violation by commission* dapat terjadi dengan kualifikasi tindakan merencanakan *(Planned)*, menghasut (Instigated), memerintahkan *(Ordered)*, melakukan *(Committed)*, membantu *(Aided)* dan bersekongkoln *(Abetted)*.

Yang merupakan contoh violation by ommission adalah Pasal 121 KUHPM (delik Omisi Normatif):

(1) "...atau dengan sengaja melalaikan untuk meneruskan suatu pemberitahuan yang semestinya wajib ia teruskan karena jabatan kepada penguasa yang berhak..., diancam denda pidana penjara maksimum 2 tahun 8 bulan".

Contoh kedua dari *violation by ommission* adalah H.IV R 43 *(occopation law)* yaitu tidak melakukan kewajiban menurut hukum:

> *"...Occupying power...shall take alll measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety".*

Kasus Toyoda di Phillipina merupakan contoh nyata yang menyatakan apabila terjadi korban terhadap jiwa, badan dan harta benda penduduk maka penguasa daerah pendudukan bertanggung jawab secara pidana dan perdata.

Pelanggaran *by ommission* juga dapat terjadi bila undang-undang memberi tugas pemerintah untuk mengatur kehidupan dan penghidupan rakyat, namun pemerintah tidak melakukan tugasnya

sehingga timbul kekacauan yang menimbulkan hak-hak asasi dan penduduk dirugikan/korban.

Sistem hukum di Indonesia kurang mengenal adanya delik-delik omisi, sehingga dalam penegakan hukum/hak asasi manusia pada masa reformasi terdapat persangkaan khususnya dari kalangan LSM bahwa telah terjadi impunity, oknumisasi dan mengorbankan anak buah. Hal ini terjadi karena sebagian terbesar hukum pidana Indonesia merupakan terjemahan hukum pidana eks Hindia Belanda yang dirancang khusus untuk kepentingan kolonial yang cenderung melindungi pejabat-pejabat sipil dan militernya.

Pada pertanggungjawaban komando, komando/pimpinan bertanggungjawab atas kejahatan yang dilakukan oleh anak buah di bawah komandonya atau oleh orang yang berada di bawah pengendaliannya, karena gagal menggunakan kekuasaan yang dimiliki untuk mencegah, menghentikan, menindak atau menyerahkan kepada yang berwajib. Pokok persoalan di sini adalah penggunaan kekuasaan yang dimiliki dalam pelaksanaan komando dan pengendalian. Hal tersebut diikuti oleh persoalan berikutnya yaitu apa saja materi kekuasaan yang dimiliki oleh para komandan/pimpinan sehingga efektif dapat menghentikan, mencegah dan menindak pelanggar. Dengan demikian pertanggungjawaban komando tidak sama dengan violation by commission, juga tidak sama dengan *violation by ommission*. Pertanggungjawaban komando, adalah bentuk delik tersendiri dengan pembuktian tersendiri pula.

4. Latar Belakang Pertanggungjawaban Komando

Sejarah perkembangan pertanggungjawaban komando dapat dilihat dari masa awal berkembangnya hukum internasional. Hugo Grotius menyatakan :

> *"Negara dan pejabat yang berkuasa bertanggung jawab terhadap kejahatan yang dilakukan oleh orang yang berada di bawah kekuasaannya".*

Hal itu diadopsi dalam Pasal 3 Konv. IV Den Haag 1907)

> *"A belligerent party which violate the provisions of the said regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all act committed by persons forming part of its armed forces".*

Perkembangan pertanggjawaban komando juga dapat dilihat dari konsep tanggung jawab negara yang timbul sebagai akibat adanya *"internationally wrongful act of a state"* yaitu : Tindakan yang melanggar kewajiban internasionalnya. Konsep ini didasarkan pada tujuan dasar yaitu *"to protect fundamental interest of the international community"* sebagai suatu kewajiban hukum seperti terlihat dalam kutipan berikut:

> *"It is now firmly estabilished that state can be held reponsible for both civil and criminal wrongful acts. Liability exists not only in cases where the state it self is the perpetrator, but also in situations where the conduct of a person or body can be imputed to the state". (To Serve and to Protect. pp.48-49)*

Negara melindungi kepentingan fundamental masyarakat internasional dengan menghormati dan menjamin penghormatan terhadap hukum humaniter internasional dan hukum hak asasi manusia. Negara juga melakukanya dengan memerintahkan kepada kekuatan bersenjatanya untuk patuh kepada hukum huma-

niter internasional, hukum hak asasi manusia dan kebiasaan perang. Kedua hal di atas dilakukan dengan cara : a). dicantumkan dalam kebijakan nasional; b). masuk dalam legislasi nasional baik materiil maupun formal; c). diimplementarasikan ke dalam doktrin, taktik dan strategi serta diterapkan dalam sistem pendidikan dan latihan; e). ditegakkan. Apabila negara tidak melaksanakan kewajiban hukumnya dan ternyata terjadi pelanggaran oleh unsur angkatan bersenjata atau lembaga negara lainnya maka negara harus tanggung jawab.

Pertanggungjawaban komando juga menganut latar belakang yang sama dengan tanggung jawab negara yang timbul akibat terjadinya kesalahan *(wrongful act)* berupa tidak melakukan kewajiban hukumnya, yakni: a). memerintah dan mengatur; b). menegakkan disiplin terhadap hukum yang berlaku sebagai internal disiplin yang berfungsi sebagai aturan tingkah laku dalam pelaksanaan tugas (setiap prajurit memahami kewajiban menurut hukum yang berlaku); c). mencegah dan menindak pelaku pelanggaran.

Dalam hal di atas komandan berada posisi yang paling tepat untuk mencegah terjadinya pelanggaran hukum humaniter internasional dan hukum hak asasi manusia. Komandan berada pada posisi *"great public trust and responsibility and also empower to prevent or punish abuses, a heightened legal duty is imposed upon them"*.

Pasal 87 Protokol I Tahun 1977 menyatakan bahwa tugas komandan adalah mencegah, menindak dan melaporkan kepada yang berwenang, anggota di bawah komandonya atau orang lain yang berada dalam pengendaliannya yang melakukan pelanggaran. Lebih jauh dinyatakan bahwa tindakan pencegahan yang dilakukan oleh setiap komandan sesuai dengan tingkat tanggung jawabnya untuk menjamin/memastikan bahwa seluruh anggota kekuatan bersenjata di bawah komandonya sadar akan kewajibannya yang diatur dalam (hukum humaniter interansional dan hukum hak asasi manusia) konvensi dan protokol tersebut. Setiap komandan yang mengetahui anak buahnya atau orang yang berada di bawah pengendaliannnya akan terlibat atau sedang melakukan pelanggaran supaya melakukan tindakan-tindakan disiplin atau proses pidana.

Kesalahan komandan *(wrongful act)* karena lalai melaksanakan kewajiban hukumnya (menggunakan kekuasaan/ kewenangan, tugas dan kewajiban yang diberikan oleh undang-undang dan doktrin militer) untuk mencegah, menghentikan, menindak/menyerahkan pelaku kepada yang berwajib itu melahirkan tanggung jawab secara pidana ataupun perdata atas kejahatan/pelanggaran yang dilakukan anak buahnya.

Sejarah pertanggungjawaban komando berkembang lebih jauh pada pasca perang dunia II. Tokyo Tribunal melalui perkara Jenderal Tomoyuki Yamashita meletakkan prinsip pertanggungjawaban komando: a). Komandan harus bertanggungjawab atas kejahatan anak buahnya jika terpenuhi unsur-unsur; b). Komandan mengetahui atau seharusnya mengetahui anak buahnya akan melakukan suatu kejahatan perang tetapi ia tidak mencegahnya; c). Komandan mengetahui atau seharsnya mengetahui anak buahnya telah melakukan kejahatan perang tetapi ia tidak menghukumnya.

Dari Perkara Admiral Soemu Toyoda (Kas Armada Gabungan Jepang) kita dapat mencatat beberapa hal penting dari pertimbangan mahkamah :

- Elemen utama - tindakan kejahatan perang yang dilakukan bawahannya adalah atas perintah komandan - komandan bertanggungjawab (pidana/ perdata).
- Dalam hal perintah tidak ada atau keberadaannya diragukan maka pertanggungjawaban komando timbul bila terdapat elemen-elemen pokok.

Sementara itu, elemen-elemen pokok pertanggungjawaban komando :

- Adanya *atrocities* (pembunuhan-pembunuhan keji) dengan adanya laporan/pemberitahuan secara actual atau konstruktif.
- Laporan pemberitahuan actual - tertuduh (komandan) melihat kejahatan tersebut dilakukan atau diberitahu segera setelah kejahatan terjadi.
- Konstruktif, dalam lingkungan komando banyak terjadi kejahatan, sehingga menurut akal sehat bahwa tertuduh (komandan) telah mengetahui kejahatan-kejahatan tersebut terjadi.
- Adanya kekuasaan/kewenangan yang dimiliki tersangka (komandan) untuk memberi perintah agar pelaku kejahatan menghentikan tindakannya atau menghukum/menindak pelaku.
- Gagal mengambil tindakan yang diperlukan (mencegah, menhentikan dan menindak) sesuai dengan kekuasaan yang dimilikinya dalam pengendalian pasukan.

International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY) dalam perkara Karadzic dan Mladic (1996), berkesimpulan bahwa Karadzic dan Mladic bertanggungjawab secara pidana karena jelas bahwa militer dan polisi Bosnia Serbia terlibat kejahatan. Militer dan polisi berada di bawah pengendalian, komando dan perintah Radovan Karadzic dan Ratko Mladic selama periode kekuasaannya. Melalui posisi mereka dalam pemerintahan Bosnia-Serbia, Radovan Karadzic dan Ratko Mladic tahu atau terdapat alasan patut mengetahui bahwa bawahan mereka terlibat atau akan terlibat kejahatan. Keterlibatan bawahan tersebut membuktikan bahwa Radovan Karadzic dan Ratko Mladic gagal mengambil langkah yang diperlukan dan masuk akal untuk mencegah tindakan tesebut atau oleh karenanya menghukum para pelaku.

Sementara itu Zejnil Delalic, Zdravko Mucic dan Hazim Delic dijatuhi pertanggungjawaban komando karena ketiganya berada pada posisi sebagai atasan pelaku-pelaku kejahatan. Pembela mengajukan pembelaan dalam penerapan pasal 7 (3) ICTY) bahwa untuk dapat dipersalahkan berdasarkan pertanggungjawaban komando harus terbukti 5 (lima) unsur :

1. Status tersangka sebagai komandan atau sipil yang memiliki kekuasaan yang sama dengan komando militer terhadap orang yang melakukan pelanggaran.
2. Pelanggaran hukum perang telah tejadi atau akan tejadi.
3. Komandan secara actual mengetahui tindakan pelanggaran hukum perang atau komandan memiliki pengetahuan yang memungkinkan dia mengambil kesimpulan bahwa hukum perang telah dilanggar.
4. Komandan gagal bertindak untuk emnghentikan pelanggaran dengan melakukan pengusutan dan menghukum para pelaku atau mengambil langkah untuk mencegah terjadinya pelanggaran pada masa depan.
5. Kegagalan komandan bertindak sebagai penyebab terjadinya kejahatan perang.

Namun demikian Majelis Hakim dan Penuntut Umum pada kasus tersebut menyimpulkan bahwa unsur-unsur utama pertanggungjawaban komando adalah sebagai berikut :

1. Adanya hubuhnan seperior-subordinate antara atasan dan pelaku.
2. Atasan (superior) tahu atau terdapat alsan untuk mengetahui bahwa tindakan kejahatan akan tejadi atau sedang terjadi.
3. Atasan (superior) gagal mengambil langkah yang diperlukan dan tindakan-tindakan yang patut untuk mencegah tindakan kejahatan tersebut atau menghukum pelaku.

Sementara itu, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) mengadili Jean Kambanda yang menjabat sebagai Perdana Menteri Rwanda 8 April 1994 sampai 17 Juli 1994. Kambanda juga menjabat sebagai Pimpinan Dewan 20 Menteri dan berkuasa mengendalikan pemerintahan serta menentukan kebijaksanaan nasional Kepala Pemerintahan dan Angkatan Bersenjata. Kambanda juga memiliki kekuasaan terhadap pengawai sipil dan terhadap perwira-perwira tinggi militer. Tentang fakta kasus Kambanda, ICTR menyatakan bahwa:

> *"Jean Kambanda acknowledges that he knew or should have known that persons from whom he was reponsible were committing crimes of massacre upon tutsi and that he failed to prevent them or punish the perpetrators. Jean Kambanda admits that he was an eye witness to the massacres of tutsi and also had kwowledge of them from the reguler reports of perfects, and cabinet discussionas. 1 May 1998.*

5. Prinsip-Prinsip Pertanggungjawaban Komando

Pembahasan prinsip pertanggungjawaban komando dapat dimulai dengan unsur-unsur doktrin pertanggungjawaban komando, yakni:

1. Adanya hubungan subordinasi antara komandan dan pelaku kejahatan.
   - Hubungan langsung (Immediate CMMDR)
   - Hubungan tidak langsung (mengikuti hierarkhi rantai Komando)
2. Perlu dibuktikan bahwa komandan mengetahui, atau seharusnya mengetahui bahwa pasukan dibawah komandonya sedang, atau akan atau telah melakukan pelanggaran hukum internasional (mens rea)
3. Komandan telah gagal melakukan pencegahan atau menghukum pelaku pelangaran *(actus reus)*

Berdasarkan sejarah perkembangan dapat dilihat bahwa para komandan dapat dituntut pertanggungjawaban komando apabila :

1. Ada pelanggaran/kejahatan yang dilakukan oleh anggota militer di bawah komandonya atau orang-orang yang berada di bawah pengendalian-nya.
2. Pelanggaran tersebut terjadi pada waktu melaksanakan tugas/operasi dalam suatu konflik (interansional atau internal konflik).
3. Bahwa tanggungjawab komando secara pidana/perdata timbul karena adanya kesalahan komandan militer/ sipil yang memiliki kewenangan seperti komando militer yaitu tidak melakukan kewajiban hukumnya berupa penggunaan kekuasaan yang

dimilikinya untuk mencegah dan menindak pelaku pelanggaran.

4. Kekuasaan tersebut adalah kekuasaan menurut hukum yang melahirkan kewajiban hukum.
5. Kekuasaan tersebut mampu untuk mencegah, menghentikan, dan menindak pelaku pelanggaran.
6. Adanya hubungan subordinasi langsung atau tidak langsung antara komandan dengan pelaku.
7. Adanya pengetahuan komandan bahwa anak buahnya akan, sedang atau telah melakukan pelanggaran secara aktual atuapun secara konstruktif *(mens rea)*
8. Komandan dengan kekuasaan yang dimilikinya gagal melakukan pencegahan atau menghentikan atau menindak dan menyerahkan pelaku pelanggaran kepada yang berwajib *(actus reus)*

Namun demikian, di sini muncul persoalan yaitu sampai tingkat komando yang mana dapat diterapkan pertanggungjwaban komando. Dari sudut doktrin, pertanggungjawaban komando dapat diterapkan pada seluruh komando pada rantai komando (Unity of Command). Komentar Pasal 87 dan dalam kaitannya dengan pasal 86 ke 2 Protokol I Tahun 1977 menegaskan *responsibility of the commanders:*

> *"...this responsibility applies from the highest to the lowest lebel of the hierarchy, from the commander in chief down to the common soldier who take over as a head of the platoon..."*

Pelaksanaan dalam praktik, pertanggungjawaban komando diterapkan sampai pada presiden *("...covering any superior in a line of command...")*. Persoalan lain yang muncul, CMMDR mewajibkan komandan untuk menghentikan *(to suppres)*, mencegah *(to prevent)*, menindak *(to reppress)*, melapor *(to report)*. Akan tetapi hal itu bergantung pada sistem dan doktrin komando pelibatan kekuatan yang dianut.

Persoalan lain adalah syarat adanya kejahatan yang dilakukan oleh anggota militer di bawah komandonya atau orang yang berada di bawah pengendaliannya. Ada yang berpendapat bahwa harus ada terlebih dahulu putusan pengadilan atas kejahatan yang dilakukan oleh bawahan. Sesuai dengan perkembangan doktrin bahwa pertanggungjawaban komando dapat diterapkan apabila telah ada putusan pengadilan atau secara material terdapat bukti-bukti bahwa bawahan atau orang yang berada di bawah pengendaliannya terlibat kejahatan. Namun demikian, dalam praktik pemeriksaan kasus jenderal Tomoyuki Yamashita, Admiral Soemu Toyoda, Karadzic, Delalic, Mucic dan Delic, pertanggungjawaban komando diterapkan walaupun tidak ada putusan pengadilan atas pelanggaran yang dilakukan anak buahnya tetapi terdapat bukti-bukti materiil bahwa anak buah di bawah komandonya atau orang yang berada di bawah pengendaliannya telah terlibat melakukan pelanggaran/kejahatan.

Hal lain yang juga perlu diperhatikan adalah kesalahan komandan sebagai unsur tindak pidana. Kesalahan terjadi kalau kewajiban hukumnya tidak dilaksanakan. Kewajiban hukumnya adalah penggunaan kekuasaan yang dimiliki, lalai atau gagal digunakan untuk menghentikan *(to suppres)*, mencegah *(to prevent)*, menindak *(to reppress)*, melapor *(to report)*. Materi kekuasaaan komandan diatur dalam undang-undang nasional, dan juga dalam doktrin. Dengan adanya legal authority, komandan mempunyai legal obligation. Dengan demikian ada *command responsibility*.

6. Penerapan Pertanggungjawaban Komando

Penerapan pertanggungjawaban komando dapat dilakukan melalui implementasi dalam sistem legislasi nasional. Negara Inggris, Amerika Serikat, dan Australia, manual militernya mengikuti putusan Kasus Yamashita dan *high command cases*. Sementara di negara Yugoslavia melalui, Yugoslav Manual, Argentina dengan The Argentine Leyes de Guerra (1990), Belanda dengan Dutch Army Instructions (1993), Phillipina dengan Hand Book on Discipline of the Armed Forces of the Philippines dan Indonesia dengan pasal 42 UUD No.26 Tahun 2000 hanya untuk pelanggaran hak asasi manusia berat.

Penerapan pertanggungjawaban komando dalam pelanggaran hak asasi manusia berat dapat kita lihat pada UU No.26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia yang hanya mengenal delik komisi yang diatur dalam Pasal 7, 8 dan Pasal 9 serta konsep pertanggungjawaban komando yang diatur dalam Pasal 42. Delik omisi tidak dikenal sehingga tidak boleh ada dalam dakwaan, tuntutan, pemeriksaan maupun putusan. Delik omisi dapat ada dalam putusan, kecuali bila putusan didasarkan pada kewenangan hakim sebagai penemu dan pembentuk hukum walaupun validitasnya harus dihadapkan dengan KUHAP dan UUD 1945.

Berdasar atas UU No. 39/1999, pelaksana pemantauan kondisi hak asasi manusia di Indonesia hanyalah anggota Komnas HAM. Kewenangan pemantauan dalam hal ini memantau apakah telah terjadi pelanggaran berat hak asasi manusia yang dilakukan oleh militer, polisi maupun sipil dan apakah pertanggungjawaban komando dapat diterapkan. Sementara itu untuk penyelidikan pelanggaran hak asasi manusia yang berat dilakukan oleh sebuah tim ad hoc yang dibentuk oleh Komnas HAM yang terdiri anggota Komnas HAM dan anggota masyarakat. Dasar hukum kewenangan dan tindakan tim ad hoc ini adalah UU No.26 Tahun 2000 dan KUHAP. Tugas tim ad hoc adalah untuk melakukan penyelidikan dengan mengumpulkan bukti-bukti adanya pelanggaran hak asasi manusia berat, dan menjawab apakah pertanggungjawaban komando dapat diterapkan. Berdasar atas pengalaman dalam kasus-kasus pelanggaran hak asasi manusia berat yang telah diselidiki, tim ad hoc kurang mampu mengidentifikasi bukti-bukti.

Sesuai dengan KUHAP pada pelanggaran hak asasi manusia berat bukti adalah keterangan/kesaksia berupa dokumen yang menunjukkan adanya pelanggaran hak asasi manusia berat secara materiil yang dilakukan anggota militer, polisi atau PNS (Sipil) - dengan ukuran pasal 7,8,9 UU No.26 Tahun 2002. Bukti-bukti harus menunjukkan bahwa kejahatan tersebut terjadi dalam hubungan tugas (keppres, direktif panglima, rencana/perintah operasi).

Sementara itu, kriteria kebolehan penerapan pertanggungjawaban komando adalah bukti tidak adanya upaya pencegahan, penghentian, penindakan atau penyerahan pelaku kepada yang bekompeten (keterangan saksi dan dokumen) dan bukti-bukti sistem operasi dan sistem komando pelibatan kekuatan. Dalam beberapa kasus tim ad hoc/KPP HAM terlalu maju menetapkan tersangka (yang merupakan kompetensi penyidik).

Penyidikan dilakukan oleh Jaksa Agung. Dasar kewenangan dan tindakan penyidik adalah UU No. 26 Tahun 2000 dan KUHAP. Penyidik bertugas untuk melakukan penyidikan yaitu membuat pelanggaran hak asasi manusia berat yang

terjadi menjadi terang, menentukan apakah pertanggungjawaban komando dapat diterapkan dan siapa saja pejabat yang bertanggungjawab secara pidana atas pelanggaran hak asasi manusia yang terjadi.

Selanjutnya penyidik akan melakukan penuntutan berdasarkan pada terdapatnya bukti materiil bahwa anggota militer/polisi/sipil yang berada di bawah komando pengendalian yang efektif menjadi terdakwa. Terdapat pula bukti bahwa terdakwa mempunyai kewajiban hukum dan mempunyai kekuasaan atas pelaku pelanggaran hak asasi manusia berat.

Sejauh pengamatan penulis, penyidik mengalami kesulitan yang sama dengan tim ad hoc/KPP HAM dalam hal identifikasi alat-alat bukti pertanggungjawaban komando. Pemberkasan yang kurang tepat berakibat terjadinya kerancuan dalam pemeriksaan. Hal lain, seringkali yang diterapkan adalah tanggungjawab komando tetapi yang didakwakan adalah delik komisi (pasal 7,8 dan 9 UU No.26 Tahun 2000 dijuntokan dengan Pasal 55 KUHP) tetapi tidak jelas siapa yang menyuruh, atau siapa yang bersama-sama melakukan pelanggaran hak asasi manusia tersebut. Hal penting lain, terjadi impunity dengan tidak memasukkan presiden, Panglima TNI dan Kapolri sebagai tersangka.

Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc dengan majelis hakim Ad Hoc yang terdiri atas hakim karier dan hakim Ad Hoc bertugas untuk memeriksa. Dasar wewenang dan tindakan adalah Pasal 43 UU No.26 Tahun 2000, KUHAP dan Keppres No.96 Tahun 2002. Mereka bertugas untuk memeriksa, memutuskan dan sentensing.

Berdasar atas pengalaman yang ada, sejauh ini majelis hakim mengalami kesulitan yang sama dengan penyelidik dan penyidik dalam hal identifikasi alat-alat bukti penerapan pertanggungjawaban komando. Hal lain, putusan tidak sinkron dengan dakwaan dan tuntutan. Juga, yang diputus adalah delik omisi yang tidak dianut didalam UU No.26 Tahun 2000. Terjadi pula, Kapolres dihukum tetapi Kapolda tidak dihukum. Terdakwa yang dihukum hanya tiga orang sementara para tersangka untuk kasus Suai dan Liquisa diputus bebas.

Bukti dan pembuktian unsur-unsur pasal 42 UU No.26 Tahun 2000 adalah :

1. Komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer. Mereka adalah :
   a. Komandan Militer (pejabat komandan adalah berstatus militer);
   b. Seseorang bertindak sebagai komandan militer (pejabat komandan yang bukan berstatus militer tetapi kekuasaannya sama dengan komandan militer). Dapat dicontohkan : pasal 37 ayat (1) UU No.20 Tahun 1982 yang menyatakan Presiden sebagai pemegang komando tetapi dia bukan status militer melainkan sipil.
   c. Militer atau non militer yang diangkat oleh yang berwenang menurut hukum untuk menjabat sebagai [emegang komnado suatu satuan militer

   Sementara efektif sendiri berarti secara faktual memimpin dan keputusan serta perintahnya berpengaruh dan mengikat terhadap satuan di bawah komandonya. Struktur komando sendiri TNI diatur dalam :

   - Pasal 37 Ayat (1) dan ayat (3) UU No. 20 Tahun 1982, atau Pasal 14 dan pasal 18 Uu No. 3 Tahun 2002

- Keputusan Presiden No. 60 Tahun 1983
- Keputusan Panglima tentang organisasi tugas angkatan
- Keputusan Panglima tentang Doktrin Perang/Operasi
- Struktur menggambarkan chain of command mulai dari Presiden sampai dengan Komandan taktis paling bawah

Chain of command yang lebih spesifik diatur dalam :

- Keppres tentang pengerahan kekuatan/operasi.
- Direktif Panglima tentang operasi berdasarkan rencana kontinjensi dan rencana kampanye atau operasi tertentu.
- Daftar susunan tugas pada tingkat Mabes (Strategis).
- Lampiran "A" (susunan tugas) pada rencana operasi tingkat koops/operasional.
- Lampiran "A" (susunan tugas) pada rencana operasi atau perintah operasi pada tingkat taktis.

2. Dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada dalam yuridiksi pengadilan HAM. Dari sini hal yang perlu dicermati :
   - Salah satu syarat penerapan pertanggungjawaban komando
   - Pertanggungjawaban komando (dalam perkara pelanggaran hak asasi manusia) hanya dapat diterapkan kalau pelanggaran yang dilakukan oleh pasukan (satuan atau anggota bawahan pemegang komando) adalah tindakan yang diatur pada pasal 7,8 dan 9 UU No.26 Tahun 2000 tentang pengadilan hak asasi manusia.
3. Yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah komando dan pengendalian yang efektif, atau di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif. Hal-hal yang perlu dicermati :
   - Pasukan berarti satuan atau kelompok atau perorangan.
   - Terdapat hubungan subordinasi antara pemegang komando militer atau penguasa dengan pelaku kejahatan yaitu komandan/ atasan langsung, atau Komandan/atasan tidak langsugn tetapi dalam jalur rantai komando atau Jalur rantai komando sekaligus menjadi jalur komando dan pengendalian.
   - Efektif,
     a. Komando dalam bentuk perintah dan mengatur mengikat dan berpengzaruh lagnsung kepada pasukan.
     b. Pengendalian, dalam bentuk pengarahan dan pengawasan berlaku dan megnikat kepada pasukan yang sedang melaksanakan operasi.
   - Di bawah kekuasaan dan pengendalian yang efektif :
     a. Di bawah kekuasaan artinya dibawah pimpinan seseorang yang kekuasaannya sama dengan kekuasaan komando militer.
     b. Komando dan pengendalian berlaku, berpengaruh dan mengikat pasukan.
   - Yang dapat dijadikan alat bukti.
     a. Tersebut butir 1 hal.51 diatas.
     b. Alamat-alamat laporan, atau

pemegang komando menjadi alamat laporan.

c. Laporan yang dimaksud adalah laporan pelaksanaan tugas/perintah atau laporan situasi.

d. Laporan selalu berjenjang dan bertingkat mengikuti rantai komando.

4. Tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian pasukan secara patut. Hal-hal yang harus dicermati :

- Fungsi pengendalian hanya berperan dalam kaitan dengan pelaksanaan tugas dalam bentuk pemberian pengarahan dan pengawasan.
- Pengarahan dan pengawasan adalah merupakan sarana dan tugas komandan guna menjamin pelaksanaan tugas dapat mencapai tujuan dan tidak menimbulkan persoalan baru/pelanggaran hukum.
- Pengawasan pelaksanaan tugas harus dilaksanakan terus menerus sehingga komandan atau penguasa dapat mengetahui setiap perkembagnan dan setiap keadaan yang meliput pelaksanaan tugas (pengendalian secara patut).
- Tindak pidana terjadi karena tidak dilakukan pengarahan dan pengawasan secara patut.
- Tidak dilakukan pengendalian secara patut yaitu:

5. Komandan militer atau seseorang tersebut mengetahui atau dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan, atau baru saja melakukan pelanggaran hak ssasi manusia yang berat (Tersebut pasal 7,8,9 UU No.26 Tahun 2000). Hla-hal yag harus dicermati :

- Dari kewajiban memimpin, mengarahkan dan mengawasi maka komandan atau seseorang tersebut patut mengetahui apa yang sedang terjadi.
- Dari sistem laporan pelaksanaan tugas maka komandan atau seseorang tersebut seharusnya mengetahui apa yang sedang terjadi.
- Dasar keadaan saat itu yaitu terjadinya korban-korban akibat tindakan-tindakan yang diatur dalam pasal 7,8,9 UU No.26 Tahun 2000 yang terjadi dalam pelaksanaan tugas.

6. Komandan militer atau seseorang tersebut tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan. Hal-hal yang perlu dicermati adalah:

- Tindakan yang layak yang diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya.
  - Apa saja materi isi kekuasaan yang dimiliki komandan militer atau seseorang yang berkuasa seperti komando militer.
  - Sebagai atasan yang berhak menghukum.
  - Memerintah dan mengatur.
  - Mendayagunakan sumber daya militer yang berada dibawah komandonya.
  - Bukti-bukti materi kekuasaan ada pada perundang-undangan dan doktrin TNI.

- Tindakan apa yang layak diperlukan untuk :
- Mencegah dengan kewenangan memerintah dan mengatur komandan militer atau seseorang tersebut dapat mengeluarkan aturan tingkah laku dalam bentuk roe, atau buku pedoman penerapan hak asasi manusia sehingga bawahan memahami tugas dan kewajibannya dalam upaya perlindungan hak asasi manusia.
- Dengan kewenangan memerintah dan mengatur serta kewenagnan pendayaguna sumber daya militer dan kewenangan sebagai atasan yang berhak menghukum dapat digunakan untuk menghentikan pelanggaran yang sedang terjadi.
- Menyerahkan pelaku kepada yang berwenang, yaitu dengan memerintahkan polisi militer untuk melakukan penangkapan dan menyerahkan pelaku kepada Komnas HAM dan Jaksa Agung.

Penerapan hukum kebiasaan internasional khususnya delik omisi harus dibuktikan terlebih dahulu bahwa norma delik omisi yang diterapkan telah diterima oleh masyarakat internasional sebagai hukum kebiasaan yaitu bahwa norma delik omisi tersebut terdapat dalam praktik negara *(state practice)*. Norma tersebut juga diikuti dan diterapkan beberapa negara dan berlangsung dalam jangka waktu yang relatif lama.

YURISDIKSI UNIVERSAL: PRAKTIK, PRINSIP DAN REALITAS

Bhatara Ibnu Reza*

Abstract:

Application of Universal Jurisdiction basically is an effort to avoid impunity. Nevertheless in the reality its application often has been connected with state sovereignty. Recently we heard a strong reaction from Indonesian Government about the indictment of General Wiranto and seven other military officers and also Abilio Soares by Special Panel for Serious Crime Unit in Dili Court , Timor Leste. This article explains several important aspects of human rights cases in order to be applicable with universal jurisdiction, such as: the type of crimes and the requirements based on international law.

Justice delayed can be Justice denied

*(**Geoffrey Robertson QC** dalam Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice)*

PENGANTAR

Pemerintah Amerika Serikat (AS) memutuskan untuk memasukkan bekas Menhankam/Pangab Jenderal Wiranto dan sejumlah perwira militer dalam daftar pengamatan visa. Pencekalan tersebut berkaitan dengan keterlibatan Wiranto dan kawan-kawan dalam kejahatan kemanusiaan di Timor Timur pasca jajak pendapat tahun 1999. Menurut berita yang dikutip dari *The Washington Post* edisi 16 Januari 2004, keputusan tersebut merupakan sikap frustasi Washington atas penolakan Jakarta (Pemerintah Indonesia) untuk menyerahkan mereka kepada mahkamah khusus yang dibiayai oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB). Sikap AS tersebut juga merupakan ungkapan rasa kecewa mereka atas kegagalan peradilan HAM *Ad-hoc* Timtim di Indonesia untuk mengadili salah satu peserta Presiden Partai Golkar ini dan perwira militer lainnya atas kejahatan yang mereka perbuat di Timtim.[1]

Menanggapi berita tersebut, Duta Besar AS untuk Indonesia, Ralph L. Boyce secara diplomatis menyatakan AS tidak memiliki aturan pencekalan yang bersifat pribadi. Menurutnya setiap Warga Negara Indonesia (WNI) dapat mengajukan aplikasi visa kunjungan namun pemerintahnya akan mempertimbangkan aplikasi tersebut berdasarklan kegunaan dan jasa atau *merit system*.[2]

Sebelumnya, pada Februari 2003, Jenderal Wiranto beserta tujuh perwira TNI lainnya yaitu Letjen (Purn) Kiki Syahnakri (mantan Panglima Darurat Militer), Mayjen. Adam Damiri (mantan Pangdam Udayana), Mayjen Zacky Anwar Makarim (Mantan Kasatgas Keamanan), Brigjen. Tono Suratman (mantan Danrem Wira Dharma Timtim), dan Brigjen Noer Moeis (mantan Danrem Wira Dharma Timtim) dan satu orang sipil, Abilio Osorio Soares (mantan Gubernur Timtim), dinyatakan sebagai tersangka oleh *Special Panel for Serious Crime Unit* (SCU),Pengadilan Distrik Dili, Timor Timur. Penuntut Umum pada Pengadilan Distrik Dili dibawah

1 *Media Indonesia*, "Wiranto Masuk Daftar Pengawasan Visa AS", 18 Januari 2004.

2 *Kompas*,"Duta Besar Amerika Serikat Ralph L. Boyce : AS Tidak Punya Aturan Pencekalan Pribadi", 23 Januari 2003.

United Nations Mission of Support to East Timor (UNMISET), telah pula mengeluarkan perintah penangkapan terhadap mereka dengan tuduhan melakuan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) di Timor Timur sebelum dan sesudah referendum Agustus 1999.

Reaksi keras muncul dari Pemerintah Indonesia. Menteri Luar Negeri Hasan Wirayuda, di Kuala Lumpur telah memberikan tanggapan bahwa Pengadilan Distrik Dili tersebut bukanlah sebuah pengadilan internasional (*international tribunal*) sehingga tidak memiliki yurisdiksi dan kewenangan untuk melakukan penangkapan.[3] Tidak hanya itu, Ketua MPR, Amien Rais bahkan menyatakan, Indonesia sebagai negara berdaulat tidak dapat didikte oleh negara manapun.[4]

Kedaulatan memang menjadi isu utama ketika seseorang yang dianggap sebagai representasi kedaulatan atau lambang kedaulatan negara terancam oleh kekuatan asing. Namun demikian, masyarakat internasional memiliki kewajiban untuk menangkap, menahan, menuntut, mengadili para pelaku (*perpetrators*) kejahatan kemanusiaan. Banyak sudah pejabat yang memiliki jabatan dan kedudukan diadili di berbagai pengadilan internasional atau pengadilan nasional negara lain. Milosevic bekas orang kuat Yugoslavia, kini harus mengadapi 60 dakwaan jaksa penuntut umum *International Criminal Tribunal for former Yugoslavia* (ICTY). Salah seorang jenderal pada masa pemerintahan Milosevic bahkan ditangkap saat hendak mengikuti konferensi internasional di salah satu negara Eropa. Tindakan yang dilakukan oleh masyarakat internasional itu merupakan penerapan dari yurisdiksi universal.

Masyarakat internasional mengambil tindakan melalui Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) untuk mengadili pelanggaran hak asasi manusia berat dengan mendirikan beberapa pengadilan. Yang paling mutakhir adalah pengadilan untuk bekas Yugoslavia dan Pengadilan di Rwanda. Pengadilan dengan jenis yang agak berbeda didirikan di Kamboja dimana masyarakat internasional menyetujui sebuah pengadilan dengan komposisi sebagian hakim dan jaksa asing untuk mengadili bekas pejabat militer dan sipil saat Khmer Merah berkuasa (1975-1979).

Pengadilan Nasional Hak Asasi Manusia Indonesia merupakan jenis pengadilan hak asasi manusia yang lain. Namun demikian, seperti kita tahu pengadilan ini masih mempunyai banyak kelemahan. Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang menjadi dasar untuk mengadili para pelaku kejahatan kemanusiaan pasca referendum di Timor Timur mengandung banyak kelemahan mendasar misalnya mengadopsi ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam *Rome Statute of International Criminal Court* tahun 1998 secara parsial. Seperti kita tahu, undang-undang ini hanya mengatur dua kejahatan yaitu kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) dan kejahatan genosida (*crimes of genocide*). Pembuat undang-undang tidak memasukan kejahatan perang (*war crimes*) sebagai salah satu kejahatan yang diatur dalam Undang-Undang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Pengadilan Hak Asasi Manusia Timor-Timur dalam beberapa kasus menjatuhkan vonis bebas terhadap para pelaku atau pun menghukum di bawah batas minimum 10

---

3 www.detik.com," PBB Tuntut Wiranto Dalam Kasus Timtim : Menlu : Siapa Beri PBB Mandat ?" , http://www.detik.com/peristiwa/2003/02/25/20030225-140143.shtml.

4 www.detik.com, "Soal Tuntutan Terhadap Wiranto Cs : Amien : PBB Lecehkan Negara RI", http://www.detik.com/peristiwa/2003/02/25/20030225-160906.shtml

tahun penjara seperti diatur di dalam Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Putusan yang dibuat oleh majelis hakim, juga tidak memerintahkan kepada jaksa untuk mengeksekusi para terpidana agar mereka segera menjalani hukumannya.[5] Beberapa kelemahan ini kemudian menimbulkan kesan bahwa Indonesia tidak berniat (*unwilling*) dan tidak mampu (*unable*) melaksanakan peradilan yang *fair* bagi para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan di Timor Timur.

Definisi dan Penerapan Yurisdiksi Universal

Yurisdiksi diambil dari kata berbahasa Inggris, "*jurisdiction*". Kata itu sendiri pun merupakan kata yang diadopsi dari bahasa latin yaitu, "*jurisdictio*". Kata ini memiliki dua arti yaitu, kata "*juris*" yang berarti "kepunyaan hukum" dan "*dictio*", yang berarti "ucapan", "sabda", "sebutan" dan "firman".[6] Dengan demikian, dapat diartikan bahwa yurisdiksi dapat diartikan sebagai kewenangan hukum. Sedangkan universal berasal dari kata dalam bahasa latin yang berarti "semesta alam" atau "seluruh dunia". Dan bila kedua kata itu digabungkan, secara bebas dapat diartkan sebagai "kewenangan hukum yang berlaku bagi seluruh dunia".

Namun tidaklah mudah bila definisi di atas menjadi definisi yang langsung diterima. Dalam hukum internasional, yurisdiksi universal telah dikenal dan menjadi bagian dari hukum kebiasaan internasional (*customary international law*), yang merupakan dasar bagi proses peradilan domestik untuk bajak laut (*piracy*) dan perdagangan budak (*slavery*).[7] Hal itu secara parsial diambil dari perjanjian internasional yang mewajibkan para pihak (baca: negara) yang menandatanganinya untuk menghukum pelaku kejahatan yang ditemukan dalam wilayah mereka atau negara lainnya atau meng-esktradisi pelakunya yang bersedia untuk mengadili.[8]

Dalam hukum internasional hal ini dikenal sebagai asas *aut dedere aut judicare* (*extradite or prosecute*) yang sebenarnya telah dikembangkan oleh Bapak Hukum Internasional, Grotius.[9] Kegunaan dari penerapan asas itu adalah sebagai jaminan bagi siapa saja yang telah melakukan kejahatan internasional tidak akan mendapatkan perlindungan (*safe haven*) dimanapun dia berada.[10]

Dengan demikian, definisi dari yurisdiksi universal adalah kewenangan Negara menerapkan yurisdiksi terhadap kejahatan yang mempengaruhi kepentingan seluruh Negara dan didasarkan dari tekanan kebijakan internasional, sekalipun melawan kehendak Negara yang memiliki teritorial atau yurisdiksi dalam bentuk apapun.[11]

---

5 Terakhir, majelis hakim Pengadilan HAM *Ad-Hoc* untuk Kasus Timtim memvoniv bekas Pangdam Udayana, Mayjen. Adam Damiri selama 3 tahun penjara karena terbukti telah melakukan pelanggaran HAM berat Lihat, *Kompas*, "Adam Damiri Divonis 3 Tahun", 18 Juni 2003.l

6 I Wayan Parthiana, *Pengantar Hukum Internasional*, (Bandung: Mandar Maju: 1990), hal. 292.

7 Geoffrey Robertson QC, *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan: Perjuangan untuk Mewujudkan Keadilan Global*, [diterjemahkan dari buku, *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*, oleh Tim Solidamor dan Tim Komnas HAM] (Jakarta: Komnas HAM: 2002), hal. 291

8 *Ibid*. hal. 292.

9 Naomi Roht-Arriaza, "Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute, and Provide-Redress", tulisan dalam buku, Naomi Roht-Arriaza.ed., *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, (New York: Oxford University Press: 1995), hal. 25.

10 *Ibid*. hal. 25.

Sebelum menentukan apakah pada suatu peristiwa dapat diterapkan yurisdiksi universal terdapat hal-hal yang perlu diperhatikan. *Pertama*, terkait dengan kejahatan-kejahatan yang menjadi kewenangan penerapan yurisdiksi universal. Masyarakat internasional telah mengakui kejahatan yang dikategorikan sebagai kejahatan serius dalam hukum internasional. Kejahatan serius tersebut merupakan kejahatan yang telah pula diatur dalam instrumen hukum internasional atau telah pula mendapatkan posisi sebagai *jus cogens* atau posisi tertinggi dalam hirarki norma dan prinsip hukum internasional yang bersifat tetap (*peremptory*) dan tak dapat dikurangi (*non-derogable*).[12] Adapun kejahatan serius yang dimaksud adalah (1) bajak laut (*piracy*); (2) perbudakan (*slavery*); (3) kejahatan perang (*war crimes*); (4) kejahatan terhadap perdamaian (*crimes against peace*); (5) kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*); (6) genosida (*genocide*) dan (7) penyiksaan (*torture*).

Kedua, syarat-syarat penerapan yurisdiksi menurut hukum internasional didasarkan atas obyek. Hal ini penting mengingat dalam praktiknya seringkali terjadi kesimpangsiuran dan perselisihan atau sengketa kewenangan untuk mengadili pelaku yang lebih berbau politis ketimbang penerapan hukumnya. Persyaratan atas penerapan yurisdiksi adalah:

1. **Yurisdiksi Universal (*Universal Jurisdiction*)**: pengadilan nasional menjamin pelaksanaaan penerapan yurisdiksi universal dengan memiliki kewenagan mengadili berdasarkan instrumen hukum internasional yang mengatur tentang kejahatan internasional dimana negara tersebut menjadi pihak atau ketentuan hukum internasional yang telah diakui sebagai *jus cogens* atau posisi tertinggi dalam hirarki norma dan prinsip hukum internasional yang bersifat tetap (*peremptory*) dan tak dapat dikurangi (*non-derogable*).
2. **Yurisdiksi Teritorial (*Territorial Jurisdiction*)**: pengadilan nasional memiliki kewenangan mengadili terhadap segala kejahatan yang dilakukan di wilayahnya dan mengabaikan kebangsaan dari korban maupun pelaku.
3. **Yurisdiksi Nasionalitas (*Nationality Jurisdiction*) atau Yurisdiksi Personal Aktif (*Active Personality Jurisdiction*)**: pengadilan nasional memiliki kewenangan mengadili terhadap pelaku yang merupakan warga negaranya dan mengabaikan tempat kejahatan dilakukan.
4. **Yurisdiksi Personalitas Pasif (*Passive Personality Jurisdiction*)**: pengadilan nasional memiliki kewenangan mengadili didasarkan pada korban merupakan warga negaranya dan mengabaikan tempat kejahatan dilakukan.

---

11 Nicolaos Starpatsas, "Universal Jurisdiction and the International Criminal Court", *Manitoba Law Journal*, Vol. 29. No.1 (2002). hal. 11. Dalam Prinsip 1 angka 1. *The Princeton Principles*, pengertian Yurisdiksi Universal adalah. "...*universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, withaout regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercises such jurisdiction*". Sedangkan dalam Prinsip ke- 13 *Brussels Principles Against Impunity and for International Justice*, memberikan pengertian Yurisdiksi Universal sebagai."...*the right of state to institute legal proceedings and to try the presumed author of an offence, irrespective of the place where the said offence has been commotted, the natonality or the placeof residence of its presumed author or of the victim.*"

12 M. Cherif Bassiouni, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59. No. 4. (Autumn 1996). hal. 67.

5. **Yurisdiksi Protektif (*Jurisdiction Proctective*) atau Yurisdiksi kebendaan (*Jurisdictio in rem*)**: pengadilan nasional memiliki kewenangan untuk mengadili setiap kejahatan yang dilakukan atas benda milik negaranya (bergerak maupun tidak bergerak) yang berada di luar teritorialnya, para korban yang timbul dari kejahatan tersebut atau kejahatan terhadap kepentingan nasionalnya.

Prinsip-Prinsip Dalam Pelaksanaan Yurisdiksi Universal

Usaha untuk mendukung penerapan yurisdiksi universal dengan menyusun prinsip-prinsip yurisdiksi universal telah banyak dilakukan oleh para pakar hukum internasional, LSM internasional. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* adalah salah satu prinsip yang disusun oleh para peserta dalam *Princeton Project on Universal Jurisdiction* pada tahun 2001 dan *Brussels Principles Against Impunity and for International Justice* yang diadopsi oleh *Brussels Groups for International Justice* pada 13 Maret 2002.

The Princeton Principles juga mengakui kejahatan yang dianggap sebagai kejahatan serius seperti (1) bajak laut (*piracy*); (2) perbudakan (*slavery*); (3) kejahatan perang (*war crimes*); (4) kejahatan terhadap perdamaian (*crimes against peace*); (5) kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*); (6) genosida (*genocide*) dan (7) penyiksaan (*torture*) dalam prinsip 2 angka 1.[13] Dalam prinsip 5, *The Princeton Principles* tidak mengakui kekebalan hukum tersangka yan memiliki jabatan resmi seperti kepala negara atau kepala pemerintahan.[14]

Brussels Principles Against Impunity and for International Justice juga mengakui kejahatan berat hak asasi manusia dan pelanggaran Hukum Humaniter Internasional (Prinsip 1 angka 1).[15] *Brussels Principles* secara jauh juga mengatur hak-hak korban yang tidak dapat dikompromikan.[16] Selain itu *Brussels Principles* mengatur sumber-sumber dari hak-hak dan tanggungjawab negara dalam menjalankan kewajibannya menerapkan yurisdiksi universal terhadap kejahatan yan dikategoikan sebagai kejahatan serius.[17]

Selain kedua prinsip tersebut, *Amnesty Internastional* (AI), sebuah LSM pemantau hak asasi manusia internasional terkemuka, telah pula menyusun 14 prinsip yang harus diperhatikan oleh pembuat undang-undang di masing-masing negara dalam mengefektifkan penerapan yurisdiksi universal. Dalam menjelaskan setiap prinsipnya, AI telah melakukan elaborasi dari hukum kebiasaan internasioanl serta instrumen hukum internasional. Beberapa bagian dari prinsip tersebut telah ditambahkan dengan catatan-catatan yang dimiliki oleh penulis

[13] Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, (New Jersey: Office of University Printing and Mailing Princeton University: 2001), hal. 29.

[14] *Ibid*, hal. 31.

[15] Brussels Groups for International Justice, *Brussels Principles Against Impunity and for International Justice*, (From the coloquium "The Fights Against Humanity: Stakes and Perpectives: Brussels, 11-13 March 2002), hal 3.

[16] Prinsip 2 angka 2. Adapun hak-hak korban yan diatur adalah:

a) The right to know the truth about serious crimes;

b) The right to obtain justice, notably the right

- to obtain the prosecution and trial by a criminal jurisdiction of the presumed authors of the serious crime
- to obtain adequate redress for the damage suffered
- to have acces, if neccesary, to administrive bodies

[17] Prinsip No. 5 tentang *Sources of Rights and obligation of States*

tanpa mengubah substansi dari prinsisp tersebut. Keempat belas prinsip tersebut adalah :[18]

1. Kejahatan-kejahatan yang Termasuk dalam Yurisdiksi Universal.

Negara haruslah menjamin bahwa pengadilan nasional mereka menerapkan yurisdiksi universal dan/atau yurisdiksi ekstra-teritorial terhadap kejahatan yang termasuk pelanggaran hak asasi manusia berat serta penyalahgunaan dan pelanggaran hukum humaniter. Negara juga harus menjamin pelaksanaan yurisdiksi universal dilakukan atas nama masyarakat internasional atas kejahatan berat (*grave crimes*) sesuai dengan ketentuan hukum internasional ketika pelaku berada dalam yurisdiksi wilayah mereka. Bila tidak, para pelaku itu harus diekstradisi kepada negara yang bersedia dan berniat untuk mengadilinya atau menyerahkannya kepada pengadilan internasional sesuai dengan yurisdiksinya. Ketika negara gagal untuk memenuhi tanggungjawab tersebut, negara-negara lain harus segera melakukan permintaan ekstradisi pelaku dan menerapkan yurisdiksi universal.

Kejahatan yang temasuk ke dalam yurisdiksi universal yang telah diakui oleh hukum internasional adalah genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang (baik konflik bersenjata internasional maupun non-internasional), *arbitrary killing* dan penyanderaan (baik yang dilakukan oleh aktor negara maupun aktor non-negara), *extrajudicial executions*, penghilangan (*disappearances*) dan penyiksaan.

Standar internasional yang dimaksud adalah setiap ketentuan yang termasuk dalam instrumen hukum internasional yang mengatur tentang kejahatan berat yaitu: *Hague Convention (IV) Respecting Laws and Customs of War on Land* (1907), *Allied Control Council Law No, 10* (1945), *Nuremberg Charter* (1945) dan *Tokyo Charters* (1946), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1948), Empat Konvensi Perlindungan terhadap Korban Perang atau yang lebih dikenal sebagai Konvensi Jenewa (1949) dan dua Protokol Tambahannya (1977), *Conventions Against Torture and Other Cruel, Inhuman Degrading Treatment or Punishement* atau populer disebut sebagai *Covention Against Torture* (CAT) (1984)[19], *the UN Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions* (1989), *the UN Declaration on the Protection of All Person from Enforced Disappearance* (1992) dan *Rome Statute of International Criminal Court* (1998). Selain itu pembuat undang-undang nasional juga harus memperhatikan Statuta dan yurisprudensi dari dua pengadilan *ad-hoc* internasional yaitu *International Criminal Tribunal for former Yugoslavia* (ICTY) dan *International Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR).

---

[18] Amnesty International. *Universal Jurisdiction: 14 Principles on the Effective Exercise of Universal Jurisdiction*. http://www.iccnow.org/documents/otherissues/AIUniversalJurisdicMay99.pdf.

[19] Indonesia telah meratifikasi Konvensdi Anti Penyiksaan dengan diterbitkannya Undang-Undang No. 5 Tahun 1998 tentang Pengesahan *Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Tetapi yang terjadi di lapangan praktek penyiksaan serta penistaan masih berlangsung terutama yang dilakukan oleh aparat kepolisian. Malah dengan bangga mereka memperlihat tindakan itu dalam acara televisi yang berkaitan dengan kriminal. Acara yang menayangkan sepak terjang kepolisian membasmi kejahatan dimiliki oleh Indosiar (*Patroli*), RCTI (*Sergap*), TPI (*Sidik*), SCTV (*Buser*), TV 7 (*TKP*), Metro TV (*Bidik*) dan Trans TV (*Interogasi*). Sedangkan acara yang khusus mengulas tindak kriminal dari segi hukum terdapat di SCTV (*Derap Hukum*) dan Indosiar (*Jejak dan Kasus*) dsb.

Pembuat undang-undang juga harus menjamin dalam hukum pidana nasional mereka bahwa seseorang dapat dituntut kejahatan *extra territorial* yang belum lengkap/tahap permulaan (*inchoate*) dan tambahan (*ancillary*) seperti konspirasi untuk melakukan genosida dan percobaan untuk melakukan kejahatan internasional yang diakui oleh hukum internasional, secara langsung (*direct*) dan melakukan hasutan kepada umum untuk melakukan kejahtan baik seluruh atau sebagian. Hukum nasional harus secara penuh memasukan aturab-aturan berkaitan dengan tanggung jawab pidana komandan militer (*commander responsibilities*) dan pejabat sipil atas tindakan terhadap segala tindakan anak buah mereka.

2. Tidak Berlakunya Kekebalan terhadap Orang yang Memiliki Jabatan Resmi.

Pembuat undang-undang harus menjamin bahwa pengadilan nasional mereka dapat menerapkan yurisdiksi bagi siapa saja yang menjadi tersangka atau terdakwa melakukan kejahatan berat yang diakui hukum internasional dengan mengabaikan apapun jabatan para tersangka atau terdakwa pada saat dia melakukan kejahatan tersebut atau sesudahnya.

Persidangan pada *International Military Tribunal* (IMT) atau *Nuremberg Tribunal* dan *International Military Tribunal for the Far East* (IMTFE) atau *Tokyo Tribunal* serta ICTY dan ICTR, telah mengadili para pejabat tinggi negara tanpa memandang apakah mereka masih menjabat atau tidak. Malahan, dalam ICTY, bekas presiden Milosevic diesktradisi oleh pemerintahnya.[20]

Sedangkan pada ICTR, bekas Perdana Menteri Rwanda, Jean Kambanda[21] ditangkap oleh Pemerintah Kenya atas permintaan jaksa penuntut. Kambanda di tuduh telah melakukan *genocide*, dengan melakukan konspirasi untuk melakukan *genocide*, melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan dengan melakukan pembunuhan dan kejahatan terhadap kemanusiaan dengan melakukan pemusnahan. Oleh majelis hakim ICTR, Kambanda dijatuhi hukuman seumur hidup sesuai dengam tuntutan jaksa penuntut atas dasar sebagai pejabat tinggi telah mengetahui terjadinya kejahatan namun tidak dapat melakukan pencegahan.

3. Tidak Berlakunya Kekebalan terhadap Kejahatan Masa Lalu.

Pembuat undang-undang harus menjamin pengadilan nasional, menerapkan dan melaksanakan yurisdiksi terhadap kejahatan berat yang diakui hukum internasional kapanpun kejahatan itu terjadi.

---

[20] Pada tahun 2001, terjadi perubahan besar pada perpolitikan di Yugoslavia. Vojislac Kostunica memenangkan pemilihan umum di Yugoslavia dan mengalahkan Presiden Slobodan Milosevic. Milosevic sekalipun telah turun dari tampuk kekuasaanya, tetap menjadi orang kuat di Yugoslavia dengan dukungan beberapa pejabat sipil; dan militer aktif di pemerintahan. Presiden Kostunica yang hendak mengangkat keterpurukan Yugoslavia, memenuhi desakan masyarakat internasional untuk menangkap Milosevic dan mengekstradisikannya ke ICTY untuk diadili. Sekalipun usaha ekstradisi itu dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi Yugoslavia. Keputusan ekstradisi dengan dekrit Presiden Kostunica dilakukan secara terpaksa dikarenakan adanya tekanan politik pihak Barat menjelang dilakukannya konferensi negara-negara donor Yugoslavia. Tetapi keputusan ekstradisi ini juga mendapatkan tantangan dari Rusia yang merupakan sekutu Yugoslavia, dengan alasan ekstradisi Milosevic tidak meningkatkan stabilitas Yugoslavia. Selain itu para pengacara Milosevic juga berusaha menempuh jalur hukum dengan menggugat keputusan tersebut kepada mahkamah konstitusi Yugoslavia.

[21] Brenda Sue Thornton, "The International Criminal Tribunal for Rwanda: A Report from the Field", *Journal of International Affairs*, Vol.52, No. 2, (Spring:1999)., hal. 644-643. Prosecutor v. Jean Kambanda, Case No. ICTR-97-23-I, lihat *http://www.un.org/ictr*.

International Covenant on Civil Political Rights (ICCPR) telah menjamin seseorang untuk tidak diadili berdasarkan perbuatan yang belum diatur oleh hukum positif atau asas legalitas (*nullum crimen sine lege*: tiada kejahatan tanpa hukum yang mengatur).

Asas *non-retroactive* merupakan *cardinal principle* dari hukum pidana. Dalam praktiknya, setiap konstitusi di berbagai negara demokratis menolak menggelar sebuah pengadilan berdasarkan pada kasus-kasus masa lampau (*ex-post facto*).

Kendati demikian perlu diingat, kejahatan yang termasuk sebagai pelanggaran hak asasi manusia berat telah menjalani proses kriminalisasi yang cukup lama yaitu sejak Mahkamah Militer Nuremberg tahun 1946. Proses tersebut terlihat dari pengakuan oleh masyarakat internasional melalui instrumen-instrumen hukum internasional. Karenanya, para pelaku kejahatan (*perpetrator*) dikategorikan sebagai musuh umat manusia (*hostis humani generis*) dan merupakan kewajiban seluruh masyarakat internasional (*obligatio erga omnes*) untuk memberikan penghukuman baginya tanpa halangan waktu dan batas negara.

4. Tidak ada pembatasan oleh Undang-Undang Nasional.

Pembuat undang-undang harus menjamin bahwa tidak ada pembatasan terhadap tanggungjawab untuk menuntut seseorang yang bertanggungjawab telah melakukan kejahatan berat yang diakui oleh hukum internasional. Hal yang sama dilakukan oleh Indonesia tatkala melakukan amandemen UUD 1945. Amandemen UUD 45 Pasal 28 I[22], ditetapkan menjadi tambahan pasal 28 UUD 45, ditetapkan pada Sidang Tahunan MPR 2000, yang baru pertama kali dilaksanakan. Pasal 28 I diadopsi dari ketentuan-ketentuan dalam Kovenan Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik, dimana salah satunya melarang pemberlakuan asas retrokatif atau asas berlaku surut. Namun tujuan memasukkan ketentuan tersebut bukanlah untuk menghormati hak asasi manusia, melainkan untuk melindungi para pelaku pelanggaran hak asasi manusia berat di Timor Timur yang diadili berdasarkan peraturan perundangan yang berada di bawah konstitusi. Sehingga para penasehat hukum dapat menggunakan alasan *lex superiori de rogat legi inferiori*.

Jauh-jauh hari PBB telah pula mengatur sebuah konvensi yang bernama *UN Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity* pada tahun 1968. Pasal 29 Statuta Roma juga telah mengatur hal yang sama yaitu, genoside, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang tidak dapat diberlakukan pembatasan oleh undang-undang nasional.

5. Tidak Berlakunya Perintah Atasan (*Superior Orders*) Serta Alasan Pemaksaan (*duress*) dan Keterpaksaan (*necessity*) Sebagai Pembelaan Diri

Sekali lagi pengadilan-pengadilan kejahatan internasional menjadi rujukan. Pihak sekutu telah memutuskan mendakwa 22[23] orang di hadapan IMT yang merupakan pejabat tinggi militer dan sipil Nazi-

[22] Pasal 28 I (1) hak untuk hidup, halk untuk tidak disiksa, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

[23] Ke-22 orang tersebut adalah: Herman Goering, Karl Doenitz, Martin Borman, Hans Frank, Wilhelm Frick, Hans Fritzshe, Walter Funk, Rudolf Hess, Alfred Jodl, Ernst Kaltenbrunner, Wilhelm Keitel, Constain von Neurath, Fritz von Papen, Erich Raeder, Joachim von Ribbentrop, Alferd Rosenberg, Fritz Kausel, Hjalmar Schact, Baldur von Schirach, Arthur Seyss-Inquart, Albert Speer dan Julius Stericher.

Jerman. Diantara terdakwa terdapat bekas kepala staf angkatan udara Jerman, *Luftwaffe*, Marsekal Herman Goering yang juga menjadi tangan kanan semasa pemerintahan Hitler.

Dalam persidangan tersebut para terdakwa bertanggungjawab atas tindakan mereka secara individu dan mereka tidak dapat berdalih bahwa perbuatan tersebut untuk kepentingan atau karena perintah negara/atasan.[24] Kedudukan resmi terdakwa, baik kepala negara atau sebagai pejabat yang bertanggungjawab dalam institusi pemerintah, tidak dapat dijadikan alasan untuk membebaskannya dari tanggungjawab atau untuk mengurangi hukuman yang dijatuhkan.[25]

6. Hukum Nasional dan Keputusan yang Dibuat untuk Melindungi Pelaku dari Penututan Tidak Mengikat Pengadilan-Pengadilan di Negara-Negara Lain

Pembuat undang-undang harus menjamin pengadilan nasionalnya memperbolehkan menerapkan yurisdiksi terhadap kejahatan berat yang diakui oleh hukum internasional dalam kasus-kasus (*in cases*) dimana tersangka atau terdakwa dilindungi dari penghukuman oleh suatu yurisdiksi nasional.

Jikalau suatu negara telah melaksanakan pengadilan terhadap para pelaku namun tidak mengadopsi standar internasional sehingga proses pengadilan tidak berjalan secara *fair*, independen dan imparsial. Tidak berlaku bagi para pelaku asas *non bis in idem* (*double jeopardy*). Seperti telah diatur dalam pasal 20 (3) huruf (a) dan (b) Statuta Roma tentang Mahkamah Pidana Internasional (1998).

Seringkali para pelaku dilindungi oleh suatu yurisdiksi nasional apakah oleh negaranya maupun negara lain. Praktik yang terjadi di negara-negara yang hendak menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran hak asasi manusia berat di masa lalu, penyelesaiannya tidak melulu melalui proses pengadilan tetapi dengan menggunakan mekanisme lembaga Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (*Truth and Reconciliation Commission*).

Praktik *impunity* melalui mekanisme pemberian amnesti dilakukan oleh rejim militer di Amerika Latin seperti Argentina, Chile, El Salvador, Brazil, Guatemala Honduras dan Uruguay. Contohnya adalah UU No. 22.924 yang dikeluarkan rezim militer Argentina, dimana sebelum mereka turun dari kekuasaan, berdasarkan undang-undang tersebut, memberikan amnesti kepada para perwira militer yang selama pemerintahan junta militer telah melakukan pelanggaran hak asasi manusia berat. Amnesti dapat diberikan pada pelaku pelanggaran hak asasi manusia berat dalam rangka rekonsiliasi dengan terlebih dahulu para pelaku mengungkap kebenaran melalui pengakuan di hadapan komisi.

Menurut Jose Zalaquett, mantan pengacara lembaga *Amnesty International* berkebangsaan Chili, pemberian amnesti melalui mekanisme KKR haruslah memenuhi sejumlah syarat, yaitu:(1) Kebenaran haruslah terlebih dahulu ditegakkan; (2) Amnesti tidak diberikan untuk kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humnity*) dan *genocide*; (3) Amnesti harus sesuai dengan "keinginan" rakyat, sehingga tidak muncul amnesti yang bersifat *self amnesty*.[26]

---

[24] Arlina Permanasari, *et al.*, *Pengantar Hukum Humaniter*, (Jakarta: International Committe of the Red Cross, 1999), hal. 186.

[25] *Ibid.* hal 186.

[26] Lihat Ifdhal Kasim."Menghadapi Masa Lalu: Mengapa Amnesti?", Briefing Paper Series tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, no. 2, (1 Agustus 2000) hal. 8-9. Dan, Ifdhal Kasim."Apakah 'Komisi Kebenaran dan Rekonsilisasi' Itu?", *Briefing Paper Series* tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, no. 1, (1 Agustus 2000).

Namun perlu diperhatikan pendapat Profesor Cherif Bassiouni, Guru Besar Hukum hak asasi manusia Internasional dan Pidana Internasional *De Paul University*, menjelaskan amnesti adalah bentuk lain dari pemberian maaf yang diberikan oleh pemerintah terhadap suatu kejahatan terhadap publik. Pertanyaan yang kemudian terlontar, bagaimana memberikan permaafan terhadap dirinya yang dilakukan oleh aparatnya? Dan bagaimana pemerintah dapat memaafkan kejahatan yang dilakukan oleh "sekelompok orang" terhadap lainnya? Menurut Bassiouni, kekuatan utnuk memberikan maaf (*to forgive*), melupakan (*to forget*) terhadap kasus-kasus kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan penyiksaan bukan porsi dari pemerintah melainkan porsi para korban. Ditambahkannya, amnesti dapat diberikan setelah orang atau sekelompok orang telah dijatuhi hukuman (*convicted*).[27]

Amnesti hanya dapat diberikan bagi para pelaku yang melakukan makar (*rebellion*) kepada negara (*state*). Dalam hal ini para pemberontak telah melakukan kejahatan terhadap negara (*crimes against state*). Negara dalam hal ini menjadi korban dari perbuatan makar karenanya amnesti dapat diberikan kepada mereka yang telah menyerah atau berbuat baik selama menjalani hukuman.[28]

7. Tidak Ada Campur Tangan Politik

Keputusan-keputusan untuk memulai (*to start*) dan menghentikan (*to stop*) penyelidikan atau penuntutan kejahatan berat yang diakui oleh hukum internasional hanya dapat dilakukan oleh penuntut umum. Dia tunduk pada (*subject to*) penelitian yudisial yang pantas dimana tidak mengganggu (*impair*) independensi penuntut umum dan didasarkan pada hanya pada pertimbangan hukum tanpa ada campurtangan pihak luar.

Hal ini sesuai dengan Petunjuk ke 14 dari *UN Guidlines on the Role of Prosecutors* dimana dinyatakan penuntut umum tidak dapat memulai atau melanjutkan penuntutan atau tetap melanjutkan penuntutan ketika penyelidikan yang bersifat imparsial menunjukan tuduhan tidak terbukti. Petunjuk 13 (a) dan (b) menyatakan bahwa keputusan untuk memulai dan melanjutkan penuntutan harus terbebas dari unsur politik, sosial, keagamaan, rasial, kebudayaan, dan diskriminasi dalm bentuk apapun dan telah menjadi tanggungjawab negara untuk membawa, dan menolong untuk membawa pelaku pelanggaran hak asasi manusia berat dan pelanggaran hukum humaniter internasional kehadapan hukum (*brought to justice*). Juga menjadi tanggungjawab masyarakat internsional secara keseluruhan (*obligatio erga omnes*) yang didasarkan pada kepentingan korban dan keluarganya.

8. Penyelidikan dan Penuntutan dalam Kasus Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat Tidak Perlu Menunggu Keluhan Korban dan Keluarganya

Kewajiban untuk menyelidiki dan menuntut pelaku dengan mengatasnamakan masyarakat internasional, seharusnya tidak mendapatkan rintangan dalam bentuk apapun. Misalnya, ketentuan tentang alat bukti serta pembatasannya serta pengaduan dari korban tau keluarganya, sehingga proses penyelidikan dan penuntutan menjadi tertunda atau terhenti.

---

[27] M. Cherif Bassiouni, *Op.Cit.* hal 19.

[28] Bhatara Ibnu Reza, " Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi : Suatu Kritik", http://www.hukumonline.com/artikel_detail.asp?id=8242

9. Jaminan Bahwa Pelaksanaan Pengadilan Bersifat *Fair* dan Diakui Secara Internsional

Pembuat undang-undang harus menjamin bahwa hukum acara mereka menjamin tersangka atau terdakwa kejahatan berat yang diakui oleh hukum internasional dan mendapatkan hak-hak untuk diadili secara *fair* serta berdasarkan standar internasional. Semua pejabat yang tergabung dalam *integerated criminal justice system* seperti polisi, jaksa dan hakim penghormatan terhdap hak-hak tersebut.

Hak-hak tersebut telah dijamin dalam Pasal 9, 10 dan 11 *the Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), Pasal 9, 14, 15 ICCPR, *the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, *the UN Body Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment* (1988). Pasal 7 dan 17 CAT, *the UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, *UN Guidlines on the Role of Prosecutors* dan *UN Basic Principles on the Role of Lawyers*. Hak-hak tersebut juga diatur dalam Statuta Roma tentang Mahkamah Pidana Internasional, Statuta serta Hukum Acara dan Pembuktian (*Rules of Procedures and Evidence*) ICTY dan ICTR juga Konvensi Jenewa 1949 dan protokolnya.

Tersangka atau terdakwa berhak mendapatkan penterjemah dan interpretasi dalam bahasa yang sangat dimengerti olehnya. Serta dapat berbicara dalam tiap tingkat pengadilan, selama proses tanya-jawab selaku tersangka sesaat dia ditanya. Hak untuk mendapatkan penterjemah dan interpretasi adalah bagian dalam hak untuk mempersiapkan pembelaan.

Pengadilan juga tidak dapat melakukan pengadilan secara *in absentia* terhadap pelaku kejahatan berat yang diakui oleh hukum internasional. Baik Statuta Roma tentang Mahkamah Pidana Internasional, Statuta ICTY dan Statuta ICTR tidak mengakui kewenangan mengadili secara *in absentia*.

10. Pengadilan Terbuka untuk Umum dan Pengawas Internasional

Hal ini penting karena tidak hanya hukuman telah dilaksanakan (*only to be done*) tetapi juga pelaksanaannya juga terlihat (*seen to be done*). Organisasi antarpemerintah dan LSM harus diperbolehkan untuk menghadiri dan memantau jalannya pengadilan oleh otoritas nasional.

Kehadiran dan laporan hasil pemantauan akan sangat menolong penjaminan terhadap kepentingan penuntutan sehingga proses tersebut tetap mendapatkan perhatian para korban, saksi-saksi dan negara di mana kejahatan terjadi. Laporan hasil pmantauan juga berguna untuk mendapatkan kepercayaan masyarakat internasional dan penghormatan atas integritas dan *fairness* atas pengadilan tersebut.

11. Harus Memperhitungkan Kepentingan Korban, Keluarga Korban dan Saksi-Saksi

Pengadilan harus memberikan perlindungan kepada korban, keluarga korban dan saksi-saksi. Selama penyelidikan juga harus memperhitungkan kepentingan dan posisi korban dan saksi-saksi yang rentan (*vulnerable*), termasuk perempuan dan anak-anak. Pengadilan harus memberikan ganti rugi yang pantas kepada korban dan keluarganya.

Tetapi perlindungan yang diberikan tersebut tidak mengurangi hak-hak tersangka dan terdakwa untuk diadili melalui pengadilan yang *fair*, termasuk hak untuk melakukan pemeriksaan silang (*cross-examination*) kepada saksi.

12. Tidak Berlakunya Hukuman Mati Serta Tindak Kekejaman Lainnya atau Penghukuman yang bersifat Penistaan

Pemberian hukuman mati kepada para pelaku, melanggar dari jaminan hak untuk hidup yang telah diakui secara universal dalam Pasal 3 UDHR dan Pasal 5 UDHR tentang larangan praktik hukuman mati seserius apapun kejahatan itu. Hukuman mati juga bertentangan dengan prinsip yang diatur di dalam ICCPR (tentang hak untuk hidup (*rights to life*) yaitu pada bagian III. Pasal 6 (1) Setiap manusia berhak atas hal untuk hidup dan mendapat kan perlindungan hukum dan tiada yang dapat mencabut hak itu.

Hukuman mati tidak terdapat dalam Statuta *International Criminal Tribunal for former Yugoslavia* (ICTY), *Internasional Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR) dan *Rome Statute of International Criminal Court* (ICC) yang juga telah diakui sebagai standar internasional sebagai instrumen hukum untuk menjatuhkan hukuman bagi para pelaku pelanggaran HAM berat (*gross violations of human rights*).

13. Kerjasama untuk melakukan Penyelidikan dan Penuntutan

Negara harus secara penuh melakukan kerjasama dalam rangka penyelidikan dan penuntutan oleh otoritas nasional terhadap negara yang sedang menerapkan yurisdiksi universal terhadap pelaku kejahatan berat yang diakui oleh hukum internasional.

Majelis Umum PBB telah mengadopsi sebuah prinsip yaitu *Principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes agains humanity* yang diadopsi oleh melalui Resolusi Majelis Umum PBB 3074 (XXVIII) tanggal 3 Desember 1973. Dengan demikian, oleh penetapan dan perintah penangkapan itu, saat ini semua negara anggota PBB memiliki kewajiban untuk menangkap, mengadili dan menghukum pelaku kejahatan internasional.

Pemberian suaka tidak berlaku terhadap pelaku.

Declaration on Territorial Asylum yang diadopsi pada tanggal 14 Desember 1967 menyatakan negara tidak diperbolehkan memberikan suaka kepada para pelaku dalam kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan kejahatan terhadap perdamaian. Negara pihak dalam *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,* Konvensi Jenwa 1949 dan Protokol Tambahannya (1977), *the UN Convention against Torture* wajib menghukum para pelaku kejahatan berat yang diakui hukum internasional.

The UN Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal, Arbitrary and Summary Executions dan *Un Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* mewajibkan negara untuk bekerjasama dengan negara lain untuk mengkstradisi tersangka pelaku *extrajudicial executions* atau penghilangan paksa (*enforced dissappearaces*) bila mereka tidak dihukum oleh pengadilan nasional mereka.

14. Pelatihan efektif Bagi Hakim, Jaksa, Investigator dan Penasehat Hukum.

Para penegak hukum harus mendapatkan pelatihan berkaitan dengan implementasi instrumen hukum internasional yang relevan dan hukum kebiasaan termasuk yurisprudensi relevan dari tribunal dan pengadilan nasional negara lain dan pengadilan internsional.

Hakim, jaksa, investigator dan penasehat hukum harus pula menerima pelatihan yang pantas sesuai dengan metode sensitif pendekatan kebudayaan dan metode penyelidikan serta penuntutan terhadap kejahatan berat yang diakui oleh hukum internasional seperti diskiminasi terhadap perempuan, anak-anak serta orang-perorang dari kelompok yang mudah untuk diserang.

Praktik Penerapan Yurisdiksi Universal

Penerapan yurisdiksi universal pada dasarnya adalah untuk mencegah terjadinya *impunity* yang dilakukan oleh negaranya melalui mekanisme hukum nasionalnya. Atau seperti yang dilakukan oleh Cina kepada Kamboja yang berusaha menghalangi untuk membentuk pengadilan yang bersifat internasional untuk mengadili para pejabat Khmer merah yang berkuasa 1975-1979. Alasannya, kala itu, Cina adalah pendukung rejim Pol Pot yang merebut kekuasaan dari Jenderal Lon Nol yang didukung oleh Amerika Serikat (AS). Tidak hanya Cina, pemerintah Hun Sen di Kamboja juga berusaha untuk menghalangi terbentuknya pengadilan tersebut karena Hun Sen dahulu adalah seorang komandan pasukan Khmer Merah sebelum akhirnya membelot.

Kasus Pinochet adalah preseden yang baik dalam penerapan yuridiksi universal. Jendral Pinochet meraih kekuasaanya dalam sebuah kudeta berdarah pada tahun 1973. Selama masa pemerintahannya (1973-1990) di Chile, Pinochet bertanggungjawab atas pembunuhan, penyiksaan dan penghilangan paksa ribuan rakyatnya. Saat berada di Inggris untuk keperluan pengobatan, dia ditangkap oleh satuan kepolisian Inggris berdasarkan permintaan ekstradisi seorang Hakim Spanyol, Baltasar"Super Judge" Garzon. Saat itu, Pinochet adalah seorang "senator" seumur hidup yang memiliki kekebalan diplomatik. Namun karena telah menjadi kesepakatan negara-negara anggota Uni Eropa, proses ekstradisi terhadap Pinochet dimungkinkan.

Hakim Garzon dalam penyelidikannya menemukan bukti-bukti bahwa selama Pinochet berkuasa, terdapat warga negara Spanyol yang turut disiksa dan dibunuh dalam sebuah operasi militer bernama *Operasi Condor*.[29] Hakim Garzon juga menemukan bukti tambahan berupa pembunuhan dan penyiksaan selama tahun 1988-1989.[30]

Selama tujuh belas bulan setelah penangkapan Pinochet dan mendekam dalam tahanan rumahnya di Inggris, akhirnya pada 3 Maret 2000, Pinochet kembali ke Chile disambut dengan upacara kebesaran militer. Kendati demikian, selama masa penahanan terjadi perubahan besar dalam perpolitikan Chile. Pinochet akan segera menghadap pengadilan dan status sebagai senator seumur hidup berikut segala kekebalannya dicabut. Hingga kini, Pinochet belum dihadapkan ke pengadilan karena alasan tidak dapat menghadiri persidangan (*unfit to stand trial*) karena sakit yang permanen.

Kasus Wiranto Cs?

Perdebatan dalam kasus Jenderal Wiranto Cs yang dijadikan tersangka oleh *Special Panel for Serious Crime Unit* (SCU), Pengadilan Distrik Dili, Timor Timur masih terus berlangsung. Intinya pertanyaanya, dapatkah Wiranto Cs diekstaradisi dan diadili di Timor Timur? Penuntut Umum pada Pengadilan Distrik Dili dibawah *United Nations Mission of Support to East Timor* (UNMISET), me-

[29] Geoffrey Robertson QC. *Op.Cit.* hal. 454.
[30] *Ibid.* Hal. 458.

miliki dasar pemberlakuan yurisdiksi berdasarkan obyek yaitu yurisdiksi personal pasif dimana korban adalah warga negara Timor Timur serta yurisdiksi teritorial yaitu dimana kejahatan tersebut dilakukan. Sedangkan Indonesia memiliki yurisdiksi personal aktif (dimana Wiranto Cs menjadi warga negara). Kendati secara fakta, Pengadilan Distrik Dili memiliki keterbatasan untuk melakukan tindakan fisik terhadap siapa saja yang melakukan kejahatan itu, akan tetapi jenis kejahatan yang dilakukan masuk dalam kategori kejahatan berat yang diakui oleh hukum internasional dan pelakunya dinyatakan sebagai *hostis humani generis*. Oleh karena itu negara yang tidak mempunyai hubungan apapun dengan kasus, kemudian wajib menangkap, mengekstradisi atau melalukan penuntutan kepada pelaku kejahatan bila dia berada di wilayahnya (*aut dedere aut judicare*).

Selain itu penuntut umum telah pula mengeluarkan perintah (*arrest warrant*) penangkapan terhadap mereka dengan tuduhan melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) di Timor Timur selama sebelum dan sesudah referendum Agustus 1999. Bila perintah penangkapan tersebut disebarkan kepada negara di seluruh dunia, maka tidak ada lagi *safe haven* bagi Wiranto Cs.

Pertanyaan berikutnya, bagaimana bila dalam penerapan yurisdiksi universal tersebut timbul sengketa untuk mengadili? Tetap ada jalan keluarnya. Negara ketiga yang menerapkan yurisdiksi universal memiliki dua kewenangan. *Pertama*, melakukan ekstradisi ke negara pemohon (Timor Timur dan Indonesia). Ekstradisi oleh negara ketiga ke Timor Timur dapat dilakukan berdasarkan yurisdiksi personal pasif dan yurisdiksi teritorial. Sedangkan ekstradisi ke Indoneia berdasarkan yurisdiksi personal aktif.

Negara ketiga juga dapat mempertimbangkan negara mana (Indonesia atau Timor Timur) yang akan menjadi prioritas ekstradisi. Bila diekstradisi ke Indonesia, kemungkinan Indonesia tidak berniat untuk mengadili pelaku dan bila diekstardisi ke Timor Timur akan diadili dengan pengadilan yang tidak *fair* maka jalan *kedua* yang ditempuh yaitu melaksanakan proses penuntutan kepada pelaku (Wiranto Cs).

Penutup

Pada akhirnya penerapan yurisdiksi universal sangat terkait erat dengan soal politik.

Pertama, yurisdiksi universal lebih pada kewenangan (*authorizes*) dibandingkan dengan kewajiban (*obliges*) negara untuk menuntut dan menghukum pelaku.[31] *Kedua*, yuridiksi universal dibangun dan diterapkan secara setengah hati. Namun dalam praktiknya, telah terjadi kemajuan besar dalam penerapan yurisdiksi universal seperti yang dilakukan Mahkamah Agung Belgia yang memutuskan perkara Ariel Sharon – saat ini Perdana Menteri Israel – untuk diadili di Belgia segera setelah ia berhenti menjabat sebagai PM. Sharon diajukan ke pengadilan Belgia oleh para korban peristiwa pembantaian terhadap pengungsi Palestina di Lebanon di Kamp Sabra–Shatila tahun 1982.

Bila ditelaah secara legal, Belgia tidak memiliki sangkut paut apapun dengan kasus tersebut. Akan tetapi sejak tahun 1993, Belgia telah mengakui kejahatan internasional yang diakui dalam hukum internasional seperti kejahatan kemanusian dan genosida melalui undang-undang nasionalnya.

---

[31] Lyal S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), hal. 114.

Mengenai prinsip-prinsip yurisdiksi universal, diakui prinsip-prinsip tersebut bukanlah instrumen yang mengikat secara hukum (*legally binding*) sehingga diharapkan negara-negara dapat merujuk prinsip-prinsip tersebut sebagai *guidence* dalam menyusun undang-undang nasional mereka terkait dengan penerapan yurisdiksi universal. Namun, kemungkinan itu sangatlah kecil karena masih banyak negara yang tidak mau atau enggan menjadi pihak dalam instumen hukum internasional dan kalaupun mereka telah menjadi pihak, negara mengajukan berbagai macam reservasi terhadap isi instrumen tersebut.

Sungguhpun demikian, hal itu bukan menjadi alasan negara untuk membuat peraturan perundang-undangannya guna melindungi pelaku kejahatan berat yang diakui oleh hukum internasional. Bila kita melakukan komparasi berbagai prinsip dengan Undang-Undang nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, jelaslah jauh panggang dari api. Sekalipun undang-undang ini kemudian dilengkapi lagi dengan dua Peraturan Pemerintah (PP) yaitu PP No. 2 Tahun 2002 tentang Tata Cara Perlindungan Terhadap Korban dan Saksi dalam Pelanggaran Hak Asasi Manuai Berat dan PP No. 3 Tahun 2002 tentang kompensasi, Resititusi dan Rehabilitasi Terhadap Korban Pelanggaran HAM Berat. Kedua peraturan ini merupakan implementasi yang termaktub dalam Pasal 34 (3) dan Pasal 35 (3) UU No. 26 Tahun 2000. Campur tangan politik menghambat ditegakkannya proses keadilan dengan keluarnya Keputusan Presiden yang membatasi kewenangan untuk melakukan penuntutan terhadap pelanggaran Hak Asasi manusia berat di Timor Timur pasca jajak pendapat.[32]

Khusus untuk kasus Jenderal Wiranto, bersalah atau tidaknya harus dibuktikan oleh pengadilan. Sebuah contoh yang baik adalah apa yang dilakukan oleh bekas Presiden Serbia-Bosnia, Biljana Plavsic, yang secara berani berangkat ke Den Haag untuk diadili pada ICTY. Dihadapan pengadilan, sang "wanita besi" mengakui dan menyampaikan rasa penyesalan atas segala perbuatannya sehingga menyebakan ratusan ribu warga Bosnia tewas, dan karenanya majelis hakim ICTY memberikan keringanan hukuman dengan vonis 11 tahun penjara kepadanya.

Patut diingat, perintah penangkapan yang dikeluarkan oleh SCU merupakan keputusan dari sebuah lembaga yang berasal dari negara yang berdaulat sehingga, Indonesia harus menghormati dan menghargai penetapan tersebut sebagai sebuah kemajuan yang penting dalam penegakan *justice and accountability* serta promosi dan perlindungan hak-hak asasi manusia pada umumnya. Kita di Indonesia sebaiknya melihat hal ini sebagai suatu dorongan untuk memutus *the cycle of impunity* yang sampai hari ini masih terus melindungi para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan di tanah air sendiri.

Bhatara Ibnu Reza
Peneliti IMPARSIAL
The Indonesian Human Rights Monitor
Jl. Diponegoro 9 Menteng Jakarta 10310
Phone: (62-21) 3913819
Fax : (62-21) 31900627
e-mail: bhatara@imparsial.org

[32] Keppres No. 53 tahun 2001 tentang Pembentukan Pengadilan HAM Ad-Hoc Kasus Pelanggaran HAM Berat di Timtim pada yang membatasi penuntutan kasus dengan rentang waktu pada Agustus-Oktober 1999. Hal ini berbeda dengan rekomendasi Komisi Penyelidik Pelanggaran (KPP) HAM dimana rentang waktu pelanggaran HAM terjadi pada periode Januari-Oktober 1999. Pada Agustus 2001, kembali dikeluarkan Keppres No. 96 Tahun 2001 yang intinya membatasi lokasi kejadian (*locus delicti*) dan waktu kejadian (*tempus delicti*) yaitu pelanggaran HAM yang terjadi di Liquica, Dili dan Suai selama periode April dan September 1999.

DAFTAR PUSTAKA

Amnesty International, *Universal Jurisdiction: 14 Principles on the Effective Exercise of Universal Jurisdiction*. http://www.iccnow.org/documents/otherissues/AIUniversalJurisdicMay99.pdf

Bassiouni, M. Cherif Bassiouni. "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*". *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59. No. 4. (Autumn 1996).

Brussels Groups for International Justice, *Brussels Principles Against Impunity and for International Justice*, (From the coloquium "The Fights Against Humanity: Stakes and Perpectives: Brussels, 11-13 March 2002).

Kasim, Ifdhal. "Menghadapi Masa Lalu: Mengapa Amnesti?". *Briefing Paper Series* tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, no. 2. (1 Agustus 2000).

———"Apakah 'Komisi Kebenaran dan Rekonsilisasi' Itu?". *Briefing Paper Series* tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, no. 1. (1 Agustus 2000).

Parthiana, I Wayan. *Pengantar Hukum Internasional*, (Bandung: Mandar Maju: 1990).

Permanasari, Arlina. *et al.*, *Pengantar Hukum Humaniter*, (Jakarta: International Committe of the Red Cross, 1999).

Princeton Project on Universal Jurisdiction. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. (New Jersey: Office of University Printing and Mailing Princeton University: 2001).

Robertson QC, Geoffrey QC. *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan: Perjuangan untuk Mewujudkan Keadilan Global*. [diterjemahkan dari buku, *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*, oleh Tim Solidamor dan Tim Komnas HAM] (Jakarta: Komnas HAM: 2002).

Roht-Arriaza, Naomi. ed. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. (New York: Oxford University Press: 1995).

Starpatsas, Nicolaos. "Universal Jurisdiction and the International Criminal Court". *Manitoba Law Journal*, Vol. 29. No.1 (2002).

Sunga, Lyal S. Sunga. *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*. (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992).

Thornton, Brenda Sue. "The International Criminal Tribunal for Rwanda: A Report from the Field".

Journal of International Affairs, Vol.52, No. 2, (Spring:1999).

PENYELESAIAN PELANGGARAN HAK ASASI MANUSIA YANG BERAT; BELAJAR DARI PENGALAMAN[1]

Asmara Nababan[2]

Abstract:

This article discuss the concepts of gross human rights violation, individual responsibility in international crime, element of crime of human rights violation, the concept of command responsibility and the settlement mechanism of human rights violation. The writer asks us to take lesson learn from the experiences of Timor-Timur and Tanjung Priok trial and "the stuck" in the investigation process in Trisakti, Semanggi I dan II and Mei cases in the hand of Attorney General. The realities show that so many weaknesses are needed to be handled immediately. For that reason, it is important to make amendment of UU No. 26/2000 of Human Rights Court. The writer also discuss the hybrid tribunal in Cambodia, Timor Leste and Sierra Leone as an effort to give preference to the state to conduct its obligation and in other side also to guarantee that the court is conducted in mutual accord with international standard.

PENDAHULUAN:

Gerakan pro demokrasi yang dimotori mahasiswa berhasil memaksa mundur rejim otoritarian Soeharto pada tahun 1998. Momentum untuk akselerasi pemajuan hak asasi manusia menjadi lebih terbuka. Untuk memenuhi tuntutan dan tekanan gerakan pro demokrasi, berbagai perubahan pada tingkat instrumental segera dilakukan oleh Pemerintah Habibie, dilanjutkan Pemerintah Abdurrahmad Wahid. Pembebasan tahanan politik, pencabutan UU Anti Subversif, pencabutan status Daerah Operasi Militer (DOM) di Aceh, penghapusan lembaga Surat Izin Terbit (SIT), ratifikasi Konvensi Anti Penyiksaan, adalah sebagian dari contoh-contoh perubahan instrumental yang lebih memberi ruang bagi pengakuan atas hak-hak kemerdekaan sipil dan politik.

Ketika terjadi pelanggaran hak asasi yang luas di Timor Timur menjelang dan sesudah jajak pendapat pada tahun 1999, gerakan-gerakan masyarakat sipil semakin meningkatkan tekanannya. Kejahatan-kejahatan yang melibatkan aparat militer dan kepolisian Indonesia di Timor Timur yang dapat disaksikan oleh masyarakat umum dan internasional secara langsung, menimbulkan protes keras dan tuntutan agar kejahatan-kejahatan tersebut diselesaikan secara hukum, sesuai dengan standar-standar hukum internasional.

Tekanan internasional menguat ketika Komisi Hak Asasi Manusia PBB menyelenggarakan sidang khusus untuk membahas kasus Timor Timur 23-24 September 1999, di Geneva.[3] Pemerintah Indonesia tidak berhasil mencegah diadakannya

1 Tulisan ini didasarkan pada beberapa bab dari riset yang dilakukan oleh DEMOS bertajuk Evaluasi terhadap UU N0.26/2000 yang akan diterbitkan tahun 2004. Bab-bab yang relevan untuk tulisan ini ditulis oleh Agung Yuda, AE Priyono, dan Anton Prajasto Hardoyo.

2 Direktur Eksekutif DEMOS, Lembaga Kajian Demokrasi dan Hak Asasi Manusia, Jakarta.

3 *Special Session* atau sidang khusus Komisi HAM PBB baru tiga kali dilakukan dalam kurun waktu 50 Tahun. Sidang khsus pertama (1992) dan kedua (1993) merespons perang di bekas Yugoslavia (Bosnia) dan yang ketiga (1994) merespons genosida di Rwanda.

sidang khusus ini. Sidang ini mengeluarkan resolusi agar PBB membentuk tim investigasi internasional, yang kemudian dalam laporan penyelidikannya,[4] mengeluarkan rekomendasi perlu dibentuknya pengadilan internasional untuk menyelesaikan kejahatan serius yang terjadi di Timor Timur. Sementara itu, sebelum sidang khusus tersebut dibuka (kurang dari 24 jam), Pemerintah Indonesia dan Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) menyepakati bahwa Komnas HAM akan melakukan penyelidikan atas peristiwa ini, dan penyelesaian kasus ini akan dilakukan di pengadilan hak asasi manusia. Rencana penyelidikan itu diumumkan ke publik tanggal 22 September malam hari.

Pada mulanya Komnas HAM enggan untuk menyelidiki kasus ini, karena berbagai pengalaman penyelidikan yang dilakukan oleh Komnas HAM atas pelanggaran hak asasi yang berat, tidak diselesaikan secara adil. Sebelum kasus Timor Timur, Komnas HAM sudah menyelidiki pelanggaran hak asasi manusia di Aceh selama operasi militer. Laporan penyelidikan ini tidak diselesaikan oleh pemerintah. Hal yang sama juga terjadi pada kasus-kasus yang diselidiki oleh Komnas HAM sebelumnya, seperti kasus *extra judicial killing, torture* dan *disappearance* di Hoea/ Timika (1995) dan kasus *extra judicial killing* dan *torture* di Liquisa/ Timor-Timur (1996) yang diselesaikan melalui Pengadilan Militer. Pengadilan tersebut hanya menjatuhkan hukuman ringan kepada para prajurit TNI. Para komandan yang seharusnya bertanggungjawab pun tidak pernah dituntut. Kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat di Aceh yakni kasus Teungku Bantaqiah (1998) yang diselesaikan melalui pengadilan koneksitas (gabungan pengadilan umum dan pengadilan militer) pun berakhir sama. Semua pengalaman ini memberikan peringatan yang jelas bahwa sistem peradilan yang ada tidak dapat dan tidak mampu mengadili kasus-kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat sesuai dengan standar-standar internasional. Hal yang harus kita ingat, jenis kejahatan tersebut adalah kejahatan yang termasuk dalam jurisdiksi internasional, maka penyelesaiannya juga harus sesuai dengan standar internasional.

Hanya dengan janji yang tegas dari pemerintah, akhirnya Komnas HAM menyetujui untuk melakukan penyelidikan atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat, yang terjadi sebelum dan setelah jajak pendapat di Timor Timur. Janji pemerintah itu diwujudkan dengan diterbitkannya PERPU No.1/1999 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia pada tanggal 8 Oktober 1999. Hal itu kemudian digunakan oleh Pemerintah Indonesia sebagai argumen pokok untuk mencegah dibentuknya pengadilan internasional oleh PBB atas kejahatan terhadap kemanusiaan di Timor Timur. Hal itu sesuai dengan *exhausted principle*, yang menerima *national remedies* sebagi pilihan pertama, dimana kejahatan itu masuk dalam yurisdiksi pengadilan nasional dan internasional ("*concurent yurisdiction*") yang dikenal dalam hukum internasional. Jurisdiksi Internasional baru mulai bekerja bila *national remedies* telah habis digunakan (*exhausted*) dan peradilan nasional tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*) menegakkan keadilan.

Hal yang demikian bukan tidak disadari oleh Komnas HAM. Dorongan untuk membentuk mekanisme nasional judisial lahir dari kebutuhan nyata di Indonesia, mengingat banyaknya pelanggaran hak asasi manusia yang terjadi di masa lalu

[4] Laporan dari *International Commission for Investigation on East Timor* (ICET) diumumkan pada hari yang sama dengan pengumuman hasil penyelidikan Komnas HAM pada tanggal 31 Januari 2000.

yang tidak pernah mendapat penyelesaian yang adil dan kemungkinan pelanggaran tersebut masih besar kemungkinannya terjadi di masa depan. Indonesia membutuhkan dibangunnya mekanisme nasional, tanpa harus menolak jurisdiksi internasional.

PERPU No 1/1999 akhirnya diganti dengan UU No 20/2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Pada tahun 2002 untuk pertama kalinya perkara kejahatan terhadap manusia yang terjadi di Timor Timur 1999, disidangkan di Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad hoc Timor Timur, Jakarta. Disusul pada tahun 2003, Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad hoc Tanjung Priok memeriksa perkara kejahatan terhadap kemanusian yang terjadi pada tahun 1984. Dua pengadilan ad hoc ini, bersidang di tengah-tengah harapan dan keprihatinan yang berpusat pada pertanyaan utama yakni : dapatkah pengadilan tersebut berjalan dengan prinsip *impartial* dan *fair* untuk menegakkan keadilan sesuai dengan standar internasional?

Persidangan untuk kasus Timor-Timur dipantau dari dekat baik oleh organisasi hak asasi manusia Indonesia maupun dari luar negeri, termasuk PBB. Pengamatan dan analisis atas persidangan-persidangan kasus Timor-Timur dan kasus Tanjung Priok menunjukkan berbagai masalah serius, menyangkut hukum material dan acara dari pengadilan hak asasi manusia, serta kompetensi yang sangat diragukan dari Kejaksaan Agung sebagai institusi yang berwenang untuk melakukan penyidikan dan penuntutan. Administrasi dan kompetensi dari majelis hakim, menjadi masalah yang juga ditemukan di pengadilan itu.

Tulisan ini tidak akan membahas semua persoalan, tetapi akan menguraikan beberapa persoalan-persoalan menyangkut: konsep pelanggaran hak asasi manusia yang berat, tanggung jawab individu dalam kejahatan internasional, elemen-elemen kejahatan pelanggaran hak asasi manusia, konsep tanggung jawab komando dan mekanisme penyelesaian kejahatan pelanggaran hak asasi manusia. Mekanisme penyelesaian pelanggaran hak asasi manusia lainnya, khusus yang terjadi di masa lalu yakni komisi kebenaran (*truth commission*) tidak dibahas dalam tulisan ini.

Pelanggaran hak asasi manusia yang berat sebagai kejahatan serius

Pelanggaran hak asasi manusia dalam kategori berat atau *gross human rights violation*, terjadi ketika ada pelanggaran atas *non-derogable rights* atau pelanggaran atas *ius cogens* yang dilakukan oleh negara melalui aparatusnya. *Non-derogable rihts*, merupakan hak yang tidak dapat dikurangi -apalagi dilanggar- dalam keadaan apapun, termasuk dalam keadaan perang, yang perlindungannya tidak dapat ditunda dengan alasan apapun. Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik (ICCPR) menetapkan *non-derogable rights* meliputi hak hidup (psl 6), hak untuk tidak disiksa (pasal 7), hak untuk tidak diperbudak (psl 8), hak untuk tidak dipenjara semata-mata atas dasar ketidakmampuan untuk memenuhi suatu kewajiban dalam perjanjian (psl 11), hak untuk tidak dihukum atas tindakan yang bukan merupakan tindak pidana pada saat tindakan tersebut dilakukan (psl 15), hak untuk diakui sebagai pribadi di muka hukum (psl 16) dan hak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama (psl 18)[5] .

Pemikiran itulah yang menjadi landasan Komnas HAM ketika menjawab

5 Lihat Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik pasal 4 ayat 2.

pertanyaan dari Panitia Khusus (Pansus) DPR-RI kasus Trisakti, Semanggi I dan Semanggi II tahun 2001. Dalam suratnya, Pansus menanyakan : "apakah dalam peristiwa-peristiwa tersebut telah terjadi pelanggaran hak asasi manusia?". Komnas HAM menyatakan bahwa oleh karena hak hidup sebagai *non-derogable rights* telah dilanggar maka telah terjadi pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Namun demikian untuk memastikan secara juridis maka diperlukan penyelidikan pro-justisia.[6]

Pelanggaran hak asasi yang berat sebagai pelanggaran atas *ius cogens* adalah pelanggaran atas norma umum dalam hukum internasional yang disepakati, dan diakui oleh negara-negara dalam masyarakat internasional, sebagai sebuah norma yang tidak boleh dilanggar atau dikurangi. Norma itu hanya dapat diubah jika lebih banyak negara-negara di dunia mengakui dan menerima sebuah norma lain yang subsekuen dengannya.[7]

Pelanggaran hak asasi yang berat merupakan suatu kejahatan internasional, dimana kejahatan ini dikategorikan sebagai musuh semua umat manusia *(hostis humanis generis)*[8]. Oleh karenanya menjadi tanggung jawab semua umat manusia (*obligatio erga omnes*) untuk menyelesaikannya secara hukum, menghukum pelakunya secara adil.

Secara formal, hukum Indonesia mengenal konsep pelanggaran hak asasi manusia yang berat dalam rumusan Perpu No 1/1999. Pasal 4 Perpu tersebut menyatakan bahwa Pengadilan Hak Asasi Manusia bertugas dan berwenang untuk memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara pelanggaran hak asasi manusia berupa:

1. pemusnahan seluruh atau sebagian rumpun bangsa, kelompok bangsa, suku bangsa, kelompok berdasarkan warna kulit, agama, jenis kelamin, umur, atau cacat mental atau fisik dengan: a). melakukan perbuatan membunuh anggota kelompok tersebut; b) melakukan perbuatan yang menyebabkan penderitaan fisik atau mental yang berat pada anggota kelompok; c) menciptakan keadaan kehidupan yang bertujuan mengakibatkan kelompok tersebut musnah secara fisik; d) memaksakan cara-cara yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok tersebut; atau e) memindahkan dengan paksa anak-anak kelompok tersebut ke kelompok lain.
2. pembunuhan sewenang-wenang atau di luar putusan pengadilan;
3. penghilangan orang secara paksa;
4. perbudakan;
5. diskriminasi yang dilakukan secara sistematis;
6. penganiayaan yang dilakukan oleh pejabat yang berwenang yang mengakibatkan penderitaan yang berat bagi orang lain baik fisik maupun mental dengan maksud untuk memperoleh keterangan atau pengakuan baik dari yang bersangkutan maupun orang ketiga, atau untuk menakut-nakuti atau memaksa yang bersangkutan atau orang ketiga atau dengan alasan yang bersifat diskriminatif dalam segala bentuknya.

Rumusan yang luas dan tidak terbatas dalam kategori kejahatan "genosida" dan

6 Berlawanan dengan pendapat Komnas HAM, Pansus DPR-RI menetapkan (melalui pemungutan suara); bahwa dalam peristiwa-peristiwa tersebut tidak terjadi pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

7 Lihat *Vienna Convention on the Law and Treaties*, 1958, pasal 53.

8 Pada awalnya doktrin ini berlaku untuk kejahatan bajak laut dan perdagangan budak pada abad 19, selanjutnya berkembang mencakup kejahatan serius seperti genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dll.

"kejahatan terhadap kemanusian", sebenarnya amat menguntungkan dari segi penyelidikan, penyidikan dan penuntutan. Kejahatan yang dilakukan tidak harus mengandung elemen-elemen seperti "sistematik" atau "meluas" seperti, yang disyaratkan dalam kategori "kejahatan terhadap kemanusian", sejauh kejahatan tersebut termasuk dalam pelanggaran hak asasi yang berat, dan/atau merupakan pelanggaran terhadap *ius cogen*.

Lebih jauh, UU 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia, dalam penjelasan pasal 104 menyatakan bahwa yang dimaksud dengan "pelanggaran hak asasi manusia yang berat" adalah pembunuhan massal (*genocide*)[9] pembunuhan sewenang-wenang atau di luar putusan pengadilan (*arbitrary/extra judicial killing*), penyiksaan, penghilangan orang secara paksa, perbudakan, atau diskriminasi yang dilakukan secara sistematis (*systematic discrimanation*). Rumusan yang cukup luas dan rinci ini sudah seharusnya menjadi rujukan bagi rumusan pelanggaran berat hak asasi manusia yang berat yang digunakan untuk pengadilan hak asasi manusia.

Namun berbeda dengan rumusan dalam Perpu 1/1999 dan UU 39/1999 maka UU No.26/2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, ternyata membuat pembatasan rumusan pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Pasal 7 Undang-undang tersebut menyatakan bahwa ***pelanggaran hak asasi manusia yang berat meliputi: a. kejahatan genosida; b. kejahatan terhadap kemanusian***. Dengan demikian mengeksklusifkan berbagai pelanggaran hak asasi manusia seperti yang dirumuskan dalam UU 39/1999, seperti : diskriminasi yang dilakukan secara sistematis, penyiksaan di luar genosida atau kejahatan serius lainnya.

UU 26/2000 membuat klaim bahwa rumusan dari genosida dan kejahatan terhadap kemanusian diambil dari rumusan standar internasional. Hal itu dapat dibaca dalam penjelasan pasal 7,yang berbunyi:

> "kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusian" dalam ketentuan ini sesuai dengan *"Rome Statute of The International Criminal Court"* (Pasal 6 dan Pasal 7).

Namun demikian, bila kita melakukan perbandingan langsung dengan teks dimaksud maka kita akan menemukan berbagai perbedaan. Perbedaan-perbedaan yang sangat mengganggu itu diakibatkan oleh perbedaan dalam penerjemahan maupun dalam perumusan, antara lain:

a) Dalam Statuta Roma penjelasan unsur-unsur kejahatan yang menjadi yuridksinya, dimuat dalam statuta secara jelas dalam pasal-pasal yang memberikan pembatasan terhadap munculnya penafsiran yang berbeda. Hal Sebagaimana umpamanya diatur dalam Pasal 7 ayat 2. Sedangkan dalam UU 26/2000 hal itu tidak dilakukan secara taat asas. Ada rumusan yang dimasukkan dalam pasal

---

9 Penerjemahan pembunuhan massal sebagai *genocide* kurang tepat, karena tidak semua pembunuhan massal (*mass killing*) merupakan *genocide*. Genocide (genosida) sudah mempunyai rumusan baku sejak 1948, ketika dikeluarkannya Konvensi tentang Pencegahan dan Penghukuman Tindak Kejahatan Genosida Genosida yakni: "Ö**setiap perbuatan berikut ini yang dilakukan dengan niat untuk menghancurkan, bail: untuk seluruhnya maupun untuk sebagian, suatu kelompok nasional, etnis, rasial atau keagamaan seperti: (i) membunuh anggota kelompok; (ii) mengakibatkan penderitaan tubuh atau mental yang serius terhadap anggota-anggota kelompok; (iii) dengan sengaja menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang diperkirakan akan mengakibatkan kerusakan fisik baik secara keseluruhan maupun sebagian;(iv) memaksakan tindakan-tindakan yang dimaksudkan untuk mencegah kelahiran di dalam kelompok;(v) memindahkan secara paksa anak-anak kelompok itu ke kelompok lain.**"

undang-undang dan ada pula yang dimasukkan dalam penjelasan undang-undang. Hal itu menimbulkan kesimpangsiuran berbagai pengertian standar dari elemen-elemen kejahatan selama persidangan kasus Timor Timur.[10]

b) Penterjemahan yang berbeda dari teks Statuta Roma, seperti : ***"Attack directed against any civilian population*** (Statuta Roma, Pasal 7) diterjemahkan menjadi: ***"Serangan yang ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil"*** (UU 26/2000 Pasal 9). Seharusnya terjemahan yang benar adalah : **"ditujukan kepada populasi sipil".** Kata "**langsung**" dapat ditafsirkan bahwa serangan itu dilakukan oleh pelaku langsung di lapangan saja. Dengan demikian hanya mereka yang di lapangan yang dapat dikenakan pasal ini, dan tidak meliputi pelaku di tingkat komando atau atasan. Sementara itu rumusan "**penduduk sipil",** hanya membatasi target potensial korban kejahatan hanya pada penduduk setempat. Padahal korban bisa saja orang-orang yang bukan penduduk setempat, yang pada waktu peristiwa berada di tempat kejahatan terjadi. Majelis hakim di ICTY dan ICTR memberi pengertian yang luas pada "**populasi sipil**", yang mencakup siapa saja (penduduk atau bukan penduduk) yang menjadi korban kejahatan.[11]

c) Penerjemahan "***persecution***' menjadi **penganiayaan,** yang merupakan tindakan langsung kepada fisik seseorang. Kata itu bila dikembalikan ke bahasa Inggris berarti "***assault***". Hal itu dilakukan tanpa penjelasan dalam undang-undang maupun penjelasan undang-undang, yang kemudian membuat acuan yang dipakai adalah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Berbagai tindakan intimidasi, teror yang sifatnya non fisik menjadi luput dari cakupan"**penganiayaan**". Padahal *persecution* mencakup pengertian yang lebih luas merujuk kepada perlakuan yang diskriminatif yang menghasilkan kerugian mental, fisik maupun ekonomis.

d) Tidak dimasukkannya **ayat 1(k)**, pasal 7 Statuta Roma dalam pasal 9 UU 26/2000 menyangkut bentuk-bentuk tindakan yang tidak manusiawi, yang mempunyai tujuan untuk menimbulkan penderitaan berat, atau melukai secara serius atas badan atau mental atau kesehatan fisik.[12]

Berbagai kekacuan perumusan ini, dengan mudah dapat dipakai untuk kepentingan-kepentingan yang bertujuan untuk menghambat ditegakkannya keadilan. Sebagaimana dapat dicermati dalam kasus Timor Timur, kejahatan pembumi hangusan bangunan, rumah dan fasilitas publik yang diperkirakan mencapai tingkat 80%, sebagaimana yang dilaporkan dalam penyelidikan Komnas HAM, tidak ikut didakwakan oleh Penuntut Umum (Jaksa Agung) dengan alasan kejahatan tersebut tidak tercakup dalam rumusan pasal 9 UU 26/2000. Kejahatan yang luar biasa ini akan dengan sendirinya harus didakwakan bila "*persecution*" tidak diterjemahkan dengan "penganiayaan" atau bila ayat 1(k),

[10] Bandingkan Statuta Roma Pasal 7 dengan UU 26/2000 Pasal 9.

[11] Lihat "Opinion and Judgement" dalam kasus Tadic (ICTY), juga keputusan Peninjauan Kembali Dakwaan Kasus Vukovar, berkaitan dengan aturan nomer 61 dalam *Rules of Procedures and Evidence*. ICTY

[12] Statuta Roma Pasal 7:1(k) *Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.*

pasal 7 Statuta Roma dimasukkan dalam pasal 9 UU 26/2000.

Sulit menerima alasan bahwa para pembuat UU 26/2000 tidak memahami konsep-konsep hukum internasional, atau tidak mempunyai penerjemah yang handal. Tampaknya alasan kenapa berbagai kerancuan ini muncul, terletak kepada hasil kerja dari kekuatan-kekuatan politik status quo di parlemen yang ingin menyelamatkan para pelaku kejahatan terhadap kemanusian (baik aparat sipil maupun militer) dari jaring keadilan.

Tanggung-jawab Individual dalam Kejahatan Internasional

Doktrin klasik hukum pidana internasional hanya mengakui negara sebagai 'subyek' hukum internasional. Bahwa merekalah yang merupakan person-person internasional yang memiliki hak dan kewajiban langsung di bawah hukum. Individu lebih dipandang sebagai 'obyek' hukum internasional yang untuk mencapainya hanya bisa dilakukan melalui perantara negara. Jika individu-individu itu diakui memiliki suatu derajat personal internasional, maka tanggungjawabnya secara internasional atas perbuatan kejahatan yang dilakukannya hanya bisa dinisbatkan kepada negaranya.[13] Namun demikian doktrin ini setelah Perang Dunia I berkembang mencakup tanggung jawab hukum individu.[14] Dalam Perjanjian Versailes setelah Perang Dunia I, telah mulai diperkenalkan konsep mengenai tanggung jawab individu dalam kejahatan perang dan dalam apa yang sekarang dikenal sebagai"kejahatan terhadap perdamaian". Konvensi Jerman-Polandia menyangkut kawasan Upper Silesia, mengatur perjanjian perdamaian dan adanya ketaatan individu warganegara kedua negara tersebut untuk menghormatinya.

Liga Bangsa-Bangsa juga mulai mengatur mekanisme internasional untuk memerangi kejahatan-kejahatan menyangkut perbudakan kulit putih, serta perdagangan obat-obatan dan narkotik ilegal, dimana seorang invidu dapat dituntut secara hukum

Setelah Perang Dunia II melalui Pengadilan Nuremberg dan Tokyo, diciptakan berbagai terobosan dalam hukum internasional, termasuk soal tanggung jawab individu dalam kejahatan serius. Berbagai pembelaan para terdakwa pada sidang-sidang pengadilan Nuremberg dan Tokyo, yang mendalilkan bahwa mereka tidak dapat diminta pertanggungjawabannya, karena hanya menjalankan perintah resmi negara, ditolak oleh pengadilan. Dua pengadilan ini menegaskan prinsip tanggungj jawab individu, sebagai tanggung jawab pidana.

Tanggung jawab individu ini kemudian menjadi doktrin hukum yang diterima secara internasional, ketika PBB mensyahkan *Code of Offences Against The Peace and Security of Mankind* pada tahun 1954. Kode ini disusun oleh Komisi Hukum Internasional PBB, sesuai dengan Resolusi Majelis Umum PBB pada 21 November 1947. Draft kode ini sepenuhnya didasarkan pada hasil-hasil persidangan Nuremberg. Prinsip-prinsip pertanggungjawaban individu selanjutnya disebut Prinsip Nuremberg mencakup:

1. Setiap orang yang melakukan perbuatan yang merupakan suatu kejahatan internasional bertanggung-

---

13 Lihat William V. O'Brien,"International Crimes" dalam *International Encyclopedia of Social Sciences*, Vol.7 &8, halaman 515-519.

14 Sebenarnya sudah sejak 1820 individu yang terlibat kejahatan perompakan, bertanggungjawab secara hukum karena individu tersebut melawan hukum international. Lihat kasus "United States vs Smith" dalam William W.Bishop(ed), *International Law Cases and Materials*, Boston:Little, 2nd edition, 1962,p.266

jawab atas perbuatannya dan harus dihukum.

2. Fakta bahwa hukum internal (nasional) tidak mengancam dengan pidana atas perbuatan yang merupakan suatu kejahatan menurut hukum internasional, tidaklah membebaskan orang yang melakukan perbuatan itu dari tanggungjawab menurut hukum internasional.

3. Fakta bahwa orang melakukan perbuatan yang merupakan suatu kejahatan menurut hukum internasional itu bertindak sebagai Kepala Negara atau Pejabat Pemerintah yang bertanggungjawab, tidaklah membebaskan dia dari tanggung jawab menurut hukum internasional.

4. Fakta bahwa orang tersebut melakukan perbuatan itu untuk melaksanakan perintah dari pemerintahnya atau dari atasannya tidaklah membebaskan dia dari tanggung jawab menurut hukum internasional, asalkan saja pilihan moral bebas dimungkinkan olehnya.

5. Setiap orang yang didakwa melakukan kejahatan internasional mempunyai hak untuk mendapatkan peradilan yang adil berdasarkan fakta dan hukum.

6. Kejahatan-kejahatan tersebut di bawah ini dihukum menurut hukum internasional:
   a. *kejahatan terhadap perdamaian*; (i) merencanakan, menyiapkan, memulai atau menggerakkan perang yang bersifat agresi yang melanggar perjanjian, persetujuan, atau jaminan internasional; (ii) turut serta dalam menyusun rencana umum atau berkonspirasi untuk melaksanakan perbuatan apa saja yang tercantum dalam ayat ke (i).
   b. *Kejahatan perang*: pelanggaran terhadap hukum atau kebiasaan perang, seperti misalnya pelanggaran yang mencakup, tetapi tidak terbatas pada, pembunuhan, perlakuan kejam atau deportasi untuk kerja paksa sebagai budak untuk tujuan apapaun, juga terhadap penduduk asli dari atau yang berasal dari wilayah yang dikuasai; pembunuhan atau perlakuan yang tidak manusiawi terhadap tawanan perang, orang-orang yang berada di lautan (kapal), membunuh tawanan, merampok milik umum atau pribadi, perusakan yang berkelebihan atau tidak diperlukan atas kota-kota, desa-desa, atau pemusnahan yang secara militer tidak dipandang perlu.
   c. *Kejahatan terhadap kemanusian*: pembunuhan, pemusnahan, perbudakan,deportasi dan perbuatan yang tak berperikemanusiaan terhadap penduduk sipil, atau penyiksaan berdasarkan alasan-alasan politik, ras, atau agama, apabila perbuatan tersebut dilakukan atau penyiksaan tersebut dikerjakan dalam pelaksanaan atau berkaitan dengan kejahatan terhadap perdamaian atau kejahatan perang apa saja.

7. Keterlibatan ("*complicity*") dalam pelaksanaan suatu kejahatan terhadap perdamaian, suatu kejahatan perang, atau suatu kejahatan terhadap kemanusian seperti disebut dalam prinsip ke-6 adalah suatu kejahatan menurut hukum internasional.

Prinsip pertanggungjawaban individual ini, dirumuskan dalam UU.26/2000 dalam pasal 1(4) : Setiap orang adalah orang perseorangan, kelompok orang,

baik sipil, militer, maupun polisi yang bertanggungjawab **secara individual**.[15] Tidak ada penjelasan lebih jauh dari pasal ini. Berbeda dengan UU No. 26/2000, batasan atas pertanggungjawaban individual ini diatur secara rinci dalam Statuta Roma pasal 25, 26 dan 27. Lebih jauh Satuta Roma pasal 33 memberikan pembebasan atas tanggung jawab ini dalam keadaan tertentu yakni: bila ia terikat oleh kewajiban hukum untuk mematuhi perintah, yang ia tidak tahu bahwa perintah tersebut sebenarnya melanggar hukum atu perintah itu tidak nyata-nyata melawan hukum.[16]

Elements of Crimes Pelanggaran Hak Asasi Manusia

Yang menjadi sorotan dalam bagian ini hanya menyangkut elemen dari kejahatan terhadap kemanusian, kejahatan yang didakwakan dalam kasus Timor-Timur dan Tanjung Priok. Dua elemen utama (*chapeau element*) dari kejahatan ini yakni: (1) adanya serangan yang meluas atau sistematik dan (2) ditujukan terhadap populasi sipil. Beberapa elemen lainnya masih merupakan perdebatan yang belum selesai. Oleh karenanya tidak secara tegas diakui dalam hukum kebiasaan internasonal.

Dalam konteks ini bisa dilihat kontroversi elemen "**dalam hubungan *(nexus)* dengan Perang atau Konflik bersenjata**". Statuta Roma menolak elemen ini. Bahkan jauh sebelumnya *The International Law Commission* (1950) telah menolak elemen ini dimasukkan dalam rumusan kejahatan terhadap kemanusian (lihat Prinsip Nuremberg). Statuta ICTR tidak mensyaratkan bahwa kejahatan ini dilakukan dengan *nexus* konflik bersenjata. Sementara Statuta ICTY dalam pasal 3 menetapkan bahwa: "tindakan kejahatan terhadap kemanusian dilakukan dalam keadaan konflik bersenjata, internasional atau internal". Namun Pengadilan Banding ICTY dalam keputusan pertamanya menyatakan bahwa statuta ICTY tidak secara akurat menampakkan hukum kebiasaan internasional.[17] Dalam konferensi persiapan Statuta Roma nexus ini ditolak, dan dalam Statuta Roma nexus ini tidak dicantumkan.

Elemen lainnya **"niat/dasar diskriminasi"** dalam kejahatan terhadap kemanusian hanya ditemukan dalam statuta ICTR. Selain itu tidak ada lagi instrumen hukum internasioanl yang memuat elemen ini. Diskriminasi yang dirumuskan ICTR mencakup, kebangsaan, politik, etnis, rasial atau agama". Dengan demikian tidak memasukan serangan yang meluas atau sistematik terhadap kelompok berbasis umur, kelas, gender,dll yang dilakukan seperti dalam kasus Nazi Jerman, Khmer Merah, atau Stalinis di Rusia. Statuta ICTY dan yang paling akhir Statuta Roma tidak mencantumkan elemen ini dalam kejahatan terhadap kemanusian.

Untuk kebutuhan tulisan ini akan dibahas elemen yang paling banyak diperdebatkan dalam kasus di Indonesia. Elemen itu paling banyak diperdebatkan terutama dalam kasus Timor Timur maupun dalam keputusan DPR untuk menyatakan bahwa Kasus Trisakti, Semanggi I dan II bukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat, yakni: **"serangan yang meluas atau sistematik"** Elemen inilah yang membedakan kejahatan terhadap kemanusian dengan kejahatan domestik, yang dengan

15 Penebalan dari penulis.

16 Pembebasan ini menyimpang dari Prinsip Nuremberg. Dalam statuta ICTY dan ICTR dinnyatakan dengan tegas bahwa perintah atasan tidak membebaskan seorang individu dari tanggung jawab pidananya.

17 Keputusan Pengadilan Banding (Appeals Chamber) ICTY, atas mosi pembelaan atas jurisdiksi pengadilan dari kasus Tadic, Case No. IT-94-1-T, App.Ch..P 141 (ICTY 2 Oktober 2000).

demikian mengangkat kejahatan ini ke tingkat yuridksi internasional.[18]

Legal instrumen internasional pertama yang memuat elemen ini adalah Statuta ICTR, meskipun secara impliisit elemen ini merupakan elemen dari kejahatan terhadap kemanusian sejak Statuta Nuremberg. Pada konferensi persiapan Statuta Roma, masih kuat usulan (Perancis, India, Inggris, Rusia, Jepang dll) agar elemen ini dirumuskan tidak secara alternatif, yaitu "serangan yang meluas **dan** sistematik". Hanya dengan kampanye yang kuat dari Ornop HAM (dengan dukungan dari banyak negara) rumusan itu ditolak, karena memang rumusan itu merupakan penyimpangan dari standar hukum kebiasaan internasional.

"**Serangan**": adalah tindakan baik secara sitematis atau meluas, yang dilakukan secara berganda yang dihasilkan atau merupakan bagian dari kebijakan negara atau organisasi. "Tindakan berganda" berarti harus bukan tindakan tunggal atau terisolasi. Tetapi hal ini tidak berarti bahwa" tindakan berganda" ini berlaku pada bentuk kejahatan (*generic crime*), dalam pengertian: agar memenuhi elemen kejahatan maka tindakan itu harus terdiri dari ;umpamanya, pembunuhan dan penyiksaan. [19]

"**Meluas**" merujuk kepada jumlah korban sedangkan "**sistematik**" merujuk kepada adanya kebijakan atau rencana. Untuk mengukur "**meluas**" tidak diperlukan secara kalkulus, dengan menentukan jumlah minimal korban. Dalam kasus Akayesu, dengan mengutip catatan dari International Law Commissions 1996 atas Draft Code of Crimes, Pengadilan ICTR mengatakan bahwa "**meluas**" dipahami sebagai "*massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims*". Dalam kasus lainnya yaitu , kasus Kayishema "**meluas**" dipahami sebagai "*directed against a multiplicity of victims*".

"**Sistematik**" merujuk kepada "kebijakan". "Kebijakan" di sini tidak harus dalam bentuk formal. Hal itu dapat dideduksi dari keadaan dimana tindakan tersebut dilakukan.[20] Dalam kasus Akayesu, dengan mengutip ILC lagi, dirumuskan bahwa "sistematik" sebagai "*thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of common policy involving substantial public or private resources*".

Dalam UU 26/2000 " serangan yang meluas atau sistematik " ini dimuat dalam penjelasan Pasal 9, dengan distorsi yang sudah dibahas dalam bagian: "Pelanggaran hak asasi manusia yang berat sebagai kejahatan serius". Begitu juga telah disinggung elemen utama yang kedua: "**populasi sipil**".

Beberapa keterangan tambahan tentang elemen ini, adalah disepakatinya pengertian yang lebih luas dengan menambahkan dua elemen lain yakni:

(1) sasaran adalah "*non-combatants*" dan (2) korban yang menjadi sasaran berjumlah banyak.[21] Meskipun disadari garis batas antara *combatant* dan *non-combatant* juga sangat tipis. Laporan

[18] Lihat United Nations War Crimes Commission, History of The United Nations War Crimes and Development of the Laws of War 179(1948).

[19] Lihat penjelasan lebih rinci dari Rodney Dixon dalam *Comentary on The Rome Statuta of the InternationalCriminal Court: Observers, Notes, Article by Article*/Otto Triffterer (ed.).-Aufl.-Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges.1999, halaman 158.

[20] Keputusan kasus Tadic para:653, tentang : "a policy need not be formalized" *Prosecutor v. Tadic*, Opinion and Judgement, Case No.IT-94-1-T.

[21] Lihat Schwelb, halaman 218-219 (1946); Sidney L.Goldenberg, Crimes Against Humanity-1945-1970, 10 W.Ont.L.Rev,10&n.25(1971).

Komisi Ahli yang dibentuk DK PBB untuk menyelidiki pelanggaran atas hukum humaniter di Bekas Yugoslavia antara lain mengatakan bahwa :".... Seorang kepala keluarga, yang menyandang senjata untuk membela keluarganya tidak dengan sendirinya kehilangan statusnya sebagai seorang sipil, atau seorang polisi atau seorang anggota pertahanan lokal yang melakukan hal yang sama..."[22] Sedangkan kejahatan yang ditujukan kepada *combatant* dari pihak lawan dalam perang atau konflik bersenjata internal telah dicakup dalam hukum humaniter.

Konsep *Command Responsibility*

Untuk pertama kalinya konsep pertanggungjawaban komando dimasukkkan dalam khasanah hukum Indonesia melalui UU 26/2000. Hukum pidana militer Indonesia juga tidak mengenal konsep pertanggungjawaban ini. Bekas para petinggi militer dari periode Orde Baru, masih tidak dapat menerima konsep ini. Bagi mereka tanggung jawab komandan terbatas hanya merupakan tanggung jawab moral dalam hal pasukan dibawah komandonya melakukan kejahatan serius.[23]

Konsep ini berkembang dengan pesat setelah Perang Dunia II. Melalui Pengadilan Nuremberg dan Tokyo, konsep ini diterima secara internasional, yang juga ditemukan baik dalam statuta ICTY, ICTR dan ICC.

Seorang komandan seharusnya bertanggungjawab bila pasukan di bawah komandonya melakukan kejahatan pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Tanggung jawab hukum ini terdiri dari tiga lapis, yakni: pertama, komandan dituntut untuk kejahatan yang dilakukan pasukan bawahannya, bila dia memerintahkan pasukan tersebut melakukan kejahatan dimaksud (*crimes by commission*). Bilapun dia tidak memberikan perintah melakukan kejahatan itu, dia masih harus menghadapi lapis kedua tanggung jawab yakni dituntut atas kejahatan yang dilakukan pasukan bawahannya, bila dia mengetahui bahwa pasukan tersebut melakukan atau hendak melakukan kejahatan, tetapi dia tidak mencegahnya (*crimes by ommission*). Sedangkan lapis terakhir, seorang komandan dituntut atas kejahatan yang dilakukan oleh pasukan bawahannya, bilamana dia tidak menindak pasukan bawahannya yang telah melakukan kejahatan.

Satu contoh paling ekstrim dari tanggung awab komando adalah Pengadilan Militer Amerika yang bersidang di Manila. Pengadilan itu mengadili Jenderal Yamasita, panglima bala tentara Dai Nippon Wilayah XIV di Filipina. Yamashita sebagai seorang komandan harus bertanggungjawab secara pidana, atas kejahatan-kejahatan serius yang dilakukan pasukan-pasukannya di Manila dan tempat lain. Padahal dia tidak lagi dapat mengendalikan, bahkan tidak dapat berkomunikasi dengan semua pasukannya, dari markas besarnya di pegunungan terpencil yang berjarak 125 km dari Manila. Dia baru memangku jabatan komando ini 9 hari sebelum tentera Amerika menyerbu Filipina. Pasukan-pasukan di bawah komandonya terlibat tindak kejahatan, pembunuhan, perkosaan, penyiksaan dan penghancuran (*destruction*). Dia dinyatakan bersalah karena "sebagai komandan, gagal mengendalikan tindakan-tindakan kejahatan berat yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah koman-

---

[22] Lihat Crimes Against Humanity, *Human Rights Quarterly* Vol.22, halaman 362

[23] Berbagai pernyatan ke publik dari Jenderal Wiranto, yang terakhir pernyataan Jenderal Try Sutrisno, ketika memberi kesaksian di Pangadilan HAM Adhoc Tanjung Priok, yang mengadili May.Jend Butar-Butar (Bekas DanDim,1984) tanggal 12 Januari 2004. KCM,www.kompas.co.id/utama/news/0401/12/133213.htm

donya". Dia dijatuhi hukuman mati, dengan cara digantung, 23 Februari 1946.[24]

Sebagaimana kerancuan lainnya dalam berbagai ketentuan UU 26/2000, maka tanggung jawab komando juga membawa persoalan-persoalan tersendiri. Pasal 42 ayat 1, menjabarkan tanggung jawab komando sebagai berikut:

> "*Komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer* ***dapat*** *dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada dalam yurisdiksi pengadilan HAM, yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah komando dan pengendaliannya yang efektif,...*"

Dalam rumusan ini digunakan kata "dapat" (*could*) bukannya "akan" (*shall*)[25] atau "harus"(*should*), yang memberikan indikasi bahwa dalam kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang diatur dalam UU26/2000, pertanggungjawaban komando bukanlah sesuatu yang sudah secara otomatis berlaku. Pasal ini menguatkan pengertian kejahatan terhadap kemanusian dalam pasal 9 yang cenderung ditujukan kepada pelaku langsung di lapangan. Bila Jaksa Penuntut ingin menuntut penangungjawab komando maka harus dibuktikan adanya "keperluan" (urgensi) untuk itu.

Selanjutnya, pasal 42 ayat 1(a) mensyaratkan penanggungjawab komando untuk " *seharusnya mengetahui pasukan tersebut* ***sedang melakukan*** *atau* ***baru saja melakukan*** *pelanggaran hak asasi manusia yang berat"* Sumber dari pasal ini terdapat di Statuta Romas pasal 28 ayat 1(a) yang secara tegas menyatakan bahwa komandan militer seharusnya "*mengetahui bahwa pasukan tersebut* ***melakukan*** *atau* ***hendak melakukan*** *kejahatan...*"[26]

Distorsi penerjemahan ini dalam rumusan pasal ini, telah mengabaikan adanya kewajiban dari pemegang tanggung jawab komando untuk mencegah terjadinya kejahatan. Walaupun dalam pasal 42 ayat 1(b) dicantumkan bahwa " *komando militer tersebut tidak melakukan tindakan yang* ***layak*** *dan di****perlu****kan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah dan menghentikan perbuatan tersebut....*" Namun dalam rumusan ini dan penjelasan pasal ini tidak ada batasan tentang apa yang "layak" dan "perlu" dilakukan oleh penanggungjawab komando.

Pasal ini membawa implikasi pada pengadilan yang terpaksa menekankan fokus perhatiannya pada proses, yaitu apakah tindakan yang dilakukan sudah "layak" atau tidak, apakah "perlu" atau tidak (*obligation of conduct*). Hal itu secara otomatis mengabaikan kenyataan apakah tindakan yang diambil oleh penanggungjawab komando berhasil mencegah dan menghentikan kejahatan atau tidak (*obligation of result*). Padahal, selain harus bertanggungjawab, jika menjadi pelaku langsung, penganjur, atau penyerta, seorang atasan seharusnya bertanggungjawab secara pidana atas kelalaian melaksanakan tugas (*dereliction of duty*) dan kealpaan (*negligence*). Standar hukum kebiasaan internasional untuk "kelalaian" dan "kealpaan" dalam arti yang

---

[24] Studi kasus Yamashita ini dapat dibaca dalam buku David Cohen, '*Beyond Nuremberg†: Individual Responsibility for War Crimes*†' in C. Hesse and R.Post,eds., Human Rights in Transition, Zone Press (1999), halaman 69-75.

[25] Statuta Roma, Pasal 28 tentang *command responsibility* menggunakan kata "*shall*" dan "*should*".

[26] Pasal 28 ayat 1 (a) Statuta Roma: "*That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, shoul have known that the forces were committing or about to commit such crimes*" (garis penegas dari penulis)

luas menyatakan bahwa seorang atasan bertanggung jawab secara pidana jika: (1) ia seharusnya mengetahui (*should have had knowledge*) bahwa pelanggaran hukum telah terjadi atau sedang terjadi, atau akan terjadi yang dilakukan oleh bawahannya; (2) ia mempunyai kesempatan untuk mengambil tindakan; dan (3) ia gagal mengambil tindakan korektif yang seharusnya dilakukan sesuai keadaan yang ada atau terjadi saat itu.[27] Pasal 7(3) Statuta Roma secara imperatif mencerminkan standar hukum kebiasaan internasional ini.

Rujukan pada standar internasional yang dilakukan memperlihatkan berbagai distorsi rumusan *command responsibilty* dalam UU 26/2000. Oleh karena itu tidaklah mengherankan bahwa Jaksa Agung (sebagai penyidik dan penuntut umum) punya banyak kesempatan menggunakan "lubang-lubang hukum" untuk tidak menuntut Jenderal Wiranto sebagai pemegang komando tertinggi dalam garis komando ABRI dalam kasus Timor Timur, atau Jenderal Benny Moerdani (Panglima ABRI saat peristiwa itu terjadi) dan Jenderal Try Sutrisno (Pangdam V/ Jaya pada saat peristiwa itu terjadi) dalam Kasus Tanjung Priok. Dalam kedua kasus tersebut mereka direkomendasikan oleh Komnas HAM untuk diminta pertanggungjawabannya.

Mekanisme Penyelesaian Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat

Sejak selesainya peradilan di Nuremberg dan Tokyo tahun 1948 – selama hampir 50 tahun sesudahnya – pengadilan internasional untuk menyelesaikan pelanggaran hak asasi manusia yang berat, tidak pernah dibentuk lagi. Dalam hal ini, bukan karena tidak terjadi berbagai kejahatan serius. Akan tetapi pada masa Perang Dingin sampai akhir tahun 1980an, kekuatan super blok Barat dan Timur saling mencegah terbentuknya pengadilan internasional untuk mengadili kejahatan yang dilakukan oleh salah satu anggota blok tersebut. Berbagai usaha internasional kandas dalam mekanisme PBB khususnya Dewan Keamanan PBB – badan yang mempunyai kewenangan sesuai dengan Piagam PBB Bab VIII, untuk membentuk pengadilan internasional.

Meskipun demikian berbagai usaha untuk membentuk suatu mekanisme internasional guna menyelesaikan berbagai kejahatan serius terus berlangsung. Beberapa instrumen yang penting bagi mekanisme internasional dapat dihasilkan, antara lain Konvensi mengenai Non-Aplikasi Limitasi Statutorial pada Kejahatan Perang dan Kejahatan Kemanusian (1968)[28] dan Prinsip-prinsip mengenai Kerjasama Internasional dalam Penahanan, Penangkapan, Ekstradiksi dan Penghukuman Orang-orang yang Bersalah dalam Kejahatan Perang dan Kejahatan terhadap Kemanusian (1973)[29]

Baru setelah Perang Dingin berakhir, dua pengadilan internasional dibentuk yakni International *Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY) 1993[30] dan *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)* 1994. International *Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY) mengadili berbagai pelanggaran serius (*serious violation*) atau pe-

---

27 Lihat artikel Jordan J.Paust "Superior Orders and Command Responsibility" dalam M Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, Volume I, Kluwer International, 1999, hal 236-237; Lihat juga artikel Anthony D'Amato, *Superior Orders vs Command Responsibility*, American Journal of International Law, edisi 80 (1986), hal 604, 607-608.

28 Resolusi No.754 U.N.T.S. 73, 26 November 1968

29 Resolusi No.3074 (XXVIII), 3 Desember 1973.

30 Resolusi Dewan Keamanan PBB No.827, 25 Mei 1993

langgaran berat (*grave breaches*) terhadap hukum humaniter internasional, hukum kebiasaan perang, genosida dan kejahatan terhadap kemanusian yang terjadi sejak 1991. Sementara itu, *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)* 1994[31] mengadili kejahatan genosida, pelanggaran Konvensi Geneva dan kejahatan terhadap kemanusian yang terjadi di Rwanda sejak 1 Januari hingga 31 Desember 1994. Kedua pengadilan ini bersifat ad hoc, yang pembentukan dan penyelenggaraan peradilannya menghabiskan sumber daya yang besar.

Tahun 1998 merupakan tahun yang sangat penting dalam upaya masyarakat internasional membangun satu mekanisme internasional untuk menyelesaikan berbagai kejahatan serius. Konferensi Diplomatik di Plenipotentiaries, Roma 25-17 Juli 1998, mensahkan dokumen dasar pembentukan Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court*-ICC) yakni Statuta Roma. Setelah diratifikasi oleh 60 negara lebih maka pada tanggal 11 Juli 2002, mahkamah ini mulai efektif bekerja, dan berkedudukan di The Hague, Belanda.

Mahkamah ini mempunyai yurisdiksi mencakup empat jenis kejahatan yang serius, yakni genosida, kejahatan terhadap kemanusian, kejahatan perang dan kejahatan agresi. Rumusan dan batasan-batasan dari tiga jenis pertama kejahatan ini telah disepakati pada waktu statuta disahkan, sedangkan untuk kejahatan agresi masih akan dirumuskan kemudian.

Yurisdiksi mahkamah ini, meliputi kejahatan yang terjadi setelah tanggal 11 Juli 2002. Asas non-retroaktif ditetapkan secara pasti. Sedangkan untuk kejahatan-kejahatan serius yang terjadi sebelum tanggal tersebut, masih terbuka kemungkinan penyelesaiaannya melalui pengadilan internasional ad-hoc.

Mekanisme internasional memang suatu yang perlu, namun adanya mekanisme ini tidak menghapus tanggung jawab negara – sebagai anggota masyarakat dunia yang beradab – untuk menghukum para pelaku kejahatan pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Yurisdiksi dari Mahkamah Pidana Internasional justru baru mulai efektif ketika satu negara tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*) mem prosekusi kejahatan yang terjadi di dalam yurisdiksinya. Namun demikian satu negara tidak dapat – untuk alasan tertentu – melaksanakan suatu peradilan pura-pura, karena dalam keadaan seperti itu Mahkamah Pidana Internasional dapat melakukan prosekusi atas kejahatan itu.[32] Dalam keadaan ini prinsip *nebis in idem* dikesampingkan.

Inilah dasar utama argumentasi dari berbagai kalangan internasional, untuk tetap mengusahakan dibentuknya pengadilan internasional untuk kasus Timor Timur, meskipun Indonesia telah melakukan proses hukum melalui Pengadilan HAM Adhoc Timor Timur. Berdasarkan pengamatan dan evaluasi, disimpulkan bahwa pengadilan ini tidak berjalan sesuai dengan standar-standar yang diakui dalam hukum internasional.

Dalam upaya untuk mencegah terjadinya kejahatan serius, mekanisme nasional tidak menjadi satu mekanisme satu-satunya. Oleh karena mekanisme nasional justru tidak dapat menegakkan keadilan, baik karena keterbatasan sumber daya nasional maupun alasan lain, maka satu generasi baru mekanisme penyelesaian kejahatan serius muncul. Mekanisme tersebut merupakan gabungan dari upaya

31 Resolusi Dewan Keamanan PBB No.955, 8 November 1994

32 Lihat Pasal 20 Statuta Roma.

internasional dan lokal. Mekanisme tersebut dikenal dengan nama pengadilan *hybrid*, yakni:

Tribunal Khusus untuk Kejahatan Khmer Merah di Kamboja.

Pendirian tribunal khusus ini dilakukan dengan undang-undang nasional Kamboja[33], sebagai bagian dari kompromi terhadap tuntutan pengadilan internasional, atas kejahatan yang dilakukan rejim Khmer Merah dalam periode 17 April 1975 hingga 6 Januari 1979. Rejim yang berkuasa kurang dari 4 tahun ini telah membantai 1,5 – 2 juta orang, 20% dari total penduduk Kamboja, dalam upaya revolusi agraria untuk membangun suatu masyarakat yang murni ("borisot"). Tribunal ini akan mengadili kejahatan-kejahatan yang diancam oleh hukum pidana Kamboja yakni; pembunuhan, penyiksaan dan persekusi agama disamping kejahatan genosida sesuai dengan Konvensi tentang Pencegahan dan Penghukuman atas Kejahatan Genosida (1948). Terdakwa yang akan diadili dibatasi hanya kepada pimpinan senior *Democratic Kampuchea* dan mereka yang paling bertanggungjawab (*most responsible*) atas kejahatan yang dilakukan (Pasal 2). Ketentuan ini membebaskan para pelaku lapangan yang melakukan kejahatan tersebut.

Perlu dicatat keterlibatan PBB dalam pembentukan tribunal ini didasarkan pada permintaan resmi Perdana Menteri Kamboja, Hun Sen dan Ketua Majelis Nasional Kamboja, Pangeran Ranaridh pada tahun 1997. Tim Ahli yang dikirim PBB untuk menanggapi permintaan itu, mengusulkan pembentukan pengadilan internasional. Pendapat ini tidak dapat diterima pemerintah Kamboja.

Tribunal ini sampai saat ini belum mulai bekerja, berhubung dengan berbagai perbedaan pandangan antara PBB dengan Pemerintah Kamboja. Beberapa kontroversi antara lain menyangkut komposisi majelis hakim. Tribunal ini akan dipimpin oleh majelis hakim campuran yang terdiri dari 3 hakim nasional dan 2 hakim internasional (Pasal 9). Namun demikian, masalah kepala jaksa penuntut umum masih belum terselesaikan, karena PBB menginginkan jaksa internasional bukan hanya sebagai *co-prosecutor*, seperti yang dirumuskan dalam undang-undang. Usaha-usaha untuk menjembatani berbagai perbedaan ini masih terus berjalan, sebelum dunia dapat menyaksikan pengadilan ini bekerja.

Panel Khusus Kejahatan Berat pada Pengadilan Distrik Dili, Timor Leste

Pemerintah Transisi PBB di Timor Leste (UNTAET) membentuk Unit Kejahatan Berat (*Serious Crimes Unit*) pada tahun 2000 untuk menyelidiki berbagai kasus kejahatan pelanggaran berat hak asasi manusia yang terjadi di Timor-Timur tahun 1999. Kasus-kasus ini diperiksa dan diadili oleh Panel Khusus Kejahatan Berat (*Special Panel for Serious Crimes*). Pembentukan mekanisme tersebut sesuai dengan mandat yang diberikan Dewan Keamanan PBB kepada UNTAET.[34] Panel khusus terdiri atas majelis hakim campuran yang beranggotakan 2 (dua) hakim internasional dan 1 (satu) hakim Timor Leste. Unit Kejahatan Berat memberi prioritas pada sepuluh kasus, 7 (tujuh) diantaranya telah selesai diselidiki. Kesepuluh kasus itu adalah: Pembantaian

[33] **Law on the Esthablishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea**, undang-undang ini disyahkan 2 Januari 2001, telah diamandemen beberapa kali, terakhir 7 Augustus 2001.

[34] Lihat Resolusi Dewan Keamanan PBB No.1272, 25 Oktober (butir 2a, dan butir 16).

Gereja Liquisa (6 April 1999); pembunuhan di rumah Manuel Carascalao (17 April 1999); Kasus Los Palos (21 April – 25 September 1999); Kasus Lolotoe (2 Mei-16 September 1999) Pembantaian di Gereja Suai (6 September 1999); Serangan ke rumah kediaman Uskup Bello dan Dioses Dili (6 September 1999); Pembantaian Passabe dan Makaleb (September-Oktober 1999); kasus deportasi, pengejaran, pembunuhan staf UNAMET dan kekejaman oleh Batalyon 745 TNI (April-September 1999); kasus-kasus kekerasan seksual yang dilakukan di berbagai distrik (Maret-September 1999).

Hingga Oktober 2001, 11 orang telah diadili oleh Panel Khusus. Mereka dijatuhi hukuman penjara antara 4 sampai 16 tahun. Ketentuan hukum di Timor Leste menetapkan hukuman penjara maksimal 25 tahun, sedangkan hukuman mati tidak berlaku.

Dalam berkas penyelidikan, sejumlah perwira TNI didakwa terlibat dalam kejahatan tersebut. Dakwaan terhadap 8 (delapan) pejabat militer dan sipil Indonesia pernah diumumkan oleh Unit Kejahatan Berat pada Februari 2003. Salah seorang terdakwa utama adalah Jenderal Wiranto, yang menjabat sebagai Panglima ABRI pada tahun 1999.

Panel khusus ini mempunyai yurisdiksi atas kejahatan berat yakni; genosida, kejahatan terhadap kemanusian, kejahatan perang, termasuk pembunuhan dan kejahatan seksual sesuai dengan KUHP Indonesia yang terjadi antara 1 Januari 1999 sampai 25 Oktober 1999.

Pengadilan Khusus untuk Sierra Leone

Pengadilan khusus ini (*The Special Court for Sierrra Leone*/SCSL) dibentuk berdasarkan persetujuan antara PBB dan Pemerintah Sierra Leone sesuai dengan Resolusi Dewan Keamanan PBB No. 1315/2000, 14 Augustus 2000. Pengadilan ini berwenang untuk mengadili berbagai kasus pelanggaran serius terhadap hukum humaniter internasional dan hukum pidana Sierra Leone yang terjadi sejak 30 November 1996 (Pasal 1 & 5 Statuta SCSL). Undang-undang nasional Sierra Leone yang dipakai adalah Undand-undang Pencegahan Kekejaman terhadap Anak-Anak (1926) dan Undang-undang Perusakan Kota (1861).

Kejahatan-kejahatan tersebut terjadi selama perang saudara di Sierra Leone yang melibatkan kekuatan-kekuatan eksternal (Liberia). Sierra Leone seperti telah kita ketahui, adalah sebuah negara kecil di pantai barat Afrika, yang merupakan negara penghasil berlian.

Pengadilan Khusus tersebut bekerja sesuai dengan mandatnya dan hingga September 2003 telah menuntut 13 orang terdakwa, yang dinilai sebagai orang-orang yang paling bertanggungjawab dalam perang saudara tersebut. Namun demikian, tokoh yang banyak terlibat dalam kejahatan-kejahatan tersebut yakni Charles Taylor, mantan presiden Liberia, mendapat suaka politik di Nigeria.

Dari tiga pengadilan *hybrid* di atas, nampak adanya usaha untuk di satu pihak memberi preferensi kepada suatu negara untuk melakukan kewajibannya, dan di pihak lain sekaligus menjamin agar pengadilan berjalan sesuai dengan standar-standar internasional. Hal terakhir dilakukan dengan pelibatan elemen internasional baik di tingkat persiapan maupun dalam proses pengadilannya. Pembentukan pengadilan *hybrid* dapat disesuaikan dengan konteks lokal suatu negara tertentu. Walaupun hal itu juga berarti, pembentukannya membawa konsekuensi tersendiri, yakni sarat dengan konsesi-

konsesi politik. Pengembangan pengadilan hybrid sebagai mekanisme penyelesaian pelanggaran hak asasi manusia yang berat ini, masih memerlukan waktu sebelum masyarakat internasional dapat menerima mekanisme ini, sebagai satu pilihan yang lebih efektif dalam menegakkan keadilan.

PENUTUP

Pelanggaran hak asasi manusia yang berat, merupakan kejahatan yang serius (*serious crimes*) dan luar biasa (*extra ordinary crimes*). Kejahatan itu merupakan kejahatan internasional, yang tidak dapat lagi dianggap semata-mata sebagai urusan domestik suatu negara. Terhadap kejahatan ini berlaku yurisdiksi internasional. Setiap anggota masyarakat internasional berkewajiban baik secara sendiri-sendiri maupun secara bersama-sama untuk memprosekusi kejahatan seperti ini.

Bagi Indonesia, usaha untuk membangun mekanisme nasional guna menyelesaikan pelanggaran hak asasi manusia yang berat, merupakan satu proses yang baru saja dimulai. Masih dibutuhkan banyak usaha agar mekanisme ini dapat bekerja untuk menegakkan keadilan sesuai dengan standar internasional. Usaha membangun mekanisme ini adalah tanggung jawab negara yang diperintahkan oleh konstitusi[35], untuk melindungi dan memajukan hak asasi manusia. Hal itu juga merupakan tanggung jawab anggota masyarakat bangsa-bangsa yang beradab.

Pengalaman yang didapat dari pengadilan kasus Timor Timur dan Tanjung Priok, serta macetnya proses penyidikan kasus Trisakti, Semanggi I dan II, dan kasus Kerusuhan Mei di Jaksa Agung, menunjukkan begitu banyak kelemahan yang harus diatasi. Ada keperluan mendesak untuk melakukan berbagai perbaikan dalam Undang-undang No. 26/2000, baik menyangkut hukum material maupun hukum acaranya. Amandamen terhadap hukum material dapat memilih; a) sepenuhnya mengadopsi secara benar ketentuan-ketentuan hukum internasional dalam hal kejahatan serius atau b) memberikan rumusan yang luas terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat, sehingga berbagai kejahatan serius yang tidak termasuk dalam rumusan genosida dan kejahatan terhadap kemanusian, dapat didiadili.

Disamping itu – dan yang tak kurang pentingnya – adalah peningkatan kompetensi dari Komnas HAM (sebagai penyelidik), Jaksa Agung[36] (sebagai penyidik dan penuntut umum), Hakim dan Panitera di pengadilan HAM, dan juga pembela hukum. Sehingga Indonesia dapat menyelenggerakan pengadilan atas kejahatan serius, sesuai dengan standar-standar yang diakui oleh hukum internasional.

Akhirnya tinggal satu persoalan dasar yakni: apakah ada komitmen yang kuat dari penyelenggara kekuasaan negara, terutama pemerintah, untuk melakukan perbaikan itu?

---

[35] UUD 1945, Pasal 28 I (4): Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.

[36] Lihat David Cohen, "*Intended to Fail*" ICTJ, New York, 2003. David menguraikan secara panjang-lebar persoalan-persoalan internal lembaga ini, yang mengakibatkan kompetensinya sebagai lembaga penegak hukum amat diragukan.

PERSIDANGAN CAMPURAN: MENCARI KEADILAN DI TIMOR TIMUR

Suzanne Katzenstein

Abstract

The Hybrid tribunal is a system that share judicial accountability jointly between the state in which it function and the United Nations. Based on "the lesson learn" from the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), the hybrid model endeavor to combine the strengths of the ad hoc tribunals with the benefits of local prosecutions. The hybrid model's greatest risk is that rather than incorporate the best of the international and local judicial systems, it may reflect the worst of both. This article identifies the weakness in East Timor's hybrid tribunal and examines their underlying causes. Two big questions in this article are: First, is the theoretical ideal of the hybrid model attainable in practice? Second, is a constrained judicial mechanism preferable to none?

The critical analysis offered by this article is motivated by a desire to understand the weaknesses of the tribunal so that they may be avoided in the future.

Persidangan Campuran adalah salah satu cara terakhir menemukan keadilan untuk kejahatan kekejaman massal. Sebagian dirancang untuk menanggapi kritik kepada Persidangan Pidana Internasional untuk Negara-negara Bekas Yugoslavia ("ICTY") dan Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda ("ICTR"), model campuran adalah suatu sistem yang membagi pertanggungjawaban yuridis secara bersama-sama antara negara dimana mekanisme ini dilaksanakan dan Persatuan Bangsa Bangsa.[1] Pertama kali dilaksanakan di Timor Timur, variasi dari model ini telah diusulkan untuk dilaksanakan di Kamboja, dan saat ini sedang diimplementasikan di Sierra Leone.[2] Jika model campuran ini berhasil, mekanisme ini mungkin tidak hanya akan sekedar menjadi percobaan internasional yang cepat terlupakan.

1 Artikel ini mendefinisikan persidangan campuran di Timor Timur terdiri atas tiga komponen: (1) Unit Kejahatan Serius ("SCU") yang bertanggungjawab atas penyidikan dan penuntutan, dibiayai dan beranggotakan orang-orang PBB, (2) Majelis Hakim Khusus, dibiayai oleh PBB dan beranggotakan staf-staf PBB dan Timor Timur secara bersama-sama, (3) Kantor Pembela Umum, dibiayai dan beranggotakan orang-orang dari Timor Timur. Meskipun bagian pendaftaran dan administrasi pengadilan sering dianggap sebagai komponen ketiga dari persidangan, saya memasukkannya ke dalam Majelis Hakim Khusus untuk tujuan penulisan artikel ini.

2 Di Kosovo, hakim-hakim internasional dan lokal secara bersama-sama menyidangkan perkara, yang beberapa diantaranya merupakan kejahatan yang dilakukan selama konflik Kosovo. Tetapi "majelis-majelis yang terinternasionalisasi" ini tidak diberikan yurisdiksi eksklusif atas kejahatan-kejahatan serius, dan juga mereka tidak diangkat secara khusus untuk mengadilinya. Sylvia de Bertodano, Current Developments in National and Internationalised courts (13 Januari 2003) (makalah yang tidak diterbitkan, penulis memiliki dalam bentuk file). Suatu model yang lebih menyerupai dengan yang dilaksanakan di Timor Timur

Model campuran ini berusaha untuk menggabungkan antara kekuatan persidangan ad hoc dengan kelebihan yang dimiliki oleh persidangan lokal. Seperti halnya ICTY dan ICTR, PBB bertanggungjawab untuk menyediakan biaya, sumber daya, hakim dan jaksa penuntut bagi model campuran ini. Hal ini memberi persidangan ini legitimasi sebagai suatu mekanisme yang adil untuk mengadili para pelaku yang bertanggungjawab atas perbuatan mereka. Seperti halnya pengadilan nasional, model campuran ini lebih murah untuk dijalankan dibandingkan dengan persidangan ad hoc. Mekanisme ini dianggap lebih sedikit menimbulkan pertentangan secara politis, lebih berarti bagi komunitas korban, dan lebih efektif dalam membangun kembali sistem peradilan lokal.

Resiko terbesar dari model campuran ini adalah ketika mekanisme ini bukannya mengambil sisi terbaik dari sistem yuridis internasional dan lokal, namun malah mencerminkan sisi terburuknya. Sebagai percobaan pertama, persidangan Timor Timur sangat rentan terhadap resiko ini. Sampai saat ini, banyak yang mengkritik persidangan ini karena inefisiensinya, karena meminimalisasi keterlibatan lokal, serta karena kegagalannya menjalankan standar proses yuridis yang benar. Harapan besar untuk "rezim yuridis 'yang artistik'"[3] telah disertai dengan adanya kemungkinan kekecewaan yang semakin besar. Siphosami Malunga, seorang jaksa penuntut dalam persidangan itu, mengakui bahwa terdapat "banyak ide-ide bagus, tetapi banyak juga kesalahan yang dilakukan".[4]

Rentannya model campuran ini terhadap kesalahan-kesalahan besar bisa membuat seseorang mempertanyakan apakah mekanisme ini benar-benar lebih baik dibandingkan persidangan ad hoc. Perkembangan terakhir menunjukkan bahwa pertanyaan tersebut dapat diperdebatkan. Realita politiknya adalah "kesempatan bagi persidangan ad hoc untuk Timor Timur telah lewat".[5] Dukungan yang besar untuk adanya persidangan ad hoc dari masyarakat Timor Timur tidak berhasil meyakinkan PBB bahwa persi-

---

adalah Pengadilan Kejahatan Perang dan Kejahatan Etnis Kosovo, yang dirancang khusus untuk menangani kejahatan-kejahatan yang dilakukan selama konflik Kosovo, tetapi tidak pernah diimplementasikan. Suzannah Linton, *Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice*, Criminal Law Forum 12: 185-246, 185 (2001), *bisa dilihat di* http://www.jsmp.minihub.org/Resources.htm. Pembicaraan antara PBB dan Pemerintah Kamboja mengenai pembentukan suatu "Majelis Luar Biasa", dimana majelis-majelis campuran yang beranggotakan hakim lokal dan internasional untuk mengadili perkara-perkara kejahatan internasional yang dilakukan antara 1975 sampai 1979, gencar dilakukan. Akhirnya, harus dicatat bahwa Pengadilan Khusus Sierra Leone, yang belum mengajukan dakwaan pertamanya, tidak secara formal berafiliasi dengan PBB. Meskipun Pengadilan ini dibentuk atas dasar perjanjian internasional antara PBB dengan pemerintah Sierra Leone, lembaga ini tidak menerima dana dari PBB, dan para staf internasionalnya tidak dipekerjakan oleh PBB. Untuk informasi lebih lanjut tentang pengadilan Sierra Leone serta petunjuk kepada situs web yang berkaitan, *lihat* http://www.cij.org

3 Suzannah Linton, *Rising from the Ashes: The Creation of a Viable Criminal Justice System in East Timor*, 25 MELB. U.L. REV. 122, 178 (April 2001)

4 Wawancara dengan Siphosami Malunga, pembela umum untuk kejahatan-kejahatan serius yang disponsori PBB, di Dili, Timor Timur (23 Juli 2003)

5 Wawancara dengan Sylvia de Bertodano, pembela umum untuk kejahatan-kejahatan serius yang disponsori oleh No Peace Without Justice (September 2001 – November 2003), di Dili, Timor Timur (30 Juli 2002) [untuk selanjutnya disebut dengan Wawancara dengan Sylvia de Bertodano]. *Lihat juga* Yayasan HAK, LSM bantuan hukum terkemuka di Timor Timur, Pernyataan Yayasan HAK untuk Hari Kemerdekaan (18 Mei 2002) (menyatakan bahwa, "Sekarang kami kehilangan hampir seluruh harapan bahwa akan ada persidangan internasional untuk kejahatan-kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan pada tahun 1999.")

dangan ad hoc layak untuk diadakan.[6] Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) Indonesia pada tanggal 31 Januari 2000 telah mengumumkan suatu laporan yang terperinci. Dalam laporan tersebut dicantumkan daftar nama dari pejabat-pejabat Indonesia dan Timor Timur yang oleh Komnas HAM direkomendasikan untuk diinvestigasi karena melakukan kekerasan yang terorganisir,[7] namun hal itu tidak juga menggerakkan PBB untuk melihat pentingnya membentuk suatu persidangan ad hoc.[8] PBB bahkan menolak rekomendasi dari Komisi Hak Asasi mereka sendiri yang menyatakan bahwa persidangan semacam itu harus dibentuk,[9] suatu keputusan yang sebagian disebabkan karena keputusan PBB untuk mempercayai janji pemerintah Indonesia bahwa mereka akan mengadili pejabat militer mereka sendiri.[10] Meski demikian, pengalaman di Sierra Leone dan Kamboja[11] menunjukkan bahwa persidangan ad hoc mungkin bukan lagi suatu mekanisme yang lebih baik untuk menangani perkara-perkara kekejaman massal.[12]

Dengan harapan untuk memberi masukan tentang bagaimana model ini bisa diimplementasikan lebih baik di masa

6 Bahkan dalam tahun ketiga persidangan campuran, seruan untuk adanya persidangan ad hoc PBB oleh rakyat Timor Timur terus berlanjut. Misalnya, dalam suatu pernyataan bulan November 2002, Yayasan HAK mengklaim bahwa putusan terbaru dari Pengadilan Ad Hoc Hak Asasi Manusia Indonesia untuk Timor Timur telah "terbukti tidak akan memberikan keadilan bagi masyarakat Timor Timur". Yayasan HAK, *Joint Declaration for an International Tribunal*, di http://www.jsmp.minihub.org/Reports/Internas%20Tribunal.htm. Tetapi, benar juga bahwa dukungan untuk persidangan ad hoc juga tidak bulat. Presiden Timor Timur Xanana Gusmao berulangkali menyatakan ketidaksetujuannya terhadap suatu persidangan ad hoc, menegaskan bahwa negara tersebut harus memfokuskan perhatiannya pada masalah rekonsiliasi serta keadilan sosial dan ekonomi. "Ada pembicaraan mengenai pengadilan internasional, tetapi pengadilan internasional untuk siapa? Untuk rakyat Timor Timur? Saya akan menjadi oang pertama yang tidak setuju... Beberapa pihak mengatakan bahwa tidak akan ada rekonsiliasi tanpa keadilan. Tetapi kenapa? Bukankah kita mempunyai pengalaman kita sendiri untuk melupakan masa lalu, untuk memaafkan sesama?" ("Gusmao Wants Reconciliation, not International Court", Agencia Lusa Todos, kiriman Eliot Hoffman, www.etan.org, kepada East-Timor@igc.topica.com (23 Oktober 2002) (penulis memilikinya dalam bentuk file).

7 *Lihat* Bagian I dalam tulisan.

8 *Lihat* KOMNAS HAM, LAPORAN KOMISI UNTUK PELANGGARAN-PELANGGARAN HAK ASASI MANUSIA DI TIMOR TIMUR (KPP-HAM), Jakarta, 31 Januari 2000, *bisa dilihat di* http://www.jsmp.minihub.org/ Resources.htm (terakhir dikunjungi tanggal 23 Februari 2003).

9 *Laporan Komisi Pemeriksa Internasional untuk Timor Timur untuk Sekretaris Jenderal*, Sidang ke 54., Nomor Agenda 96 pada halaman 153, Dok. PBB A/54/726, S/2000/59 (31 Januari 2000)

10 HUMAN RIGHTS WATCH, TIDAK ADA KEADILAN UNTUK TIMOR TIMUR (20 Desember 2002), *dapat dilihat di* http://www.hrw.org/backgrounder/ asia/timor/etimor1202bg.htm [selanjutnya disebut HUMAN RIGHTS WATCH, TIDAK ADA KEADILAN UNTUK TIMOR TIMUR].

11 Dalam hal Kamboja, PBB tampaknya siap untuk menerapkan rekomendasi dari suatu Kelompok Pakar PBB bulan Februari 1999 mengenai pembentukan suatu persidangan ad hoc, meskipun terdapat kekhawatiran, terutama dalam kantor urusan hukum, mengenai masalah kepastian pendanaan yang cukup. Pembicaraan terakhir antara PBB dan Kamboja yang difokuskan pada peran potensial hukum dan hakim domestik dalam suatu persidangan campuran menunjukkan bahwa persidangan ad hoc tidak lagi menjadi bahan pertimbangan. E-mail dari Craig Ercheson, Penasehat, Pusat Dokumentasi Kamboja (27 Januari 2003) (penulis memilikinya dalam bentuk file)

12 Komentar dari mantan hakim ICTY, Patricia Wald, menyatakan bahwa PBB dan Amerika mungkin tidak ingin mencontoh kembali ICTY. *Lihat* William W. Burke-White, *Regional Approaches to International Criminal Law Enforcement: A Preliminary Exploration*, 38(4) TEXAS INT'L L.J (akan terbit tahun 2003) ([P]BB, dengan alasan yang bisa dipahami, sangat ingin untuk menyelesaikan ICTY dan Persidangan untuk Rwanda (ICTR), yang jika digabung menghabiskan hampir sepuluh persen dari seluruh anggaran PBB". (mengutip Patricia M. Wald, *To Establish Incredible Events by Credible Evidence: The Use of Affidavit Testimony in Yugoslavian War Crimes Tribunal Proceedings*, 42 HARV INT'L L.J. 535, 536 (2001))).

mendatang, artikel ini mengidentifikasi kelemahan-kelemahan dari persidangan campuran Timor Timur serta mengkaji penyebab-penyebabnya. Hal ini didorong oleh dua pertanyaan: Pertama, apakah ide teoritis model campuran ini bisa diterapkan dalam praktik? Kedua, apakah suatu mekanisme yuridis yang dipaksakan benar-benar buruk? Bagian I akan membahas mengenai latar belakang terjadinya kekerasan pada tahun 1999 serta peranan Persatuan Bangsa Bangsa di Timor Timur. Bagian II terfokus pada dua penyebab gagalnya persidangan ini yang paling sering dikutip : (a) keputusan PBB untuk dengan segera memberikan kontrol proses peradilan, dengan yurisdiksi terhadap kejahatan-kejahatan biasa,[13] kepada pejabat-pejabat Timor Timur yang belum berpengalaman dan (b) kekurangan biaya yang sangat besar. Meskipun kebijakan PBB dan kurangnya sumber daya menjelaskan kesulitan persidangan tersebut pada awalnya, hal-hal tersebut tidak menjelaskan kesulitan yang terus berkepanjangan. Oleh karena itu, Bagian III mengkaji tiga faktor penunjang lainnya: (i) kegagalan program pengembangan kapasitas, (ii) hambatan-hambatan yang disebabkan oleh politik domestik, dan (iii) peranan PBB yang bertentangan. Bagian IV menyimpulkan dengan memberikan masukan mengenai apa yang bisa dipelajari dari pengalaman di Timor Timur.

I. LATAR BELAKANG SINGKAT

A. Sebelum Referendum 1999

Pada tanggal 20 Mei 2002, setelah melalui perjuangan berat untuk meraih kemerdekaan, Timor Timur menjadi negara demokratis termuda di dunia. Selama lebih dari empat abad, Timor Timur menjadi koloni Portugal. Pada tahun 1974, setelah Portugal memperbolehkan pembentukan partai-partai politik dan pelaksanaan beberapa pemilihan lokal untuk persiapan penarikan diri mereka, Timor Timur mempunyai sedikit harapan bahwa mereka bisa mengatur diri sendiri. Tetapi, pada bulan Desember, Indonesia melakukan invasi dan mencoba untuk menganeksasi Timor Timur, mengumumkan pada bulan Juli 1976 bahwa Timor Timur akan menjadi propinsi Indonesia ke dua puluh tujuh.[14]

Pendudukan Indonesia di Timor Timur berakhir pada bulan Agustus 1999, dan dibagi menjadi tiga periode. Selama periode pertama, tahun 1975 sampai 1979, diperkirakan 200.000 rakyat Timor Timur, sekitar sepertiga dari seluruh populasi, terbunuh secara langsung maupun tidak langsung[15] karena tindakan invasi Indonesia.[16] Periode, 1980 sampai 1989, ditandai dengan berlanjutnya operasi militer dalam skala besar serta menguatnya perlawanan warga Timor Timur atas penguasaan Indonesia. Pemerintah memin-

[13] Peraturan UNTAET 2000/15 mendefinisikan "kejahatan serius" sebagai genosida, kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan, penyiksaan, pembunuhan dan penganiayaan seksual. Peraturan 2000/11 memberikan yurisdiksi eksklusif kepada majelis khusus atas empat kejahatan pertama, demikian juga dengan dua yang terakhir, jika itu dilakukan antara tanggal 1 Januari 1999 sampai 25 Oktober 1999. "Kejahatan biasa" adalah kejahatan-kejahatan lainnya, seperti perampokan, pembunuhan atau penganiayaan seksual yang dilakukan bukan antara tanggal 1 Januari 1999 sampai 25 Oktober 1999. *Peraturan 2000/15 tentang Pembentukan Majelis Khusus dengan Yuridiksi Eksklusif atas Kejahatan-kejahatan Serius*, UNTAET, Dok. PBB UNTAET/REG/2000/15 (6 Juni 2000); *Peraturan 2000/11 tentang Organisasi Pengadilan di Timor Timur*, UNTAET, Dok. PBB UNTAET/REG/2000/11 (6 Maret 2000), *bisa dilihat di* http://www.jsmp.minihub.org/Resources.htm.

[14] *Lihat pada umumnya* Unsur Komando Nasional Australia, Departemen Pertahanan, "A Short History of East Timor", *di* http://www.defence.gov.au/army/asnce/history.htm.

dahkan hampir delapan puluh persen dari populasi pada kedua periode pertama ini dan melarang media massa serta pihak luar lainnya masuk ke wilayah ini. Periode terakhir, 1989 sampai 1999, terjadi pelonggaran beberapa pembatasan tertentu. Pihak luar, termasuk media massa, diperbolehkan untuk memasuki wilayah ini. Meski demikian, intimidasi dan represi pemerintah terhadap rakyat Timor Timur tetap terjadi, bahkan pada dekade 1990-an. Sebagai contoh, kurang lebih 200 demonstran damai terbunuh pada pembantaian Santa Cruz tahun 1991, suatu peristiwa yang disiarkan secara luas oleh media massa internasional.[17]

Kejatuhan rezim Soeharto dan pengangkatan B. J. Habibie sebagai presiden menandai suatu titik balik penting bagi Timor Timur. Pada bulan Januari 1999, karena adanya tekanan internasional dan untuk mengamankan posisi politiknya, Habibie mengumumkan rencananya untuk melaksanakan referendum, memberikan Timor Timur pilihan antara otonomi luas dalam wilayah Indonesia atau transisi pada pemerintahan sendiri. Pada tanggal 5 Mei 1999, dibawah pengawasan PBB, Indonesia dan Portugal menyepakati syarat-syarat referendum, yang termasuk ketentuan yang memberi Indonesia, bukan PBB, tanggung jawab penuh atas keamanan.[18] Pada akhir bulan itu, Misi PBB untuk Timor Timur ("UNAMET") tiba di Timor Timur untuk mempersiapkan dan kemudian melaksanakan referendum pada bulan Agustus. Meskipun disiarkan secara luas telah terjadi tindakan intimidasi dan kekerasan oleh militer Indonesia dan milisia-milisia Timor Timur, hasil dari referendum tersebut tetap mencapai 98,5%. Sejumlah 78,5% pemilih menolak tawaran otonomi khusus.

Pengumuman hasil pro-kemerdekaan hampir seminggu sesudahnya itu segera menyulut aksi kekerasan dalam skala luas. Ketika militer Indonesia dan milisia Timor Timur mulai menarik pasukannya, mereka melakukan taktik bumi hangus yang menyebabkan sekitar tujuh puluh persen infrastruktur di Timor Timur hancur. Kira-kira 600.000 rakyat Timor Timur, setidaknya tiga perempat bagian dari seluruh populasi, terusir dari rumah mereka. Mereka lari ke bukit-bukit atau dipaksa menyeberang melewati perbatasan Indonesia. Lebih dari 1000 rakyat sipil terbunuh.[19] Hanya karena intervensi dari pasukan penjaga perdamaian yang dipimpin oleh Australia, Pasukan Internasional untuk Timor Timur ("INTERFET"), pada tanggal 20 September 1999, serta kembalinya staf-staf UNAMET yang dievakuasi sebelumnyalah hukum dan ketertiban mulai tertata.[20]

---

[15] Kurangnya bahan pangan dan sarana kesehatan mengakibatkan terjadinya beribu-ribu kematian dalam kamp-kamp pengungsi paksa. *Lihat* East timor Action Network, "Backgrounder for East Timor's May 20 Independence Day" (Mei 2002), *di* http://www.etan.org/news/2002a/05back.htm

[16] JUDICIAL SYSTEM MONITORING PROGRAMMES, PENUNTUT UMUM V. JONI MARQUES DAN 9 ORANG LAINNYA (PERKARA LOS PALOS) 4 (Maret 2002) *bisa dilihat di* http://www.jsmp.minihub.org/Resources.htm [selanjutnya disebut JSMP, LOS PALOS].

[17] *Lihat* Unsur Komando Nasional Australia, catatan kaki no. 14

[18] Untuk informasi lebih lanjut mengenai Perjanjian tanggal 5 Mei dan referendum kemerdekaan, lihat AMNESTY INTERNATIONAL, EAST TIMOR: SEIZE THE MOMENT (21 Juni 1999), *bisa dilihat di* http://web.amnesty.org/ai.nsf/index/ASA210491999.

[19] "Ini bukan letupan spontan perang sipil tetapi suatu aksi teror dan penghancuran sepihak Yang ditujukan kepada mereka yang memilih untuk berpisah dengan Indonesia." HUMAN RIGHTS WATCH, UNFINISHED BUSINESS: KUSTICE FOR EAST TIMOR 5 (Agustus 2000), *bisa dilihat di* http://www.hrw.org/backgrounder/asia/timor/etimorback0829.htm.

B. Kehadiran PBB di Timor Timur

Pada tanggal 25 Oktober, Dewan Keamanan PBB mengesahkan Resolusi 1272 untuk membentuk Pemerintah Transisi PBB di Timor Timur ("UNTAET"), yang memberikan kewenangan eksekutif dan legislatif kepada PBB.[21] Ini menandai pertama kalinya PBB memperoleh kewenangan penuh atas keseluruhan fungsi berdaulat dari suatu negara. Dalam pelaksanaannya, PBB menghadapi suatu permasalahan utama: mandat jangka pendeknya yang berisi kontrol PBB secara terpusat untuk menjamin keamanan dan stabilitas serta untuk membangun kembali institusi-institusi negara. Tujuan jangka panjangnya adalah untuk membentuk suatu sistem pemerintahan sendiri yang langgeng, yang membutuhkan suatu pendekatan yang eksklusif dan membangun suatu negara yang terdesentralisasi, pendekatan mana ditekankan pada pelatihan dan partisipasi dari rakyat Timor Timur.[22]

Sistem yudisial yang buruk mencerminkan tantangan-tantangan awal yang dihadapi oleh PBB di hampir semua sektor. Selain tiadanya sistem hukum, staf-staf PBB yang datang ke Timor Timur dihadapkan pada masalah rusaknya bangunan-bangunan pengadilan yang interiornya telah hancur menjadi abu. Perpustakaan-perpustakaan, perlengkapan pengadilan dan berkas perkara telah dijarah atau dihancurkan. Setelah referendum, sebagian besar warga Timor Timur yang mempunyai pengalaman kerja di bidang hukum, politik dan pemerintahan sebagai staf pendukung untuk pemerintah Indonesia, lari ke Indonesia untuk menghindari kemungkinan aksi balas dendam. Secara mendasar, pemerintahan PBB menghadapi kekosongan hukum. Seperti yang dikatakan Hansjoerg Strohmeyer, yang bertindak selaku Kepala sekaligus Deputi Kepala Penasihat Hukum UNTAET, "[m]engatur suatu sistem yudisial bukanlah suatu pekerjaan mudah, khususnya ketika tidak ada lagi sistem untuk diatur".[23] Strohmeyer memberikan daftar tugas yang dihadapi lembaga hukum PBB ketika tiba di Timor Timur, termasuk diantaranya:

> Pengidentifikasian dan pemilihan hakim-hakim dan jaksa penuntut; pengaturan program pelatihan dan mentoring yudisial; pembentukan suatu skema bantuan hukum ...pembentukan suatu mekanisme untuk menangani kejahatan-kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan-kejahatan serius lainnya yang terjadi di Timor Timur; pembentukan suatu

[20] D.K. PBB Resolusi 1264, SCOR PBB, Sidang ke 54, Pertemuan ke 4045, Dok. PBB S/RES/1264 (1999), *bisa dilihat di* http://www.un.org/peace/etimor/docs/ UntaetDrs.htm (mengesahkan pembentukan pasukan multinasional untuk Timor Timur); *lihat juga Laporan Sekretaris Jendral mengenai Pemerintahan Persatuan Bangsa Bangsa di Timor Timur*, D.K. PBB, Sidang ke 55, Dok. PBB S/2000/53 (2000) (melaporkan mengenai kembali tegaknya hukum dan ketertiban setelah datangnya INTERFET).

[21] D.K. PBB Resolusi 1272, SCOR PBB, Sidang ke 54, Pertemuan ke 4057, Dok. PBB S/RES/1272 (1999), *bisa dilihat di* http://www.un.org/peace/etimor/docs/ UntaetDrs.htm, setelah terjadinya penyerahan kemerdekaan Timor Timur tanggal 20 Mei 2002, Misi Pendukung Persatuan Bangsa Bangsa di Timor Timur ("UNMISET") mengambil alih mandat pendahulunya (UNTAET) untuk mengadili kejahatan-kejahatan serius serta untuk membantu sektor yudisial. D.K. PBB Resolusi 1410, SCOR PBB, Sidang ke 57, Pertemuan ke 4534, Dok. PBB S/RES/1410 (2002).

[22] Pendapat ini diberikan oleh Joel Beauvais dalam *Benevolent Despotism: Acritique of UN State-Buildingin East Timor*, 33 N.Y.U. J. INT'L. L & POL. 1101 (Musim Panas 2001). Beauvais menganalisa ketegangan ini dalam sisi politik, sipil, serta "hukum dan ketertiban" dari Pemerintahan PBB di Timor Timur.Id.

[23] Hansjoerg Strohmeyer, *Policing the Peace: Post-Conflict Judicial System Reconstruction in East Timor*, 24(1) U.N.S.W. L.J. 171, 172 (2000), *bisa dilihat di* http://www.jsmp.minihub.org/Reports/StrohmeyerFF.pdf [selanjutnya disebut Strohmeyer, *Policing the Peace*].

mekanisme untuk menangani perselisihan tanah dan hak milik; identifikasi dan pelatihan pegawai-pegawai dan sekretaris pengadilan dalam jumlah yang cukup...[24]

Baru pada awal tahun 2000 terdapat kepastian bahwa kantor Strohmeyer diberi tanggung jawab tambahan untuk melakukan penuntutan kejahatan tahun 1999 di pengadilan Timor Timur.[25] Tugas tambahan ini adalah salah satu tugas yang paling menantang. Timor Timur tidak pernah tahu tentang suatu peradilan yang tidak mendukung suatu pendudukan yang tidak sah.[26] Oleh karena itu, legitimasi dan kepercayaan publik pada sektor yudisial sangat bergantung pada kenyataan apakah sistem hukum yang baru bisa meminta pertanggungjawaban dari mereka yang terlibat dalam tindakan kekerasan pada tahun 1999.

C. Persidangan Campuran

Peraturan UNTAET no. 2000/11, disahkan pada bulan Maret 2000, mengatur mengenai pembentukan struktur sistem peradilan di Timor Timur.[27] Peraturan no. 2000/15 ditetapkan tiga bulan kemudian, membentuk Majelis Khusus untuk Kejahatan-kejahatan Berat dan memberi majelis tersebut yurisdiksi eksklusif terhadap dugaan terjadinya kejahatan-kejahatan yang mencakup genosida, kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan penyiksaan, demikian juga kejahatan-kejahatan yang mencakup pembunuhan dan kejahatan seksual yang dilakukan antara tanggal 1 Januari sampai 25 Oktober 1999. Peraturan-peraturan itu membutuhkan terbentuknya dua Majelis Khusus untuk beroperasi di Pengadilan Distrik Dili dan satu di Pengadilan Banding Dili, masing-masing terdiri atas tiga hakim, dua dari dunia internasional dan satu dari Timor Timur. Dengan beberapa pngecualian kecil, Peraturan 2000/15 mengadosi ketentuan-ketentuan dari Mahkamah Pidana Internasional.[28]

Peraturan 2000/16, yang disahkan pada hari yang sama dengan Peraturan 2000/15, mengatur mengenai pembentukan Unit Kejahatan Serius ("SCU") sebagai salah satu cabang dari kantor penuntut umum yang bertanggungjawab untuk melakukan investigasi atas aksi kekerasan tahun 1999.[29] SCU terdiri atas empat tim, masing-masing beranggotakan jaksa, penyidik dan manajer perkara yang hampir semuanya berasal dari dunia internasional. Unit ini dioperasikan dan dibiayai oleh PBB.[30] Tidak ada peraturan yang mengatur mengenai Lembaga Pembela Umum. Berkaitan dengan itu, para penasehat hukum tetap melaksanakan tugasnya berdasar atas peraturan Indonesia, yang tetap berlaku di Timor Timur

---

[24] *Id.* pada halaman 173

[25] E-mail dari Jonathan Morrow, Asisten Penasihat Hukum, Pemerintahan Transisi Persatuan Bangsa Bangsa di Timor Timur (Januari 21 2003) (penulis memilikinya dalam bentuk file)

[26] *Lihat* UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, EAST TIMOR HUMAN DEVELOPMENT REPORT 2002 13 (mei 2002), *bisa dilihat di* http://www.undp-east-timor.org (menyatakan bahwa, "[p]emerintah Indonesia memanipulasi sistem hukum untuk kepentingannya sendiri serta merusak baik pengadilan maupun petugas peradilan di Timor Timur – secara efektif mengubah sistem hukum menjadi kepanjangan tangan dari eksekutif."

[27] *Peraturan 2000/11 tentang Organisasi Pengadilan di Timor Timur*, catatan kaki no. 13

[28] Untuk pembicaraan mendalam mengenai struktur proyek kejahatan-kejahatan serius serta hukum yang dipergunakan, lihat Linton, catatan kaki no. 3

[29] *Peraturan 2000/16 tentang Organisasi Lembaga Penuntut Umum di Timor Timur*, UNTAET, Dok. PBB UNTAET/REG/2000/16 (6 Juni 2000) *bisa dilihat di* http://www.jsmp.minihub.org/Resources.htm.

[30] Seperti dibicarakan nanti, satu pengecualian yang layak dicatat adalah bahwa program pengembangan kapasitas SCU didanai utamanya oleh LSM dan bantuan bilateral, bukan oleh PBB. *Lihat* dalam tulisan Bagian III.A.

selama masa transisi.[31] Selama musim panas 2002, terdapat dua penasehat hukum, yang pertama dipekerjakan oleh PBB sebagai seorang pegawai urusan yudisial "pinjaman", dan yang kedua dibiayai oleh organisasi No Peace Without Justice ("NPWJ"). Program Pembangunan Persatuan Bangsa Bangsa ("UNDP") membiayai satu orang penasehat hukum lagi, yang bekerja khusus sebagai mentor para pembela umum Timor Timur yang menangani perkara kejahatan-kejahatan biasa.[32] Dengan pengecualian tiga penasehat hukum ini, Lembaga Pembela umum seluruhnya beranggotakan dan dibiayai oleh rakyat Timor Timur. Lembaga ini akan terus bertanggungjawab baik atas kejahatan serius maupun kejahatan biasa.

Hampir tiga tahun setelah pembentukannya, banyak pihak yang menyatakan kekecewaan mereka atas kekurangan-kekurangan yang dimiliki oleh persidangan campuran ini. Persidangan ini tidak mampu untuk menyidangkan banyak dari mereka yang didakwa melakukan aksi kekejaman pada tahun 1999. Penolakan Indonesia untuk memenuhi permintaan ekstradisi atau untuk membantu penyidikan SCU merupakan suatu alasan yang signifikan dari kegagalan persidangan ini. Meski demikian, bahkan pada perkara-perkara yang telah disidangkannya, proses persidangan tetap mendapat kritik. Misalnya, Joni Marques adalah salah satu dari sepuluh orang yang dijatuhi hukuman pada persidangan perkara kejahatan terhadap kemanusiaan yang pertama yang dilaksanakan pada bulan November 2001, biasa disebut sebagai "Perkara Los Palos".[33] Karena kompleksitas dan bobot kasusnya, perkara ini dianggap sebagai pencapaian penting oleh persidangan. Tetapi, suatu LSM Hak Asasi Manusia, Judicial Sistem Monitoring Programme ("JSMP") menerbitkan suatu laporan terperinci yang menekankan keprihatinan mereka bahwa standar minimal hukum acara tidak tercapai. Laporan itu mempermasalahkan netralitas dari Majelis Khusus dan kompetensi dari penasehat hukum, mengkritik penundaan-penundaan dan interupsi yang terjadi dalam persidangan, serta menegaskan bahwa layanan penafsiran dan penterjemahan tidak layak.[34]

Dalam melihat kelemahan-kelemahan ini, sangatlah penting untuk menyadari rintangan-rintangan signifikan yang harus dihadapi PBB untuk mengimplementasikan persidangan campuran ini. Secara sederhana, PBB menciptakan suatu sistem yudisial di suatu tempat dimana di sana belum pernah ada sistem semacam itu. Dalam sistem yang rapuh itu, PBB merancang suatu mekanisme khusus untuk menangani kejahatan yang paling kejam. Setidaknya, mekanisme itu berjalan. Persidangan ini terus bergulat dengan kehancuran fisik akibat aksi tahun 1999, hilangnya banyak warga Timor Timur yang berpengalaman, serta kurangnya sumber daya dan staf pendukung yang terjadi sepanjang waktu. Selanjutnya, persidangan ini terus

[31] Peraturan 1999/1 mengadopsi hukum Indonesia sepanjang (1) tidak bertentangan dengan "standar hak asasi manusia yang diakui secara internasional", (2) tidak bertentangan dengan mandat UNTAET, dan (3) tidak bertentangan dengan Peraturan 1999/1 atau peraturan dan petunjuk selanjutnya. Keputusan untuk melanjutkan penerapan hukum Indonesia didasari oleh kebutuhan-kebutuhan praktis. *Lihat* Jonathan Morrow dan Rachel White, *The United Nations in Transitional East Timor: International Standards and the Reality of Governance*, AUSTL. Y.B. INT'L. L. 22, 8 (akan terbit) (penulis memilikinya dalam bentuk file)

[32] Untuk jangka waktu tiga minggu, lembaga International Foundation for Election System ("IFES"), membiayai pengacara internasional tambahan, Caitlin Reiger, untuk membimbing para pembela umum Timor Timur.

[33] Perkara No. 9/2000. Untuk surat dakwaan, keputusan serta komentar JSMP untu *Perkara Los Palos*, *lihat* http://www.jsmp.minihub.org/Trialsnew.htm.

[34] JSMP, LOS PALOS, catatan kaki no 16.

memperbaiki diri. SCU, khususnya, telah merespon kritik kepada mereka dengan efektif dan telah mengalami restrukturisasi dan perbaikan menyeluruh secara substansial selama tahun-tahun belakangan ini.[35] Di lain pihak, meningkatnya efektivitas SCU hanya menegaskan ketidaklayakan baik unit penasehat hukum maupun hakim-hakimnya. Seperti yang dikatakan oleh Sylvia de Bertodano, penasehat hukum yang disponsori oleh LSM No Peace Without Justice, "fakta bahwa kondisi penuntutan yang semakin membaik tidaklah relevan ketika kedua organ persidangan lainnya – hakim dan penasehat hukumnya – tidak berfungsi."[36]

Banyaknya dakwaan yang diajukan serta perkara yang disidangkan mungkin menunjukkan bahwa persidangan ini telah berhasil memenuhi mandatnya. Sejak ikut serta dalam persidangan pertamanya pada bulan Januari 2001, SCU telah menyidik dan mengajukan 45 dakwaan kejahatan serius terhadap 140 orang. Dakwaan-dakwaan ini menghasilkan penyidangan dan penjatuhan hukuman bagi tiga puluh satu orang, mencakup seluruh tingkatan struktur komando dalam militer Indonesia dan milisi Timor Timur.[37] Pada bulan Januari 2003, terdapat dua puluh kasus masih menunggu putusan dari Majelis Khusus, kasus-kasus mana para terdakwanya ada di Timor Timur, meskipun beberapa diantaranya masih dalam tahap pra-persidangan.[38] Khususnya jika dibandingkan dengan ICTR dan ICTY yang memiliki staf dan pembiayaan yang lebih baik, persidangan campuran tampaknya berjalan dengan sangat baik. Sejak mengajukan dakwaan pertamanya pada tahun 1995, ICTR telah menuntut lebih dari tujuh puluh orang tetapi hanya menyidangkan sembilan perkara, dengan satu perkara banding masih menunggu putusan. Sembilan persidangan lainnya masih dilaksanakan, menyisakan lebih dari setengah jumlah terdakwa masih menunggu persidangan.[39] ICTY, yang sudah mulai dilaksanakan sejak 1994, hanya menyelesaikan persidangan bagi tiga puluh empat orang, dengan delapan orang sedang disidangkan, dan tiga orang sedang menunggu putusan atau hukuman.[40]

Meski demikian, perbandingan dengan persidangan internasional adalah menyesatkan. Banyaknya jumlah kasus yang disidangkan di Timor Timur tidak sesuai dengan ketidaklayakan kualitatif dari persidangan tersebut, sesuatu yang tidak terjadi dalam kadar yang sama dengan kedua persidangan internasional diatas. Misalnya, bisa dipertanyakan apakah semua terdakwa di Timor Timur telah diberikan pembelaan yang layak.[41] Dalam hal ini, misalnya, tidak ada saksi meringankan yang dipanggil pada empat belas

---

[35] Selain langkah-langkah lainnya, SCU telah melakukan perbaikan substansial atas masalah-masalah majemen dan rekrutmen, memperkuat program pelatihan dan mentoringnya, serta meningkatkan upaya pendidikan dan jangkauan publiknya. Wawancara dengan Eric MacDonald, Jaksa Penuntut, Unit Kejahatan serius, di Dili, timor Timur (23 Juli 2002).

[36] Wawancara dengan Sylvia de Bertodano, catatan kaki no. 5

[37] HUMAN RIGHTS WATCH, TIDAK ADA KEADILAN DI TIMOR TIMUR, catatan kaki no. 10.

[38] E-mail dari Siphosami Malunga, Pembela Umum, Kejahatan Serius (19 Januari 2003) (penulis memilikinya dalam bentuk file).

[39] Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda, *Pertimbangan, Putusan dan Tata Tertib Majelis, bisa dilihat di* http://www.ictr.org (terakhir dikunjungi pada tanggal 6 Desember 2003)

[40] PERSIDANGAN PIDANA INTERNASIONAL UNTUK NEGARA-NEGARA BEKAS YUGOSLAVIA, LEMBAR FAKTA MENGENAI PERSIDANGAN ICTY (13 Desember 2002) *di* http://www.un.org/icty/glance/index.htm.

[41] Siphosami Malunga dan Shyamala Algendra, Prosecuting Serious Crimes: An Analysis of the Justice System, 31 (Agustus 2002) (makalah yang tidak diterbitkan, penulis memilikinya dalam bentuk file) [selanjutnya disebut Malunga & Alegendra]

perkara pertama.[42] Sampai relatif akhir-akhir ini, para terdakwa secara rutin ditahan melampaui batas waktu tujuh puluh dua jam serta sebelum persidangan pendahuluan mereka. Beberapa terdakwa berada dalam penjara selama berbulan-bulan atau bahkan bertahun-tahun selama menunggu persidangan. Perkara-perkara sering kali tertunda karena kurangnya penterjemah atau hakim.[43] Sepanjang tahun kemarin, Majelis Khusus untuk Pengadilan Banding tidak beroperasi.[44] Selanjutnya, dalam kasus-kasus yang sudah diadili dan khususnya kasus-kasus awal, para hakim lalai untuk menerapkan hukum internasional atau menerapkannya dengan salah, dan menjatuhkan hukuman-hukuman yang berat untuk para pelaku tingkat rendah.

Masalahnya bukanlah kenyataan bahwa persidangan campuran ini baik hanya pada teori dibandingkan dengan prakteknya. Resikonya adalah bahwa para pendukung persidangan ini mengabaikan kesenjangan ini, sedangkan para penentangnya menerimanya sebagai suatu yang tak terhindarkan. Memahami penyebab dari kekurangan-kekurangan yang dimiliki oleh persidangan akan menjadi suatu langkah maju untuk menghindari kedua kesalahan ini.

[42] DAVID COHEN, SEEKING JUSTICE ON THE CHEAP: IS THE EAST TIMOR TRIBUNAL REALLY A MODEL FOR THE FUTURE? (East-West Center, Asia Pacific Terbitan no. 61, Agustus 2002), *bisa dilihat di* http://www.jsmp.minihub.org/Resources.htm.

[43] Selama bulan 2002 misalnya, dua puluh sidang dijadwalkan, dimana tujuh belas diantaranya ditangguhkan. Sebelas diantaranya ditangguhkan karena ketiadaan hakim. Siaran Pers, Judicial System Monitoring Programme, East Timor Special Panels for Serious Crimes: More Postponements than Hearings (11 Oktober 2002), *di* http://www.jsmp.minihub.org/News/12N_10_02.htm.

[44] Siaran Pers, Judicial System Monitoring Programme, East Timor Urgently Needs Court of Appeal to Guarantee Fundamental Human Rights (14 Oktober 2002), *di* http://www.jsmp.minihub.org/News/14N_10_02.htm.

II. MEMAHAMI CACATNYA PRAKTEK PERSIDANGAN CAMPURAN

A. Suatu Putusan Kebijakan yang Salah

Pemahaman mengenai pengalaman persidangan campuran tidak bisa dilepaskan dari konteks yuridis yang bermasalah dengan mana persidangan tersebut dibentuk dan terus beroperasi.[45] Baik dalam periode pemerintahan PBB maupun pemerintahan pasca-kemerdekaan, dunia hukum terbukti sebagai salah satu sektor terlemah dalam pemerintahan. Dalam suatu laporan Bank Dunia yang dikeluarkan pada bulan November 2002, sektor hukum berada pada peringkat sebelas dari dua belas sektor yang dievaluasi kemajuannya pada saat transisi menuju kemerdekaan.[46] Laporan tersebut mengkaitkan kelebihan sektor-sektor peringkat atas, termasuk kesehatan dan pertanian, dengan "keterlibatan mitra yang berasal dari Timor yang relatif berpengalaman pada tahap

[45] Hal ini baru-baru ini dikemukakan Kamalesh Sharma, Perwakilan Khusus Sekretaris Jendral UNMISET, "Program Kejahatan-kejahatan Serius UNMISETÖadalah bagian dari sistem hukum nasional Timor-Leste, dan oleh karena itu kesuksesannya bergantung pada kekuatan sistem hukum secara keseluruhan. Adalah sangat penting untuk menemukan strategi untuk memperkuat sistem hukum nasional, untuk hasil yang lebih baik dari persidangan Kejahatan Serius." Dikirimkan oleh John M. Miller kepada east-timor@igc.topica.com (29 Januari 2003) (penulis memilikinya dalam bentuk file) (berisi suatu pernyataan dari Perwakilan Khusus Sekretaris Jendral tanggal 25 Januari 2003)

[46] Sektor energi menempati urutan terakhir sementara kesehatan urutan pertama. *Lihat* KLAUS ROHLAND DAN SARAH CLIFFE, THE EAST TIMOR RECONSTRUCTION PROGRAM: SUCCESSES, PROBLEMS, AND TRADEOFFS 11 (Kelompok Bank Dunia, Unit Pensegahan Konflik dan Rekonstruksi, Kertas Kerja no. 2, November 2002), *di* http://lnweb18.worldbank.org/essd/essd.nsf/CPR/Resources-All [selanjutnya disebut ROHLAND AND CLIFFE]

awal transisi."[47] Ironisnya, sektor hukum sendiri diketahui sebagai sektor yang melibatkan pejabat-pejabat Timor Timur sejak awal. Tetapi bukannya sekedar "melibatkan mitra Timor Timur", pejabat hukum PBB Strohmeyer memutuskan pada awal bulan Januari 2000 untuk melimpahkan seluruh kontrol sistem peradilan, dengan yurisdiksi atas kejahatan biasa, kepada para pejabat Timor Timur.[48]

Karena kurangnya pengalaman dari sebagian besar pejabat Timor Timur, pelimpahan wewenang yang terlalu dini ini dipersalahkan atas lemahnya sektor hukum saat ini.[49] Dibawah pendudukan Indonesia, rakyat Timor Timur dihilangkan kesempatan mereka untuk ikut serta dalam sistem peradilan. Banyak diantara mereka yang berpartisipasi dalam sistem Indonesia melarikan diri setelah pengumuman hasil referendum untuk menghindari aksi balas dendam yang mungkin terjadi. Ketika PBB datang pada bulan September 1999, hanya enam puluh orang Timor Timur yang mempunyai gelar kesarjanaan di bidang hukum. Tidak ada diantara mereka yang pernah bekerja sebagai hakim, jaksa atau penasehat hukum dibawah pemerintahan Indonesia. Dari tujuh hakim yang diambil sumpahnya pada bulan Januari 2000, tidak ada yang memiliki pengalaman yuridis sebelumnya, dan hanya dua yang pernah bekerja di sektor hukum sebagai staf pendukung.[50] Meski demikian, hal ini tidak menghalangi Strohmeyer menyerahkan tanggung jawab kepada mereka untuk membangun suatu sistem peradilan dari nol.

Strohmeyer harusnya menjadi orang pertama yang mengetahui kurangnya pengalaman ini dan masalah yang ditimbulkannya.[51] Dia mempertahankan keputusannya untuk melimpahkan komando atas sistem hukum pada tahap-tahap awal itu dengan dua alasan. Pertama, dia mencoba untuk menghindari salah satu dari kritik yang paling biasa dilontarkan terhadap usaha-usaha pembangunan negara dari PBB: bahwa usaha-usaha tersebut menolak adanya otonomi dan partisipasi lokal. Strohmeyer menyatakan :

> *Sensitivitas politik terhadap eforia dan kegembiraan yang menyertai intervensi internasional di Timor Timur menghendaki agar harapan umum bahwa komunitas internasional akan menunjukkan komitmen dengan segera terhadap keterlibatan domestik dalam pengembangan institusi demokrasi, terutama di bidang hukum, akan terakomodir. Harapan untuk menentukan nasib dan memerintah diri sendiri berarti bahwa pengangkatan hakim-hakim lokal, yang merupakan tindakan yang belum pernah ada sebelumnya, bahkan tidak dikenal dalam kekuasaan kolonial Portugal, mempunyai signifikansi simbolis yang sangat besar.*[52]

Beberapa pihak memuji keputusan awal ini. Sistem peradilan adalah "satu-satunya sisi dari tiga [yudisial, sipil dan

---

[47] *Id.*

[48] Kontrol terhadap lembaga peradilan tidak termasuk kontrol terhadap Unit Kejahatan Serius dan Majelis Khusus, yang tetap merupakan entitas PBB.

[49] Wawancara dengan Christian Ranheim, salah seorang pendiri Judicial System Monitoring Programme, di Dili, Timor Timur (18 Juli 2002)

[50] Malunga dan Alegendra, catatan kaki no. 41, pada hal. 6

[51] Untuk keterangan yang jelas mengenai proses perekrutan dan pemilihan petugas-petugas pengadilan, lihat Strohmeyer, *Policing the Peace*, catatan kaki no. 23; lihat juga Hansjoerg Strohmeyer, *Collapse and Reconstruction of a Judicial system: the United Nations Missions in Kosovo and East timor*, 95 AM. J. INT'L. L 46 (Januari 2001) [selanjutnya disebut dengan Strohmeyer, *Collapse and Reconstruction*]

[52] Strohmeyer, *Policing the Peace*, catatan kaki no. 23, hal. 177

administratif] yang didalamnya, dari sudut pandang misi PBB, UNTAET membentuk institusi-institusi yang sepenuhnya mempekerjakan rakyat Timor Timur".[53] Kedua, keputusan Strohmeyer juga didasari oleh kebutuhan praktis. Strohmeyer menekankan salah satu keadaan yuridis yang sangat mendesak: Bahkan sebelum kedatangan PBB, para tersangka aksi kekerasan 1999 telah ditangkapi dan ditahan serta menunggu untuk diadili. Jonathan Morrow, yang bekerja bersama Strohmeyer pada masa-masa awal UNTAET, menegaskan bahwa: "Keadaannya tidak seperti jika banyak terdapat pengacara internasional. Keadaannya tidak seperti jika banyak ahli hukum berbaris di depan pintu Timor Timur".[54]

Suatu argumen bisa diberikan, bagaimanapun juga, bahwa meskipun terdapat keterbatasan sumber daya manusia dan kondisi mendesak dari para tahanan, kantor hukum tersebut akan berjalan dengan jauh lebih baik jika lembaga tersebut menetapkan bahwa manajemen peradilannya bisa dibagi dengan pengacara–pengacara yang direkrut secara internasional. Meskipun menyadari tekanan politis yang melatarbelakangi keputusan Strohmeyer untuk memberi "orang yang benar-benar pemula suatu kewenangan [yuridis] yang bebas", Suzannah Linton, salah seorang jaksa penuntut yang pertama dalam persidangan, memberikan suatu alternatif yang mungkin dilaksanakan:

> *Tidak diragukan lagi bahwa tugas pengembangan institusi akan lebih baik jika dilaksanakan dengan cara membawa pakar internasional selama periode transisi, dengan mitra Timor Timur diangkat sebagai deputi dalam masa percobaan untuk menerima pelatihan yang layak untuk pekerjaan tersebut. Pada akhir periode transisi, pelatihan mereka akan memberikan bekal bagi mereka untuk mengambil alih tanggung jawab penuh sebagai hakim, jaksa penuntut atau penasehat hukum.*[55]

Beberapa pihak berpendapat bahwa Strohmeyer telah berlaku tidak bijaksana dengan langsung menerapkan model yang dia pelajari dari pengalamannya bekerja sebelumnya di Kamboja dan Kosovo, pada saat keadaan di Timor Timur mungkin membutuhkan pendekatan yang lain.[56]

Pihak-pihak lainnya membenarkan kritik ini, menyatakan bahwa keputusan Strohmeyer adalah akar permasalahan dari kesulitan-kesulitan yang dihadapi oleh lembaga peradilan. Dalam suatu wawancara baru-baru ini, Menteri Luar Negeri Jose Ramos-Horta mengatakan, "kita seharusnya tidak terburu-buru melakukan pelimpahan dari staf internasional ke pihak Timor Timur... Sekarang kita mendapatkan beberapa putusan yang sembrono dalam melimpahkan tanggung jawab peradilan kepada pihak Timor".[57] Caitlin Reiger, salah satu pendiri LSM hak asasi manusia Judicial System Monitoring Programme, juga telah menekankan bahwa

---

[53] Beauvais, catatan kaki no. 22, hal 1155.

[54] Wawancara dengan Jonathan Morrow, Asisten Penasehat Hukum, Pemerintahan Transisi Persatuan Bangsa Bangsa di Timor Timur, di Dili, Timor Timur (27 Juli 2002)

[55] Linton, catatan kaki no. 3, hal. 134

[56] *Id.* Pada hal. 138; *tetapi lihat* Strohmeyer, *Collapse and Reconstruction*, catatan kaki no. 51, hal. 54 (menjelaskan alasan yang mendasari pelimpahan wewenang dengan segera, termasuk diantaranya, pentingnya masalah penentuan nasib sendiri, keinginan untuk meminimalisasi kekacauan akibat penarikan kekuatan internasional nantinya, serta masalah tidak familiarnya dunia internasional dengan kondisi lokal dan hukum yang berlaku)

[57] *Investors Wary of East Timoron Weak Judiciary*, JOYO INDONESIA NEWS, 13 Agustus 2002, *bisa dilihat di* http://www.jsmp.minihub.org/news/14_8_02-2.htm.

sebagian besar masalah yang dihadapi sistem yudisial sekarang ini bisa dilacak kembali pada "suatu kesalahan kritis dalam perancangan sejak awal".[58]

Lebih jauh lagi, kelebihan utama dari kebijakan Strohmeyer – mempekerjakan orang-orang lokal – mungkin terbukti sebagai sesuatu yang menyesatkan. Meski mungkin dalam tingkat yang lebih rendah dibandingkan dengan sektor-sektor lain, banyak orang Timor Timur yang ada dalam lembaga peradilan merasa disisihkan oleh para staf PBB. Salah satu contoh yang paling menonjol adalah disahkannya Peraturan 2000/15, yang menetapkan berdirinya Majelis Khusus untuk Kejahatan-kejahatan serius. Para ahli hukum Timor Timur merasa frustasi dan sakit hati karena mereka tidak dimintai pendapatnya dalam keputusan sepenting itu – menentukan hukum mana yang berlaku dalam proses hukum terhadap dugaan kejahatan yang berkaitan dengan referendum.[59] Pengalaman semacam ini tidak aneh. Sebuah laporan Bank Dunia menegaskan bahwa sektor hukum adalah salah satu bidang dimana hubungan kerja antara PBB dan pihak Timor Timur sangat tidak baik.[60]

Ketegangan antara pejabat hukum Timor Timur dan staf PBB terus berlangsung. Hal ini khususnya terlihat dalam interaksi antara pembela umum Timor Timur dengan direktur yang diangkat untuk mengawasi pekerjaan mereka. Sampai pada suatu saat, mereka membereskan semua barang-barang mereka dan pindah dari satu ruangan sementara dan terpencil dalam Pengadilan Banding Dili ke pengadilan distrik Dili, dimana mereka memang menghabiskan sebagian besar waktu mereka bertemu dengan klien mereka. Meskipun para penasehat hukum itu telah kembali ke kantor mereka di Pengadilan Banding, rasa frustasi mereka terus berlanjut. Akhirnya pada bulan Agustus 2002, tidak ada penasehat hukum Timor Timur yang membantu membela perkara-perkara kejahatan serius.[61]

Hanya untuk meninjau hal-hal yang telah terjadi sajalah maka keputusan Strohmeyer bisa dikritisi. Kedua pendiri JSMP juga menyadari hal yang sama. Mengkaitkan banyak diantara kegagalan lembaga peradilan pada desain awal Strohmeyer, Christian Ranheim menyatakan bahwa, "Sudut pandang Strohmeyer pada saat itu mungkin tampak benar, tetapi pengalaman menunjukkan bahwa itu tidak berjalan".[62] Caitlin menyatakan bahwa "secara teori itu adalah hal yang baik, tetapi apa yang terjadi dalam proses adalah buruk, demikian juga dengan sikap defensif untuk mengakuinya".[63] Strohmeyer sendiri berulangkali menyatakan kebutuhan untuk membentuk suatu "jaringan ahli hukum internasional yang berpengalaman dan bermutu ...yang siap siaga" yang siap untuk "pengiriman cepat" sehingga PBB tidak akan menemui kesulitan yang sama.[64]

---

58 Wawancara dengan Caitlin Reiger, salah seorang pendiri Judicial System Monitoring Programme, di Dili, Timor Timur (23 Juli 2002)

59 Linton, catatan kaki no. 3, hal. 150.

60 ROHLAND DAN CLIFFE, catatan kaki no. 46, pada hal. 11 (menegaskan bahwa, "misalnya, kondisi sektor kesehatan, meskipun terdapat perbedaan pandangan antara tim-tim teknis dan pimpinan politik, masih terdapat perdebatan rutin mengenai kebijakan, sebaliknya yang terjadi di bidang agraria dan peradilan, dimana hanya terdapat sedikit interaksi antara tem-tem teknis – khususnya penasehat-penasehat internasional – dengan pimpinan politik Timor Timur.")

61 Wawancara dengan Caitlin Reiger, catatan kaki no. 58; E-mail dari Siphosami Malunga, catatan kaki no. 38.

62 Wawancara dengan Christian Ranheim, catatan kaki no. 49.

63 Wawancara dengan Caitlin Reiger, catatan kaki no. 58.

64 Strohmeyer, *Policing the Peace*, catatan kaki no. 23, hal. 180 (penekanan ditiadakan)

Signifikansi dari keputusan Strohmeyer terhadap persidangan campuran ini berlipat dua. Pertama, hal ini penting untuk menyadari bahwa secara umum, PBB mengimplementasikan suatu model yang inovatif dan belum pernah dicoba sebelumnya dalam suatu keadaan yang sangat menantang – bukan hanya dalam konteks kondisi Timor Timur yang hancur secara fisik, tetapi juga dalam konteks hukum yang kompleks. Kedua, keputusan Strohmeyer ini mungkin merupakan gejala dari miskalkulasi serupa yang dilakukan oleh UNTAET dalam bentuk kegagalan untuk mengenali tantangan-tantangan penting yang berkaitan dengan pengoperasian suatu persidangan campuran, termasuk dalam hal memperkirakan dan menyediakan pendanaan yang cukup.

B. Kurangnya Pembiayaan

Kesulitan-kesulitan persidangan paling sering dikaitkan dengan kurangnya sumber daya, khususnya sumber daya awal yang dibiayai untuk membentuk persidangan tersebut. Dikatakan bahwa, Pemerintahan PBB, sangat memandang rendah biaya yang dibutuhkan untuk membangun dan mempertahankan institusi-institusi sipil dan yudisial. Mantan jaksa penuntut untuk persidangan campuran, Suzannah Linton, menyatakan, "Adalah sesuatu yang ironis bahwa, meskipun UNTAET telah bersip-siap untuk lembaga ini sejak disahkannya Peraturan 2000/11, ketika Peraturan 2000/15 ditetapkan dan berlaku dengan segera, tidak ada anggaran yang disetujui untuk menjamin pemberlakuan dengan segera tersebut".[65]

Sebagian dari pengabaian awal dari PBB terhadap kebutuhan pembiayaan dunia hukum disebabkan karena aspek militer dari intervensi internasional mengaburkan tujuan-tujuan sipil dan administratif jangka panjang[66]. Meskipun ketika masalah-masalah keamanan berkurang, sumber daya dan dana tidak direalokasikan dengan cara yang akan membantu tujuan-tujuan "pembangunan negara" dengan lebih baik.[67]. Dalam satu tulisannya tentang Timor Timur, mantan Penasehat Hukum Strohmeyer menekankan masalah ini : "Agar intervensi bisa berhasil, kita harus melihat melampaui tujuan-tujuan jangka pendek yaitu mendapatkan akses kepada masyarakat yang tertekan melalui aksi militer. Sebaliknya... unsur sipillah, khususnya kemampuan [PBB] untuk menghadapi tantangan-tantangan hukum dan ketertiban, yang merupakan keberhasilan dari suatu intervensi".[68]

Meskipun pendanaan PBB untuk persidangan tersebut telah meningkat sejak sidang tersebut dibentuk, persidangan campuran ini tetap bergulat dengan sumber daya.[69] Sekarang pun, gabungan anggaran dari dua unsur yang disponsori PBB, SCU dan Majelis Khusus, jauh lebih rendah

---

[65] *Lihat* Linton, catatan kaki no. 3, hal. 149.

[66] *Lihat pada umumnya* Hansjoerg Strohmeyer, *Making Multilateral Interventions Work: The U.N. and the Creation of transitional Justice Systems in Kosovo and East Timor*, 25 FLETCHER F. WORLD AFF. 107(Musim Panas 2001) [selanjutnya disebut sebagai Strohmeyer, *Making Multilateral Interventions Work*]

[67] Pemerintahan Transisi timor Timur ("ETTA"), yang merupakan PBB-Timor Timur badan pemerintahan pertama, memiliki anggaran sebesar 65 Juta Dollar Amerika untuk memenuhi kebutuhan sektor-sektor pendidikan, kesehatan, pegawai sipil, polisi, pertahanan, pengadilan dan infrastruktur. Dilain pihak, UNTAET memiliki 560 Juta Dollar dalam periode yang sama untuk mendukung misi PBB. Empat puluh persennya diberikan kepada Pasukan Penjaga Perdamaian. Seperti dinyatakan oleh Amnesty International, "[S]esuai ketentuan PBB, anggaran UNTAET tidak bisa dipergunakan untuk masalah-masalah pemerintahan – suatu fakta yang oleh banyak pejabat UNTAET dianggap sebagai hambatan terhadap kemampuan mereka untuk melaksanakan misi mereka". AMNESTY INTERNATIONAL, EAST TIMOR: JUSTICE, PAST, PRESENT AND FUTURE 6 (27 Juli 2001).

[68] Strohmeyer, *Making Multilateral Interventions Work*, catatan kaki no. 66, pada hal. 124.

jika dibandingkan dengan anggaran untuk persidangan-persidangan Ad Hoc internasional. Untuk tahun 2001, jumlah anggaran adalah 6,3 Juta Dollar, dengan 6 Juta Dollar dialokasikan untuk unit penuntutan dan hampir seluruh sisanya untuk gaji hakim-hakim internasional.[70] Sebagai perbandingan, anggaran ICTR dan ICTY untuk tahun 2002-2003 adalah masing-masing 178 Juta Dollar[71] dan 223 Juta Dollar.[72]

1. Unit Kejahatan Serius

Dampak dari terbatasnya sumber daya bahkan bisa dilihat pada SCU, yang merupakan sektor yang paling besar yang dibiayai diantara ketiga sektor persidangan. Untuk mengatasi keterbatasan waktu dan sumber daya, pada bulan Mei 2001 SCU memilih sepuluh kasus untuk dijadikan fokus.[73] Tindakan ini menyisakan 650 kasus dimana penyidikannya ditangguhkan atau bahkan belum dimulai sampai bulan Agustus 2002.[74] Siri Frigaard, Deputi Jaksa Penuntut Umum untuk Kejahatan-kejahatan Serius di Timor Timur, telah menegaskan dalam wawancara baru-baru ini bahwa kurangnya sumber daya, ditambah dengan batas waktu untuk menyelesaikan penyidikan yang semakin mendekat, telah menghilangkan kemungkinan bahwa semua kasus akan bisa disidik dan diajukan penuntutannya.[75] Human Rights Watch memberi batas waktu Juli 2003 suatu perhatian khusus, menyatakan bahwa batas waktu itu adalah prematur dan merupakan "masalah terbesar yang dihadapi oleh Unit Penyidik Kejahatan Serius (SCU) dan Majelis Khusus."[76] Meskipun bukan satu-satunya faktor, pembiayaan rupanya memainkan peranan besar dalam keputusan PBB untuk bertahan pada batas waktu yang sempit.

Rasa frustasi karena kurangnya sumber daya datang dari semua sudut SCU. Unit penyidikan, khususnya, mempunyai masalah kekurangan staf terus menerus.[77] Jumlah penyidik berkisar antara dua sampai dengan maksimum sepuluh orang seperti yang dimiliki sekarang.[78] Dengan adanya jumlah kasus yang sangat besar, kompleksitas dari kasus-kasus tersebut, masalah pembuktian dan meningkatnya tekanan karena masalah waktu, bahkan jumlah yang sekarang ada pun tidak cukup. Kurangnya dukungan ini sangat mengganggu banyak pihak yang merasa bahwa

---

69 Jumlah pendanaan bagi persidangan untuk tahun 1999-2000 dan 2000-2001 tidak langsung tersedia. Untuk tahun-tahun ini, persidangan didanai oleh kombinasi dari anggaran hasil taksiran misi PBB dan dana konsolidasi dari ETTA. Tetapi, jumlah anggaran untuk tahun 2001-2002 bisa didapatkan, karena ini adalah satu-satunya tahun anggaran dimana seluruh pengeluaran persidangan langsung dikeluarkan dari anggaran hasil taksiran misi PBB.

70 COHEN, catatan kaki no. 42, hal. 5. Anggaran untuk Kantor Pembela Umum tidak bisa didapatkan.

71 *Lihat* Persidangan Pidana Internasional untuk Rwanda, Informasi Umum, *di* http://www.isrt.org/wwwroot/ENGLISH/geninfo/ictrlaw.htm#2 (terakhir dikunju-ngi 25 Februari 2003)

72 *Lihat* Persidangan Pidana Internasional untuk Negara-negara Bekas Yugoslavia, sekilas ICTY, *di* http://www.un.org/icty/glance/index.htm (terakhir dikunjungi 25 Februari 2003)

73 Untuk daftar perkara prioritas yang dipilih, *lihat* Lembaga pers UNTAET, Lembar Fakta 7: Justice and Serious Crimes (April 2002), *bisa dilihat di* http://www.un.org/peace/etimor/fact/fs7.PDF (terakhir dikunjungi 25 Februari 2003).

74 Malunga dan Alegendra, catatan kaki no. 41, pada hal. 18

75 "East Timor: Deputy Prosecutor Admits Trials Flawed", *Asia Pacific Programs*, Radio Australia, (28 Juni 2002), *di* http://www.abc.net.au/ra/asiapac/ programs/s593731.htm.

76 HUMAN RIGHTS WATCH, TIDAK ADA KEADILAN DI TIMOR TIMUR, catatan kaki no. 37. SCIU adalah unit penyidik dari SCU.

77 Unit penyidik juga mengalami keterbatasan akibat kuranganya sumber daya yang sangat parah dalam formasinya, termasuk tidak tersedianya mobil dan komputer. Hal ini akan dibicarakan selanjutnya secara panjang lebar.

78 Wawancara dengan seorang pejabat PBB, di Dili, Timor Timur (28 Juli 2002)

penyidikan adalah komponen yang paling penting dari SCU. Karena pejabat-pejabat militer Indonesia mustahil untuk dapat diadili, banyak yang menganggap bahwa dakwaan dari SCU sebagai suatu pernyataan fakta. Dakwaan-dakwaan tersebut memberikan beberapa pengakuan resmi PBB tentang pertanggungjawaban beberapa pejabat militer senior Indonesia dalam aksi kekerasan tahun 1999. Seorang mantan penasehat hukum dalam persidangan, Sylvia de Bertodano, menyatakan bahwa: "Meskipun persidangan tidak mungkin terjadi, penyidikan terus dilakukan, dan itu sangat penting. Penyidikan-penyidikan pada akhirnya akan membantu untuk menunjukkan apa yang sebenarnya terjadi".[79]

2. Majelis Khusus

Meskipun kurangnya dana bukan merupakan penyebab utama dari kekurangan hakim yang terus terjadi dalam Majelis Khusus, hal ini menyebabkan tidak tersedianya sekretaris, wartawan pengadilan, panitera, stenografer, dan pegawai hubungan masyarakat, demikian juga dengan kurangnya jumlah penterjemah.[80] Tanpa adanya panitera, hakim-hakim diharuskan untuk melakukan sendiri riset, penulisan dan perbaikan tulisan mereka sendiri. Tanpa adanya sekretaris, mereka menjawab telepon mereka sendiri dan sering menjadwalkan rapat mereka sendiri. Lebih lanjut lagi, fasilitas yang mereka miliki sangat minim sehingga menyebabkan riset sangat sulit dilakukan. Perpustakaan hanya berisikan rak-rak buku yang tidak terpakai, dan akses internet baru bisa dipakai pada akhir tahun 2001.[81] Hakim-hakim ditempatkan bertiga dalam satu ruangan. Dengan sama sekali tidak tersedianya staf pendukung, mereka harus melakukan sendiri tugas-tugas yang memang diperlukan, tetapi hal tidak memungkinkan mereka untuk menggunakan waktu mereka untuk hal-hal yang lebih penting. Seperti dikatakan oleh David Cohen, "Ketika pertama kali saya mengunjungi Persidangan ini, [hakim-hakim] sedang sibuk memindahkan furnitur mereka".[82]

Tidak tersedianya stenografer atau petugas transkrip pengadilan lebih menimbulkan masalah. Tiga belas persidangan pertama dilakukan tanpa adanya suatu transkrip atau rekaman audio.[83] Sejak perkara Los Palos, Majelis Khusus mulai merekam persidangan dengan video. Sejak saat itu, Majelis Khusus telah mengumpulkan beratus-ratus jam rekaman video yang pada dasarnya tidak ada gunanya, karena tidak ada transkrip yang dihasilkan dari sana. Untuk perkara Los Palos, para hakim tampaknya merujuk pada catatan yang ditulis pada saat persidangan dilaksanakan oleh salah seorang hakim.[84] Tanpa adanya transkrip tertulis yang tersedia baik untuk para penasehat hukum maupun hakim, berarti Majelis Khusus terus menerus melanggar Peraturan UNTAET 2000/11 dan 2000/30,[85] yang memberikan hak untuk para terdakwa atas suatu transkrip resmi persidang-

---

79 Wawancara dengan Sylvia de Bertodano, catatan kaki no. 5

80 JSMP, JUSTICE IN PRACTICE: HUMAN RIGHTS IN COURT ADMINISTRATION 11 (November 2001), *di* http://www.jsmp.minihub.org/Reports/JSMP1.pdf [selanjutnya disebut dengan JSMP, JUSTICE IN PRACTICE]; *lihat juga* HUMAN RIGHTS WATCH, TIDAK ADA KEADILAN DI TIMOR TIMUR, catatan kaki no. 10.

81 Sylvia de Bertodano, East Timor: Trials and Tribulations (makalah yang tidak diterbitkan, penulis memilikinya dalam bentuk file).

82 COHEN, catatan kaki no. 42, hal. 5.

83 *Id.* hal 6.

84 JSMP, LOS PALOS, catatan kaki no. 16, hal. 28

85 Peraturan 2000/11, catatan kaki no 27, *Peraturan 2000/ tentang Peraturan-peraturan Sementara Prosedur Pidana*, UNTAET, Dok. PBB UNTAET/REG/2000/30 (25 September 2000), *bisa dilihat di* http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/reg200030.pdf.

an, yang bisa digunakan sebagai dasar banding.[86]

Perkara Los Palos menggambarkan problem praktis yang serius yang ditimbulkan oleh tiadanya transkrip. Para pembela umum telah menunggu suatu transkrip persidangan resmi untuk bisa merencanakan upaya banding mereka. Perintah pengadilan kepada kantor pendaftaran untuk menyediakan transkrip semacam itu tidak pernah diimplementasikan. JSMP menyatakan bahwa tidak ada transkrip-transkrip resmi, dan mereka tidak mengetahui apakah ada yang pernah dibuat berdasarkan rekaman-rekaman yang ada.[87]

Majelis Khusus juga mematuhi persyaratan yang ditetapkan dalam Peraturan 2000/15, yaitu bahwa setiap orang disediakan suatu layanan gratis penterjemahan.[88] Karena persidangan dilaksanakan dalam empat bahasa (Portugis, Indonesia, Tetum dan Inggris), maka penterjemahan yang baik merupakan suatu arti penting yang khusus. Meski demikian, Majelis Khusus tidak mempunyai unit penterjemahan resmi sampai dengan bulan Agustus 2002. Mereka mengandalkan tujuh orang staf untuk bertindak sebagai penterjemah selama jalannya persidangan serta untuk menterjemahkan berkas-berkas persidangan. Tetapi, akses kepada para penterjemah ini sangat terbatas. Tujuh orang ini juga dipakai oleh Departemen Kehakiman, Pengadilan Distrik dan Parlemen Nasional. Seperti dikatakan oleh JSMP, mereka ini "diperas sampai batas kemampuan".[89] Tiga penterjemah internasional juga tidak bisa digunakan, karena mereka dipekerjakan untuk Unit Kejahatan Biasa dan Departemen Kehakiman.[90] Kekurangan staf penterjemah yang parah ini mengganggu pengajuan banding dan membuat banyak persidangan menjadi tertunda.[91]

Bahkan ketika penterjemah tersedia dan digunakan, kualitas penterjemahan juga meragukan. Dalam suatu sidang peninjauan penahanan, penterjemahan hanya dilakukan secara tidak teratur. Hakim, jaksa penuntut dan pembela berbicara dalam bahasa Inggris. Seorang penterjemah akan menterjemahkan apa yang mereka katakan dalam bahasa Indonesia, dan seorang penterjemah kedua akan menterjemahkan bahasa Indonesia ke dalam bahasa Tetum. Bahkan untuk sidang peninjauan kecil dan langsung ini, proses penterjemahan ini sangat memperlambat persidangan. Dalam waktu-waktu tertentu dalam persidangan, penterjemahan bahkan tidak terjadi. Penterjemahan hanya dilakukan ketika penterjemah pertama diingatkan oleh hakim-hakim dan penasehat hukum. Tampaknya, para terdakwa tidak mengerti sebagian besar pernyataan yang dikemukakan selama persidangan.[92]

Rendahnya kualitas penterjemahan ini dicatat oleh JSMP, yang mengirimkan seorang pengamat untuk menghadiri semua persidangan. Menurut JSMP, ada

---

86 JUDICIAL SYSTEM MONITORING PROGRAMME, THE RIGHT TO APPEAL IN EAST TIMOR (Laporan Tematik JSMP 2, Oktober 2002), *di* http://www.jsmp.minihub.org/News/17_10%20Appeal.pdf [selanjutnya disebut dengan JSMP, RIGHT TO APPEAL].

87 *Id.* hal 18

88 Peraturan 2000/15, catatan kaki no 26.

89 JSMP, RIGHT TO APPEAL, catatan kaki no. 86, hal. 19

90 Malunga dan Alegendra, catatan kaki no. 41, pada hal. 25

91 JSMP mencatat bahwa penangguhan banding terbanyak yang terjadi sekarang ini adalah akibat dari kurangnya penterjemah. Suatu perkara banding diajukan pada tanggal 21 Mei 2001 atas nama Sergio Castro de Jesus. Hakim yang menangani terus menunggu agar berkas perkara yang berbahasa Indonesia itu diterjemahkan ke dalam bahasa Portugis agar dia bisa memeriksanya. JSMP, RIGHT TO APPEAL, catatan kaki no. 86, hal. 19

92 Pengamatan oleh penulis di Dili, Timor Timur (23 Juli 2002)

enam bahasa yang dipergunakan dalam perkara Los Palos. Karena pengadilan tidak mempunyai penterjemah untuk tiga bahasa, jaksa penuntut harus mempekerjakan penterjemah mereka sendiri. Tetapi, bahkan dengan adanya penterjemahpun, komunikasi tetap sulit. JSMP menyatakan bahwa :

> *Setiap orang dalam ruang pengadilan kesulitan untuk mengikuti pembicaraan dalam satu atau tahap yang lain. Kadang-kadang penterjemah pribadi Joni Marges akan menginterupsi dan melakukan klarifikasi atas kalimat-kalimat yang diucapkan. Di lain waktu kesalahan-kesalahan tersebut tidak dijelaskan kepada Majelis Hakim. Salah satu contoh adalah ketika seorang pembela yang berasal dari Portugis bertanya dalam bahasa Inggris mengenai "hitting of Evaristo Lopez". Karena latar belakang bahasanya, dia tidak mengeja huruf 'h' pada permulaan kata, dan itu diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia menjadi "eating" (makanan) Evaristo Lopez.*[93]

JSMP juga mencatat mengenai saat-saat dimana proses tanya jawab antara hakim-hakim dan saksi-saksi mengenai kejadian-kejadian yang traumatik menjadi berkepanjangan secara tidak perlu karena kesulitan penterjemahan. Saksi-saksi harus berulangkali menjelaskan mengenai bagaimana mereka melihat pasukan milisi membunuh kerabat mereka.[94] Komunikasi antara para terdakwa dengan pembelanya juga merupakan masalah. Pada saat-saat tertentu, para pembela meminta bantuan dari anggota masyarakat untuk masalah penafsiran.[95]

Sampai bulan Juli 2002, pengadilan tidak mempunyai administrator pengadilan. Saat ini Majelis Khusus mempunyai seorang administrator pengadilan dan dua orang pegawai pengadilan. Disamping tugas-tugas lainnya, Seksi Administrasi berwenang untuk menerima dan mengorganisir berkas perkara, melacak status perkara, serta menyimpan suatu jadwal terbaru untuk jadwal persidangan.[96] Para administror bertanggungjawab untuk melacak dan menyimpan berkas perkara yang sebagian besar berbahasa Inggris atau Portugis, meskipun mereka tidak mengerti kedua bahasa itu.[97] Karena sulitnya serta banyaknya jumlah pekerjaan administrasi, hakim-hakim sering mengerjakan masalah-masalah administrasi yang belum dikerjakan. Dalam salah satu sidang peninjauan penahanan, pihak pembela menyatakan bahwa dia tidak diberikan pemberitahuan yang layak serta waktu untuk mempersiapkan diri. Hakim dan penasehat kedua pihak kemudian menghabiskan dua puluh menit berikutnya untuk mencoba melakukan penjadwalan ulang.[98] Para hakim juga menunjukkan kepada jaksa penuntut umum bahwa beberapa alat bukti tertentu tidak ada dalam berkas. Pada saat itu, jaksa penuntut harus menghabiskan waktu sepanjang siang tersebut untuk mencari alat bukti yang sebenarnya sudah diajukan oleh jaksa sebelumnya yang saat itu sudah kembali ke negaranya. Akhirnya, alat bukti yang dimaksud ditemukan dalam berkas perkara yang lain.[99]

---

[93] JSMP, LOS PALOS, catatan kaki no. 16, hal. 27

[94] JSMP, JUSTICE IN PRACTICE, catatan kaki no. 80, hal. 26

[95] JSMP, LOS PALOS, catatan kaki no. 16, hal. 28

[96] JSMP, JUSTICE IN PRACTICE, catatan kaki no. 80, hal. 7

[97] JSMP, RIGHT TO APPEAL, catatan kaki no. 86, hal. 20

[98] Pengamatan oleh penulis di Dili, Timor Timur (22 Juli 2002). Penulis mengamati sidang peninjauan penahanan terhadap Salvador Soares.

[99] Wawancara dengan Eric MacDonald, catatan kaki no. 35.

3. *Kantor Pembela Umum*

Dari ketiga pilar persidangan campuran, Kantor Pembela Umum adalah yang paling lemah. Lembaga ini terus menerus lemah karena kegagalan PBB untuk memberikan dana dan, setidaknya pada awalnya, staf pendukung.[100] Oleh karena itu, kantor ini beroperasi dengan dana minimal dan beranggotakan para pengacara yang mempunyai pengalaman kerja yang, itupun jika mereka memilikinya, kecil. Secara teoritis, mereka bertugas untuk membela baik perkara kejahatan biasa maupun kejahatan serius. Bagaimanapun juga, melanjutkan litigasi dari perkara kejahatan serius pertama pada bulan Januari 2001, tiadanya pembelaan yang kompeten yang diberikan kepada para terdakwa akhirnya menyebabkan terjadinya keterlibatan internasional dalam pembelaan untuk perkara-perkara selanjutnya.[101] Saat ini, hampir seluruh perkara-perkara kejahatan serius dibela oleh penasehat hukum internasional yang disponsor oleh UNMISET, Siphosami Malunga, dengan dibantu oleh satu atau dua mentor internasional. Karena tidak terdapatnya pengacara praktek, para pembela umum Timor Timur harus mengerjakan perkara kejahatan biasa selain perkara perselisihan perdata yang semakin bertambah.[102] Meskipun jika para pembela Timor Timur ingin lebih terlibat dalam persidangan campuran, timbunan perkara yang ada saat itu akan menghalangi mereka.[103]

Para pembela umum merasa bahwa pekerjaan mereka sama sekali tidak membutuhkan pengalaman praktis. Saat ini terdapat sepuluh pembela umum untuk seluruh Timor Timur. Meskipun semuanya mempunyai gelar hukum dari universitas-universitas di Indonesia, tidak ada satupun yang memiliki pengalaman litigasi pada saat mereka mulai dipekerjakan.[104] Dikatakan bahwa bahwa pembela umum adalah suatu "pemikiran tambahan" dalam pemilihan hakim-hakim dan jaksa penuntut, dan mereka mempunyai kemampuan yang lebih rendah dibandingkan rekan-rekan mereka dalam menjalankan kantor mereka. Seperti yang dikatakan Malunga, "Secara sedehana... para pembela umum itu dipilih dari para kandidat yang tersisa yang memiliki gelar hukum".[105] Ketidaksetaraan antara para pembela Timor Timur yang tidak berpengalaman dengan para penuntut internasional yang profesional akhirnya menjadi terlalu jelas untuk diabaikan, dan menyebabkan UNTAET menawarkan untuk mensponsori tiga lowongan. Tawaran ini ditentang oleh Departemen Kehakiman Timor Timur, dan sampai saat ini, hanya satu lowongan yang telah terisi.[106] UNDP untuk sementara membiayai pembela internasional lainnya

---

100 Dalam anggaran tahun 2003, PBB meningkatkan dukungan finansial dalam jumlah besar kepada komponen pembela dalam Persidangan. Email dari Malunga, catatan kaki no 38. Malunga menyatakan, "Sekarang ada enam pengacara in-house, meskipun kita masih dalam proses merekrut yang lainnya, tiga Asisten Pembela, tiga Penyidik Pembela, enam Penterjemah, dan tiga Asisten Administrasi." *Id.* Karena adanya penundaan dalam pengangkatan hakim untuk Majelis Khusus, serta keengganan Menteri Kehakiman Pessoa untuk menerima penasehat hukum internasional, maka masih belum jelas kapan kantor Pembela Umum akan lebih lengkap pegawainya. Waktu dari meningkatnya dukungan PBB juga layak diperhatikan, karena pada saat ini Unit Kejahatan serius sedang memasuki tahap penurunannya.

101 Malunga dan Alegendra, catatan kaki no. 41, pada hal. 31

102 *Id.* hal 30

103 Ketidakpuasan karena adanya tumpukan perkara menjadi nyata, misalnya ketika 190 tahanan yang menunggu sidang melarikan diri dari penjara Becora di Dili pada bulan Agustus 2002. JSMP, *East Timor: Mass Jailbreak in Protest at Legal System Hold-ups* (17 Agustus 2002), *di* http://www.jsmp.minihub.org/ News/17_08_02.htm.

104 De Bertodano, catatan kaki no 81, hal. 6

105 Malunga dan Alegendra, catatan kaki no. 41, pada hal. 30

106 *Id.* hal 31

untuk menangani tumpukan perkara yang semakin bertambah.[107] Tetapi bahkan bantuan kecil ini masih terlalu sedikit, dan sudah terlambat. Para pembela Timor Timur secara efektif telah meninggalkan pekerjaan pembelaan kejahatan serius, menganggap bahwa persidangan campuran ini secara eksklusif diperuntukkan bagi pihak internasional. Seperti dikatakan oleh Caitlin Reiger, yang sempat bekerja sebagai mentor dalam Kantor Pembela Umum, "Mereka merasa bahwa [persidangan] tidak ada hubungannya dengan mereka."[108] Sampai saat penulisan ini, para pembela umum Timor Timur bekerja hampir secara eksklusif untuk perkara-perkara kejahatan biasa.

Kekurangan sumber daya yang parah ini menegaskan lebih jauh desakan yang dihadapi oleh unit pembela umum, baik untuk persidangan kejahatan biasa maupun serius. Ketika bekerja di Pengadilan Distrik Dili mereka hanya disediakan satu ruangan, menyebabkan mereka sangat sulit untuk bertemu dan mencatat pernyataan klien dan saksi-saksi.[109] Mereka tidak mempunyai dukungan administrasi dan akses terhadap fasilitas riset, seperti perpustakaan atau Internet. Kantor para pembela di Pengadilan Banding, di mana mereka saat ini ditempatkan, hanya sedikit lebih baik. Kantor ini punya satu kendaraan dan baru-baru ini bisa mendapat akses Internet. Tetapi kantor ini juga tidak sama sekali mempunyai dukungan administrasi. Selanjutnya, karena tidak tersedianya penterjemah, para penasehat hukum harus mengandalkan para penterjemah pengadilan untuk mengambil pernyataan awal dan membaca berkas-berkas. Mereka tidak mempunyai penyidik dan tidak mempunyai dana untuk saksi-saksi seperti biaya transpor atau program perlindungan saksi.[110] Hal ini mungkin menjelaskan kenapa tidak ada saksi meringankan dalam empat belas persidangan kejahatan serius pertama.[111]

Para terdakwa telah menderita dalam sistem yang ada saat ini. Kualitas pembelaan dalam perkara-perkara awal sangat mungkin melanggar hak terdakwa untuk mendapatkan nasehat-nasehat hukum yang efektif.[112] Dimasukkannya para pembela dan mentor internasional memperbaiki keadaan secara drastis, tetapi para terdakwa tetap tidak dapat menikmati kualitas pembelaan yang sama dengan yang diberikan dalam persidangan ad hoc. Kemudian, para terdakwa juga jarang sekali bertemu dengan para pembelanya. Penyidikan dan persidangan berjalan sangat lambat, sehingga bahkan dalam pertemuan bulananpun para pembela mungkin tidak mempunyai sesuatu baru untuk dilaporkan. Ketika para pembela akhirnya bertemu dengan klien-klien mereka, hal ini lebih untuk memberikan kontak dengan dunia luar daripada untuk memberitahukan kemajuan perkara mereka.[113]

Untuk jangka waktu yang lama, hak para terdakwa untuk tidak dikenakan penahanan yang sewenang-wenang telah dilanggar. Tetapi, persidangan telah membuat suatu perbaikan yang cukup besar dalam hal ini. Hukum UNTAET sekarang menetapkan bahwa para tersangka bisa ditahan untuk jangka waktu maksimal tujuh puluh dua jam sebelum suatu sidang peninjauan ditetapkan waktunya.[114] Meskipun demikian, kurangnya sumber daya dan staf yang parah terus menerus menjadi halangan untuk mematuhi ketentuan itu. Salah

---

107 *Id.*

108 Reiger, catatan kaki no. 58

109 Malunga dan Alegendra, catatan kaki no. 41, pada hal. 32

110 *Id.* hal 31-32

111 COHEN, catatan kaki no. 42, hal. 5

112 Malunga dan Alegendra, catatan kaki no. 41, pada hal. 30

113 Wawancara dengan Sylvia de Bertodano, catatan kaki no. 5

satu contoh adalah sidang peninjauan penahanan Ozario Aru Bere. Sidang yang awalnya dijadwalkan pada hari Jumat, pada menit-menit terakhir ditangguhkan sampai hari Senin, sehingga melanggar ketentuan tujuh puluh dua jam tersebut. Satu-satunya hakim pengawas, yang bertanggungjawab mengawasi sidang-sidang semacam itu sedang sakit. Dengan tidak adanya hakim yang menggantikannya, akhirnya sang terdakwa harus berada di penjara untuk dua hari lagi menunggu pembebasan kondisionalnya.[115] Kejadian-kejadian semacam ini biasa terjadi.

III. FAKTOR-FAKTOR PENUNJANG LAINNYA

Keputusan kebijakan awal dan terbatasnya sumber daya hanya menggambarkan sebagian dari kesulitan-kesulitan yang dihadapi persidangan. Meskipun ketidakcukupan dana berlangsung terus menerus, hal ini bukan hanya karena ketidakmampuan PBB untuk menyediakan sumber daya yang dibutuhkan. Seperti dinyatakan oleh salah seorang pejabat PBB, "PBB bukannya kekurangan uang. PBB telah memberikan uang untuk banyak sektor. Tetapi sejak awal, SCU telah dipandang sebagai suatu kasus contoh".[116] Pendiri JSMP, Christian Ranheim, menegaskan bahwa Departemen Kehakiman juga memainkan peran dalam kesulitan finansial persidangan: tidak berjalannya persidangan "bukan hanya masalah sumber daya. Tawaran pendanaan tidak kurang banyaknya. Jika Departemen Kehakiman bekerja profesional untuk mengkoordinasikan dan menghasilkan dukungan bilateral, mereka bisa mendapatkannya".[117] Keputusan Strohmeyer untuk melimpahkan wewenang mungkin bisa berhasil jika saja tersedia dukungan yang layak bagi program mentoring dan pelatihan. Untuk menilai lebih jauh mengenai kesulitan-kesulitan yang dihadapi oleh persidangan, sisa dari artikel ini akan difokuskan pada tiga faktor penyebab lainnya: (i) program pelatihan dan mentoring yang sangat buruk, (ii) hambatan-hambatan yang disebabkan oleh politik domestik, dan (iii) peran PBB yang ambivalen.

A. Gagalnya Program Pengembangan Kapasitas

Konsensus yang ada diantara para personel PBB maupun non-PBB tampaknya adalah bahwa pengembangan kapasitas bukan hanya tidak terjadi, tetapi hal itu bahkan belum dimulai. Seperti yang dikatakan oleh pendiri JSMP Caitlin Reiger: "kenyataannya adalah setelah dua tahun berjalan, sistem hukum yang ada baru sedikit sekali berkembang".[118] Program pelatihan dan mentoring yang dilaksanakan dua tahun sebelumnya tidak bisa memenuhi tujuan-tujuan dasar pelatihan.

Lebih buruk lagi, kedua program tersebut telah memainkan peran dalam

114 Meskipun merupakan perbaikan dari praktek-praktek sebelumnya, hal ini mungkin masih bertentangan dengan Pasal 9(3) Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik, yang mengharuskan sidang tersebut untuk dilaksanakan "segera setelah penahanan". Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik Pasal 9 paragraf 3, 6 I.L.M. 368. Amnesty Internasional menegaskan bahwa 48 jam mungkin bisa dianggap berlebihan (mengutip REPUBLIK FEDERAL JERMAN, LAPORAN KOMITE HAK ASASI MANUSIA, vol. I, A/45/40, pada paragraf 433 (1990)): *lihat juga* Amnesty International, catatan kaki no. 67, hal. 21.

115 Pengamatan oleh penulis di Dili, Timor Timur (8 Juli 2002)

116 Wawancara dengan pejabat PBB, di Dili, Timor Timur (22 Juli 2002)

117 Ranheim, catatan kaki no. 49

118 Reiger, catatan kaki no. 49. Ms. Reiger bekerja sebagai mentor dalam kantor Pembela Umum dalam suatu proyek yang didanai oleh IFES. Salah satu tugas pertamanya adalah untuk menulis memo mengenai bidang-bidang mana yang membutuhkan pelatihan. "Bagaimana membuat dan menyimpan suatu berkas perkara" menjadi nomor satu dalam daftar tersebut. *Lihat Id.*

meningkatnya ketegangan antara personel Timor Timur dan PBB dalam lembaga. Para pembela Timor Timur sekarang disisihkan dari litigasi kejahatan-kejahatan serius. Malunga mencatat bahwa, "para pembela sangat menjanjikan pada awalnya, mereka terlibat dalam setiap perkara. Sekarang mereka dilepaskan seluruhnya dari litigasi-litigasi kejahatan serius".[119] Tidak jelas apakah kerusakan yang ada bisa diperbaiki. Seperti kata Caitlin Reiger, "masalah yang ada sekarang akan lebih sulit untuk diperbaiki dibandingkan dengan dua tahun yang lalu. Pihak Timor Timur sudah bosan dengan pihak internasional yang datang dan mengadakan "lokakarya". Dan bahkan lebih sulit untuk membuat orang-orang PBB untuk menyadari dan mengakui mengenai apa yang menjadi kesenjangan mendasar dalam sistem".[120]

Program pelatihan di dalam SCU dan peradilan juga tidak berjalan lebih baik. Program untuk hakim secara efektif tidak ada. Tidak tersedia mentor dan pelatihan hanya berjumlah minim. Adalah suatu kesalahan untuk berasumsi bahwa hakim-hakim internasional dalam Majelis Khusus dapat bertindak sebagai "mentor di tempat" untuk rekan-rekan lokal mereka. Pertama, para mentor di tempat seringkali terganggu oleh atau mengambil alih seluruh tugas yang ada, seperti menulis opini hukum, yang mengalahkan tujuan mentoring itu sendiri. Hal ini lebih mungkin terjadi dalam Majelis Khusus, karena skala pekerjaan serta tekanan waktu yang ada dalam pekerjaan mereka. Kedua, hakim internasional yang ada dalam Majelis Khusus sekarang ini tidak berpengalaman untuk bertindak sebagai mentor. Bahkan dalam opini yang paling kuat sampai sejauh ini, para hakim telah salah menerapkan hukum internasional dalam beberapa kasus tertentu,[121] menjatuhkan putusan-putusan yang tampaknya terlalu berat pada perkara-perkara lainnya, serta membuat kesimpulan mengenai keterlibatan Indonesia dalam aksi kekerasan tahun 1999 tanpa adanya pengajuan bukti atau masalah-masalah yang sedang diajukan ke pengadilan.[122]

Meskipun program mentoring di tempat pada SCU untuk para jaksa, penyidik dan manajer berjalan lebih efektif, seseorang dapat mempertanyakan implementasi program ini yang tertunda-tunda. Empat orang jaksa penuntut dan dua orang manajer perkara Timor Timur pertama bergabung dengan SCU antara bulan Mei dan Juni 2002. Karena pada saat itu SCU memasuki "masa menurun", mereka bisa beranggapan bahwa mereka sangat terlambat untuk diajak bergabung. Seperti kata salah seorang dari jaksa penuntut Timor Timur, "Staf internasional seharusnya tetap disini untuk lima tahun ke depan, dan menjalankan pelatihan. Masih banyak yang harus dipelajari".[123]

Apa yang bisa menjelaskan gagalnya calon program pelatihan-mentoring ini? Jawabannya sebagian karena kurangnya perhatian terhadap pengembangan kapasitas sejak awal. Hal ini bisa dimengerti karena PBB mengutamakan masalah keamanan ketika pertama kali datang.

---

119 Malunga, catatan kaki no. 4

120 Reiger, catatan kaki no. 58

121 JSMP, LOS PALOS, catatan kaki no. 16, hal. 29-30 (memperhatikan bahwa dalam diktum putusan perkara Los Palos dimana dakwaan kejahatan terhadap kemanusiaan sedang diputuskan, para hakim membicarakan apakah terdapat suatu "konflik bersenjata", suatu syarat untuk kejahatan perang, bukan syarat kejahatan terhadap kemanusiaan, sehingga tidak relevan dengan perkara ini).

122 Suzannah Linton, *New Approaches to International Justice in Cambodia and East Timor*, IRRC Vol. 845:93, 111 (Maret 2002), bisa dilihat *di* http://www.jsmp.minihub.org/Resources.htm#ARTICLES.

123 Wawancara dengan Ivo Jorge Valente, Jaksa Penuntut dalam Pelatihan, Unit Kejahatan Serius, di Dili, Timor Timur (17 Juli 2002)

Ketika masalah mendesak itu berkurang, masalah-masalah mendesak lainnya timbul, dimana didalamnya tidak termasuk masalah pengembangan kapasitas. PBB membutuhkan bangunan dimana dia bisa bekerja, PBB membutuhkan cara untuk berkomunikasi secara efektif dengan bagian lain Timor Timur atau dengan New York, serta PBB harus membentuk suatu struktur pemerintahan yang harus segera menyusun kebijakan-kebijakan yang berimplikasi jangka panjang. Hal-hal ini sangat mungkin untuk bisa menyisihkan masalah pengembangan kapasitas.[124]

Pengembangan kapasitas juga disisihkan sejak awal karena alasan lain: hal ini sulit dilaksanakan. Secara umum, Dewan Keamanan dan negara-negara donor mendesak misi-misi PBB untuk menunjukkan bahwa tujuan-tujuan yang ada bisa dipenuhi dengan segera, serta bahwa perbaikan-perbaikan substansial harus segera dihasilkan.[125] Kalau saja Markas Besar PBB memberikan suatu perintah eksplisit bahwa pengembangan kapasitas harus dianggap sebagai prioritas, maka kita bisa membayangkan bahwa program pelatihan dan mentoring akan diimplementasikan lebih cepat dan dilaksanakan dengan cara yang berbeda. Sekarangpun, negara-negara donor dan LSM – bukannya PBB – yang merupakan penyedia dana utama untuk program-program pengembangan kapasitas, dengan alasan bahwa hal ini terus menerus tidak dihargai oleh para pejabat PBB di New York.

Dalam kesempatan dimana arti penting dari partisipasi lokal telah diakui dan program pengembangan kapasitas telah dilakukan, beberapa kesalahan besar telah terjadi. Salah satu yang paling menonjol adalah mengenai pemilihan mentor-mentor dan pelatih untuk Kantor Pembela Umum. UNDP membiayai dua posisi mentor yang dimulai sejak musim semi 2001. Keduanya terbukti merupakan kesalahan besar. Mentor pertama tidak mempunyai pengalaman sebagai pembela hukum pidana, dan belum pernah melakukan litigasi untuk satu perkara pun. Dia adalah seorang dosen hukum ekonomi. Mentor yang lainnya telah berpraktek sebagai pembela hukum, tetapi tidak menguasai salah satu dari empat bahasa yang dipergunakan di persidangan. Komunikasi antara mentor dan yang dibimbing menjadi mustahil dilakukan.[126]

Program-program pelatihan juga mengecewakan. Sering kali pelatihan ditiadakan begitu saja. Untuk para hakim yang diangkat pada bulan Desember 2000, pelatihannya terdiri atas satu minggu di Darwin bersama orang-orang lain dari kantor Departemen Peradilan.[127] Pelatihan untuk para pembela tidak difokuskan dan diorganisir dengan baik. Terlalu banyak penekanan untuk hukum substantif, sementara perhatian yang diberikan untuk masalah administratif dan menajemen sangat kecil. Program pelatihan tersebut juga tidak dijadwalkan dengan baik. Karena tidak ada sistem rotasi, maka para pembela diharapkan untuk berpartisipasi dalam pelatihan intensif di tengah-tegah hari kerja mereka secara bersama-sama, akibatnya kantor ditinggalkan dalam keadaan kosong. Para pembela juga merasa terhambat untuk mengikuti pelatihan, karena pelatihan sering diberikan dalam bahasa Portugis. Tidak ada seorangpun diantara mereka yang bisa berbahasa

124 Morrow dan White, catatan kaki no. 31.

125 *Lihat* Beauvais, catatan kaki no. 22, hal. 2. ketika menganalisa perubahan kebijakan UNTAET, beauvais mencatat bahwa donor-donor lebih puas melihat foto-foto gedung-gedung pengadilan baru serta mendengar jumlah dakwaan dan putusan dibandingkan membaca mengenai bagaimana para pembela umum bertindak lebih baik dalam mengorganisir berkas perkara mereka. *Id.*

126 Malunga dan Alegendra, catatan kaki no. 41

127 Linton, catatan kaki no. 3, hal. 135

Portugis.[128]

Akhirnya, program mentoring dan pelatihan memperburuk ketidakpercayaan diantara staf-staf Timor Timur dan internasional. Program-program ini dirancang sedemikian rupa sehingga pelatih dan mentor-mentor melaporkan dan mengevaluasi sejak hari pertama kemajuan yang dicapai para pembela kepada Departemen Kehakiman. Para pelatih juga melaporkan jumlah kehadiran dari para pembela dalam sesi-sesi tersebut, dan Departemen Kehakiman akan mengurangi gaji bulanan sebagai hukuman atas sesi-sesi yang tidak dihadiri.[129] Dengan alasan-alasan ini, para mentor dan pelatih sering dipandang sebagai perpanjangan tangan dari Departemen, dan lebih memainkan peran mengawasi dan mendisiplinkan daripada memberikan dukungan dan petunjuk.

Perbaikan untuk program-program mentoring dan pelatihan saat ini sedang dilaksanakan. Dari ketiga cabang persidangan, SCU telah menanggapi kritik dengan cara paling konstruktif. Berbeda dengan pelatihan tujuh hari yang diberikan kepada para hakim lokal setelah pengangkatan mereka pada bulan Januari tahun 2000, SCU menyelesaikan dua kali pelatihan selama empat minggu pada tahun 2002, sekali pada bulan Juli dan Agustus, sedangkan yang kedua dilaksanakan pada bulan September dan Oktober. Para peserta pelatihan kedua sebagian besar terdiri dari para anggota Kepolisian Timor Lorosae, yang beberapa diantaranya kemudian bekerja untuk SCU, sementara sebagian besar lainnya kembali ke unit asal mereka. Untuk para peserta latihan yang tetap bekerja untuk SCU, para jaksa penuntut PBB secara bergantian memberikan kuliah mingguan mengenai beberapa aspek hukum atau litigasi. Masing-masing jaksa peserta pelatihan ditugaskan untuk bekerja dengan sebuah tim dan "membayangi" para jaksa PBB, membantu menuliskan surat dakwaan, daan memperhatikan serta kadang-kadang berpartisipasi dalam proses persidangan. Ketika SCU telah melaksanakan program untuk para peserta pelatihan, PBB tidak membiayai program-program tersebut. Menurut salah satu petugas PBB, pendanaan utama telah diberikan oleh USAID, serta UNDP dan pemerintah Norwegia telah membantu untuk membayar gaji para peserta latihan lokal.[130]

Disamping ketidakmauan atau ketidakmampuan PBB untuk memberikan dukungan finansial untuk program-program pengembangan kapasitas, masih ada beberapa hambatan signifikan. Komunikasi antara jaksa penuntut lokal dengan para staf PBB tetap menjadi penghalang. Hanya satu dari enam jaksa penuntut Timor Timur yang bisa berbahasa Inggris. Dia berpendapat bahwa tidak adanya komunikasi terus menerus menghancurkan hubungan antara pihak Timor Timur dengan para rekan internasionalnya serta menghalangi kemajuan jaksa lokal dalam "membayangi" pada saat pekerjaan dilakukan.[131] Lebih buruk lagi, para staf PBB seringkali kurang memberikan perhatian dan motivasi seperti yang dilakukan oleh mentor-mentor yang bertanggungjawab. "Kami, di PBB, sudah terlalu sering

128 Wawancara dengan Caitlin Reiger, catatan kaki no. 58

129 *Id.*

130 Pejabat PBB ini juga menyatakan bahwa UNDP telah mendanai lowongan untuk pegawai magang untuk data entry dan IT. Pemerintah Norwegia mendanai gaji-gaji untuk jaksa penuntut dan manajer perkara magang. USAID telah mendanai kedua pelatihan tersebut serta membayar upah tiga puluh penterjemah lokal, yang selain membantu memfasilitasi kedua pelatihan tersebut juga membantu pelatihan bahasa Portugis dan komputer. E-mail dari pejabat PBB (tanpa tanggal) (penulis memilikinya dalam bentuk file).

131 Wawancara dengan Ivo Jorge Valente, catatan kaki no. 123

mencari manajer dibandingkan mentor, yaitu orang-orang yang tidak bisa melihat kebutuhan untuk melakukan beberapa bidang utama dalam alih kemampuan".[132] Salah seorang petugas PBB juga menegaskan hal ini: "Untuk mengajari sesuatu itu jauh lebih sulit dibandingkan dengan mengerjakannya sendiri".[133] Tanpa adanya dukungan kelembagaan secara eksplisit, bahkan yang terkecil sekalipun, sebagian besar kesempatan untuk "alih kemampuan" yang bisa didapatkan akan hilang. Upaya-upaya SCU untuk memperbaiki kesalahan masa lalu mungkin akan terlambat.[134]

B. Keterbatasan akibat Politik Domestik

Pemerintah Timor Timur, khususnya Departemen Kehakiman, telah memainkan peran penting dalam merusak program-program pelatihan dan mentoring, ikut bertanggung jawab atas selalu kurangnya sumber daya persidangan, serta menghalangi pemilihan hakim untuk Majelis Khusus. Para pejabat Departemen Kehakiman telah menolak banyak penawaran pendanaan substansial untuk persidangan dan program-program pengembangan kapasitas. Dilaporkan – tetapi tidak bisa dikonfirmasikan – bahwa pada musim panas 2002, USAID memberikan donasi sebesar 8,2 juta dollar US untuk suatu lembaga swadaya masyarakat setelah tawarannya untuk "bisa dikatakan untuk mengisi sendiri cek kosong" ditolak.[135] Salah seorang pegawai suatu LSM donor dari Australia juga menyatakan rasa frustasinya setelah tawaran-tawaran mereka untuk membiayai tanpa syarat posisi-posisi staf internasional untuk Kantor Pembela Umum juga ditolak.[136] Tawaran dari The International Foundation for Electoral Systems untuk menghadirkan seorang mentor kedua bagi Kantor Pembela Umum juga tidak pernah diisi sampai masa berlakunya habis pada musim gugur 2002.[137] Para pengacara internasional yang telah bekerja di Kantor Pembela Umum, baik sebagai mentor atau pembela, seringkali diterima setelah melalui banyak penentangan.[138]

Penolakan Departemen Kehakiman atas tawaran pendanaan dan staf pendukung yang terjadi berulangkali mungkin bisa dihubungkan dengan agenda politis yang mendalam, yaitu bahwa penggunaan bahasa Portugis sebagai bahasa resmi dan bahasa kerja untuk pengadilan telah di-

---

132 Morrow dan White, catatan kaki no. 31 (mengutip Sergio Vieira de Mello. Pernyataan dalam Pertemuan Donor untuk Timor Timur, Canberra 914 Juni 2001)).

133 Wawancara dengan pejabat PBB, di Dili, Timor Timur (16 Juli 2002)

134 Wawancara dengan Siphosami Malunga, catatan kaki no. 4 ("Apa yang hilang dari kita adalah kesempatan untuk membangun sesuatu yang berkelanjutan")

135 Wawancara dengan pakar lokal Timor Timur, di Dili, Timor Timur (Juli 2002)

136 E-mail dari seorang pegawai LSM Australia (24 Juli 2002)(nama dirahasiakan)(penulis memilikinya dalam bentuk file)

137 Malunga dan Alegendra, catatan kaki no. 41

138 Sylvia de Bertodano, pembela umum yang disponsori oleh No Peace Without Justice, menjelaskan kesulitannya dalam memastikan suatu Memo Kesepahaman ("MOU") dengan Menteri Kehakiman, sehingga dia bisa mulai bekerja. Dia akhirnya memastikan MOU tersebut dengan tanda tangan Deputi Perwakilan Khusus Sekretaris Jendral, Dennis Macnamara, pada bulan Desember 2001. Bahkan dengan adanya MOU tersebut, dia masih menemui kesulitan : Pada bulan Januari 2002, ketika Lolotoe [perkara kejahatan serius kedua] baru akan dilaksanakan, Ms. Pessoa menghubungi kepala Unit Pembela dan mengatakan bahwa saya tidak boleh bekerja disana karena saya tidak mempunyai izin untuk itu. Terdapat suatu kemungkinan besar bahwa Lolotoe tidak akan bisa dimulai dengan adanya kejadian ini. Masalah ini dipecahkan pada jam 11 setelah DSRSG mendesaknya untuk membiarkan saya bekerjaÖSaya yakin bahwa apbila hal ini terjadi setelah kemerdekaan, saya akan jauh lebih sulit lagi untuk mendapat izin bekerja disana.
Email dari Sylvia de Bertodano, Pembela Umum untuk Kejahatan-kejahatan Serius (28 Januari 2003) (penulis memilikinya dalam bentuk file).

berikan prioritas diatas segalanya.[139] Meskipun kurang dari lima persen dari seluruh rakyat bisa berbahasa Portugis,[140] dan sampai saat ini bahasa itu tidak pernah digunakan oleh satupun terdakwa atau saksi dalam persidangan campuran, atau oleh para pembela Timor Timur,[141] pemerintah tetap memaksakan agar bahasa Portugis dipergunakan sebagai bahasa pengantar untuk sektor peradilan dan urusan pemerintahan. Politik bahasa ini telah menjadi subyek pembicaraan yang terus menerus ada antara pemerintah Timor Timur dan PBB sejak awal. Dalam suatu memo rahasia yang dibocorkan pada bulan Agustus 2001, Menteri Luar Negeri Ramos-Horta menyatakan bahwa ia akan melarang stafnya untuk mengikuti pelatihan Sekretariat yang dilakukan oleh PBB jika pelatihan tersebut menggunakan bahasa selain Portugis.[142]

Bahkan dalam periode pasca kemerdekaan, ketegangan karena bahasa ini masih terjadi. Pada bulan Agustus 2002, Perdana Menteri Alkatiri dikutip telah mempertahankan kesetiaan pemerintah untuk tetap menggunakan bahasa Portugis: "UNMISET bukanlah pemerintah dan UNAMET telah berakhir. Mereka bisa membuat usulan semau mereka, tetapi saya berkata pada {Anggota Komisi Tinggi Hak Asasi Manusia PBB} Mary Robinson bahwa instruksi untuk menggunakan cara Portugis bukan hanya dalam masalah bahasa tetapi juga untuk hal-hal teknis".[143] Para pejabat Timor Timur mengaskan bahwa bahasa Portugis sangat penting untuk memperthankan identitas kultural

---

139 COHEN, catatan kaki no. 42, hal. 6

140 *Lihat* UNDP, catatan kaki no. 26, hal. 36 (menyatakan bahwa "sangat sedikit orang Timor-Timur bisa berbahasa [Portugis], khususnya generasi tua yang mempunyai pendidikan sebelum masa pendudukan Indonesia serta mereka yang mengasingkan diri ke Portugal".); *lihat juga* Chris Bummit, "East Timor Grapples with Languages" (Mei 2002), *di* http://etan.org/et2002b/may/12-18/14etgrap.htm; *lihat juga* Simon Chesterman, *East Timor in Transition: From Conflict Prevention to State-Building*, COLUM. INT'L AFF. ONLINE, 13 (Mei 2001), *di* http://www.ciaonet.org/wps/chs03/.

141 Wawancara dengan Stuart Alford, Jaksa Penuntut untuk Unit Kejahatn Serius, di Dili, Timor Timur, (31 Juli 2002)

142 Pada tanggal 20 agustus 2002, sebuah surat yang ditulis oleh Mr. Ramos-Horta menyatakan bahwa, "Saya ingin memberitahukan bahwa tidak ada staf dari departemen ini akan menghadiri lokakarya pelatihan Sekretariat ini, karena sekali lagi, beberapa staf internasional [PBB] tampaknya ingin memaksakan pemakaian bahasa Indonesia atau Inggris." Mark Dodd, *Ramos Horta Lashes UN in Language Row*, SYDNEY MORNING HERALD, 25 Agustus 2001, hal. 17

143 "Para Hakim Timor Timur akan dilatih dalam bahasa Portugis, kata PM," (27 Agustus 2002), *di* http://www.jsmp.minihub.org/News/10_9_02-2.htm. Komentar ini diberikan untuk menanggapi diterbitkannya suatu dokumen yang ditulis oleh UNMISET, "A Strategic Action Plan for East Timor Judicial System", dimana bahasa Indonesia diduga dianggap sebagai bahasa yang cocok untuk melatih para hakim (menyatakan bahwa pelatihan para hakim harus dilakukan "dalam bahasa dimana para hakim mempunyai pengalaman kerja yang bagus"). Dalam menanggapi pernyataan yang dibuat oleh para pejabat Timor Timur, para pejabat UNMISET menolak anggapan bahwa terdapat favoritisme untuk menyewa orang-orang yang bisa berbahasa Indonesia. *Lihat* "UN Documents suggests preference for Indonesian-speaking judges", The Asian Foundation (27 Agustus 2002), *di* http://www.easttimorelections.org/news/2002/020827_judges.html. Dua minggu kemudian, terbukti bahwa para pejabat Timor Timurlah yang berhasil dalam hal ini. Pada suatu makan siang yang diadakan oleh UNDP, untuk menjelaskan Rencana Aksi Strategis, Presiden Xanana Gusmao menyatakan,Rancangan rencana ini akan mengambil pendekatan dua jalur dimana pendekatan pragmatis yang ada saat ini akan dilanjutkan dengan perekrutan hakim-hakim internasional serta personel pengadilan lainnya termasuk penterjemah-penterjemah dalam jumlah besar, sedangkan pelatihan sistematis akan dilaksanakan dalam bahasa portugis dan hukum perdataÖSaya menghargai dan memuji hubungan kerja yang erat antara UNMISET dan UNDP dengan Departemen Kehakiman dengan penyediaan penasehat kepada sektor pengadilan serta pelatihan untuk staf-staf Departemen Kehakiman...

Pernyataan oleh Y.M. Presiden Kay Rala Xanana Gusmao (25 September 2002), *di* http://www.etan.org/et2002c/september/22-30/35xg.htm.

Timor Timur serta untuk menjaga hubungan dekat dengan negara-negara semacam Portugis dan Brazil. Bahasa ini juga lebih disukai dibandingkan dengan bahasa Indonesia, bahasa dominan selama masa pendudukan. Tetapi, Joaquim Fonseca, dari LSM bantuan hukum terkemuka di Timor Timur, Yayasan HAK, memberikan penafsiran yang berbeda mengenai sikap keras kepala dalam masalah bahasa ini: "Terus terang, ini masalah rasa tidak aman mereka sendiri. Mereka tidak dianggap di luar bahasa Portugis".[144] Karena alasan politik kultural dan kekuasaan, Departemen Kehakiman telah menolak tawaran pembiayaan dan mentoring yang diberikan oleh negara-negara yang tidak berbahasa Portugis. Penolakan ini menghancurkan efektivitas persidangan. Seperti ditegaskan oleh Robert Wesley-Smith, juru bicara Australians for Free East Timor, "pemerintah harus menerima bahwa sebagian besar alasan dari kekosongan dalam seluruh sistem ini adalah karena obsesi untuk memaksa semua orang untuk menggunakan bahasa Potugis yang tidak familiar, sepertinya hal ini lebih penting dibandingkan dengan keadilan..."[145]

Politik domestik juga berdampak pada efektivitas Majelis Khusus. Peraturan 2000/11 menetapkan bahwa ada dua majelis pada skala distrik, masing-masing beranggotakan dua hakim internasional dan satu hakim Timor Timur. Meski demikian, sejak pembentukannya, Majelis Khusus tidak pernah memiliki cukup hakim sehingga kedua majelis ini bisa bertugas bersama-sama. Tetapi, kelima hakim yang sekarang ada dirotasi antara kedua majelis tersebut, memainkan perkara-perkara persidangan pada saat yang sama.[146]

Situasi lebih mendesak pada tingkat banding, dimana tiadanya hakim telah menghalangi majelis untuk bertugas selama sekitar satu tahun. Karena saat ini lembaga ini bertugas sebagai lembaga peradilan tertinggi di Timor Timur, dan bertanggungjawab untuk memeriksa banding dari peradilan biasa dan persidangan campuran, Majelis yang beranggota penuh mutlak diperlukan.[147] Sebelum kemerdekaan pada bulan Mei 2002, kegagalan untuk mengisi lowongan dalam lembaga peradilan berkaitan dengan tidak adanya komunikasi dan koordinasi dalam upaya rekrutmen oleh UNTAET dan Departemen Kehakiman Timor Timur.[148] Meski demikian, pada bulan Mei Komisi Peradilan Transisional (Transitional Judicial Service Comission – TJSC), yang beranggotakan tiga orang Timor Timur dan dua internasional, merekomendasikan pengangkatan seorang warga negara Kanada dan seorang Irlandia untuk majelis banding.[149] Menteri Kehakiman Anna Pessoa dan Departemen urusan Peradilan, menentang rekomendasi ini, dan lowongan itu tetap kosong. Lebih lanjut lagi, Departemen Urusan Peradilan menolak untuk memperpanjang mandat TJSC yang telah ada sejak

144 Wawancara dengan Joaquim Fonseca, ketua divisi advokasi kebijakan, Yayasan HAK, Dili, Timor Timur (27 Juli 2002)

145 Dikirim oleh Robert Wesley-Smith, Juru Bicara, Australian for a Free East Timor, "Justice and Development Issues following X's Speech" kepada east-timor@igc.topica.com (29 september 2002) (penulis memilikinya dalam bentuk file)

146 Baik jaksa penuntut maupun pembela menyatakan rasa frustasi mereka karena jadwal rotasi sidang tersebut telah sangat mengganggu dan menghambat persidangan. Banyak waktu yang terbuang untuk membereskan ruang sidang yang akan digunakan sebelum perkara itu dihentikan, aliran persidangan terganggu, dan jadwal pemanggilan saksi menjadi tidak teratur. Karena tidak terdapat petugas pengawas untuk mengkoordinasikan jadwal libur para hakim, "jadwal rotasi" ini diperburuk dengan adanya ketidaklengkapan Majelis Khusus yang terus menerus terjadi, sehingga menyebabkan persidangan tidak bisa dilanjutkan.

147 JSMP, RIGHT TO APPEAL, catatan kaki no. 86, hal. 12

148 *Id.* hal 10

149 *Id.* hal 9

pra-kemerdekaan. Akibatnya, saat ini tidak ada badan pengawas bagi proses pengangkatan. Sementara itu, tiga puluh delapan upaya banding diajukan pada tahun 2001, dan sembilan belas perkara sampai bulan November 2002. Tiga puluh sembilan perkara saat ini ditunda, delapan diantaranya merupakan banding dari majelis Khusus.[150]

C. Peranan PBB yang Bertentangan

PBB telah mempunyai peran penting bukan hanya dalam memberi kelangsungan hidup dan dukungan bagi persidangan, tetapi juga dalam menghalangi potensi persidangan untuk membawa keadilan di Timor Timur dengan cara membatasi dukungan tersebut. Peran membatas dari PBB ini bisa diketahui dari (i) tidak adanya kemauan politik dari PBB, (ii) kultur internal PBB yang tidak bisa dipertanggungjawabkan, (iii) dampak dari interaksi-interaksi informal.

1. Kemauan Politik

Pada saat persidangan mengakhiri penyidikannya karena batas waktu yang ditetapkan PBB pada bulan Juli 2003, sejumlah besar pembunuhan individu dan kelompok yang sangat mungkin masuk dalam kategori kejahatan terhadap kemanusiaan tidak akan sempat diperiksa. Sedangkan pada saat batas waktu penuntutan tiba pada bulan Mei 2004,[151] banyak perkara yang masuk "daftar prioritas" akan diberikan kepada Departemen Kehakiman, yang dengan adanya beban perkara kejahatan biasa dan perselisihan perdata yang semakin meningkat, sudah bekerja melebihi kapasitas mereka. PBB memberikan alasan mereka sendiri tentang penetapan batas waktu itu: sumber daya yang ada terbatas dan persidangan campuran memang dimaksudkan untuk bersifat sementara. Beberapa pihak bisa berpendapat bahwa, tujuan inti dari persidangan campuran adalah bahwa persidangan ini memang untuk tujuan-tujuan sementara yang dengannya pengetahuan dan pengalaman diberikan dan dibagikan, dan jika telah tiba saatnya, persidangan ini akan dilaksanakan oleh pejabat-pejabat Timor Timur. Meskipun masih ada waktu lima tahun ketika PBB akan menutup unit penuntutannya, terdapat kemungkinan bahwa lembaga peradilan Timor Timur akan tidak berdaya dalam menerima tanggung jawab tambahan untuk mengadili sendiri seluruh kejahatan serius. Baik personel PBB ataupun non-PBB memberikan tiga penjelasan mengapa PBB harus menarik seluruh dukungan meskipun ada kekhawatiran ini, sedangkan pada saat yang sama SCU telah menunjukkan kemajuan baik dalam hal penyidikan maupun penuntutan.

Komentar dari seorang pakar lokal menyatakan bahwa para pembuat keputusan di New York, tidak memikirkan mengenai dampak khusus penjatuhan putusan terhadap kehidupan para korban, tetapi lebih memikirkan mengenai perhatian yang diberikan terhadap kehadiran dan kekuasaan.[152] Dalam hal ini, persidangan campuran adalah tropi yang bisa diletakkan dalam lemari PBB. PBB "senang untuk menyatakan bahwa kita telah memberikan persidangan suatu kesempatan. PBB tidak harus perduli terhadap keadilan bagi para korban."[153] Pendapat ini menyatakan bahwa jika PBB benar-benar berkomitmen untuk melakukan lebih dari sekadar sikap bertanggungjawab, maka PBB akan menekan Indonesia untuk mematuhi Memorandum kesepahaman bulan April 2000,

150 *Id.* hal 9

151 HUMAN RIGHTS WATCH, catatan kaki no. 10.

152 Wawancara dengan Christian Ranheim, catatan kaki no. 49

153 *Id.*

dimana Indonesia sepakat untuk membagi informasi dengan, dan menyerahkan para terdakwa ke, Timor Timur.[154] PBB tidak mau melakukan hal itu. Akibatnya, sampai saat ini, persidangan campuran tidak mampu mengadili pihak-pihak yang paling bertanggung jawab atas aksi kekerasan tahun 1999.

Penjelasan kedua mengenai keterbatasan dukungan untuk penyidikan berfokus pada keengganan PBB untuk mengambil resiko mendestabilisasi Asia Tenggara. Tiadanya dukungan ini ditegaskan oleh Robert Wesley-Smith, Juru bicara Australians for Free East Timor:

> *PBB pergi ke Kosovo dengan para pengacara hak asasi manusia dan ahli patologi menyertai pasukan pertama, bertujuan untuk menemukan bukti-bukti pelanggaran hak asasi manusia dan untuk melakukan penuntutan. Di Timor Timur, baik INTERFET maupun pasukan selanjutnya tidak dibantu secara serius untuk menemukan bukti-bukti. Jelaslah bahwa PBB dan berbagai kekuatan besar lainnya masih menganggap bahwa tidak membuat malu Indonesia jauh lebih penting daripada mendapatkan keadilan bagi rakyat Timor Timur.*[155]

Kegagalan SCU untuk setidaknya mencoba untuk memperbesar kemungkinan adanya dukungan penyidikan secara lebih luas dari PBB telah menjadi bahan pembicaraan di tempat lain. Dalam suatu evaluasi terhadap SCIU yang diajukan kepada suatu organisasi yang bermarkas di Eropa, seorang pejabat PBB menyatakan bahwa:

> *Satu defisiensi SCIU yang pertama yang saya ketahui adalah kegagalannya untuk mendapatkan pernyataan dari 280 CIVPOL dan 50 penasehat Militer serta sejumlah besar staf berpengalaman PBB yang disertakan dalam UNAMET, mereka ini adalah saksi-saksi mata pada saat krisis terjadi pada tahun 1999... banyak diantara mereka yang sebenarnya juga merupakan korban-korban kejahatan. SCIU juga gagal untuk mendapatkan informasi dari pejabat-pejabat PBB seperti misalnya Petugas Urusan Politik, yang telah berusaha sangat keras dan mengambil resiko yang sangat besar untuk merekam informasi pada saat kejadian itu terjadi.*[156]

Pertanyaan apakah kegagalan untuk mendapatkan saksi mata itu karena terlewatkan atau karena disengaja masih belum jelas.

Evaluasi yang sama juga berpendapat bahwa di bawah manajemen SCU yang lama, penyidikan mungkin dibuat sedemikian rupa untuk menghalangi kemungkinan pejabat-pejabat militer senior Indonesia bisa didakwa.[157] Misalnya, bukannya melakukan teknik-teknik investigasi yang biasanya digunakan untuk melacak rantai komando, seperti melacak pergerakan dana, penyidikan dilakukan dengan menyebar dan ditujukan pada para pelaku tingkat rendah. Ketika salah seorang pe-

---

154 Memo Kesepahaman Mengenai kerjasama di Bidang yang Berkaitan dengan Hukum, Peradilan dan Hak Asasi Manusia, 6 April 2000, Indon.-UNTAET. *bisa dilihat di* http://www.jsmp.minihub.org/Reports/MOU.htm

155 E-mail dari Robert Wesley-Smith, Juru Bicara, Australian for a Free East Timor (23 Januari 2003) (penulis memilikinya dalam bentuk file)

156 Pejabat PBB, Laporan Mengenai Unit Kejahatan Serius: Pemerintahan Transisi Persatuan Bangsa Bangsa di Timor Timur (diajukan kepada organisasi di Eropa, penulis memilikinya dalam bentuk file)

157 Pejabat PBB tersebut juga menyatakan terdapat "rumor beredar" dalam SCU bahwa keterlibatan beberapa pejabat senior militer Indonesia memang tidak dimaksudkan untuk terbukti. Id.

nyidik mulai melacak suatu pergerakan dana, seorang pejabat mengatakan, "dia diperintahkan untuk segera menghentikan penyidikannya".[158] Para pejabat PBB juga memperhatikan bahwa manajemen SCU menolak tawaran dari pimpinan-pimpinan milisi untuk bekerjasama dengan SCU dan memberikan informasi mengenai keterlibatan pejabat-pejabat pemerintahan Indonesia "tingkat tinggi".[159]

Kebijakan mengenai kerahasiaan dibawah manajemen terdahulu membuat kerjasama antar tim-tim penyidik hampir mustahil, seperti digambarkan oleh contoh berikut ini: "Dalam satu kesempatan, seorang saksi 'rahasia' yang membantu suatu tim 'rahasia', dianggap terlibat dalam beberapa kejahatan serius termasuk pembunuhan dan penganiayaan seksual oleh tim lainnya yang tidak mengetahui keberadaan masing-masing tim".[160] Bakan untuk penyidikan yang "tidak rahasia", komunikasi dan koordinasi antar tim "sangat tidak disarankan".[161] Tim-tim investigasi akan menyidik, tanpa sadar, pada figur yang sama. Seorang pejabat PBB berpendapat bahwa "sederhana saja, tangan kiri tidak tahu apa yang dikerjakan oleh tangan kanan. Apakah ini suatu kesengajaan atau tidak, kita hanya bisa berspekulasi".[162]

Harus ditegaskan disini bahwa masalah-masalah yang dibicarakan di atas hanya terbatas pada kebijakan manajerial dari sedikit orang dalam SCU, yang akhirnya dipindahkan ke posisi-posi PBB yang berbeda di luar Timor Timur. Tetapi pendapat yang lebih umum mengenai kecilnya komitmen politik PBB kepada kerja persidangan masih bisa terdengar. Misalnya, beberapa pihak menunjukkan bahwa kegagalan PBB untuk menekan Indonesia agar memenuhi permintaan bantuan dari persidangan bisa dianggap sebagai ilustrasi lemahnya kemauan politik.[163] Teori ini menegaskan bahwa, untuk alasan-alasan perdagangan dan keamanan, Australia menahan diri untuk tidak menekan Indonesia karena Australia sudah khawatir tentang stabilitas Indonesia serta kemungkinan terjadinya disintegrasi. Selain itu, Pemerintah Amerika, khususnya setelah bencana 11 September, tidak berkeinginan untuk membahayakan kerjasamanya dengan pemerintah Indonesia. Pendapat ini mungkin juga bisa menjelaskan mengenai penolakan Amerika – PBB untuk memberikan kritik yang berarti terhadap persidangan-persidangan "pura-pura" dari Pengadilan Ad Hoc Indonesia.[164] Meskipun Departemen Dalam Negeri Amerika menyatakan keprihatinan dan kekecewaannya atas putusan pengadilan tersebut pada bulan Agustus 2002,[165] lembaga itu tetap menahan diri untuk tidak secara terang-terangan menekan pemerintah Indonesia untuk menghentikan atau mereformasi secara drastis pengadilan dari pelaksanaannya selama ini.

Penjelasan ketiga yang diberikan, diistilahkan oleh beberapa orang sebagai "teori konspirasi", menyatakan bahwa PBB telah menghalangi persidangan campuran pada tahap-tahap tertentu untuk mencegah munculnya pendapat yang menyatakan adanya keterlibatan Amerika atau dunia internasional dalam aksi kekerasan yang dirasakan oleh rakyat Timor Timur. Membatasi penyidikan secara eks-

158 *Id.*
159 *Id.*
160 *Id.*
161 *Id.*
162 *Id.*

163 Wawancara dengan pejabat PBB, di Dili, Timor Timur (30 Juli 2002)
164 *Lihat* HUMAN RIGHTS WATCH, TIDAK ADA KEADILAN DI TIMOR TIMUR, catatan kaki no. 10.
165 *Lihat* Keterangan Pers dari Philip T. Reeker, Deputi Juru Bicara, Departemen Dalam Negeri Amerika (19 Agustus 2002) *di* http://www.state.gov/t/pa/prs/ps/ 2002/12819.htm

klusif hanya pada aksi kekerasan yang berkaitan dengan referendum tahun 1999, meskipun ada mandat yang memberikan yurisdiksi atas perbuatan-perbuatan yang dilakukan dalam rentang waktu yang lebih panjang,[166] bukanlah suatu keputusan yang hanya didasarkan pada adanya keterbatasan sumber daya. Akan tetapi, keputusan ini juga dimotivasi oleh adanya kekhawatiran bahwa penyelidikan yang lebih ekspansif akan berujung pada dikeluarkannya dakwaan terhadap para pejabat Amerika yang menyetujui invasi Indonesia serta membantu perlengkapan dan melatih militer Indonesia baik sebelum atau selama masa pendudukan.[167] Menurut teori ini, sempitnya fokus penyidikan dan penuntutan ini bukan hanya suatu bentuk pengabaian atas kenyataan bahwa "banyak orang Timor Timur yang melihat tahun 1999 hanya sebagai puncak dari suatu gunung es",[168] tetapi benar-benar merupakan suatu respon atas fakta tersebut. Dirujuk oleh seseorang dengan istilah versi "paranoid", "teori ini menyatakan bahwa penyidikan persidangan campuran itu dihalang-halangi oleh kekhawatiran PBB/Amerika yaitu jika engkau menggali terlalu dalam, keterlibatan internasional akan terlihat".[169]

Seseorang yang diwawancarai memberikan satu versi yang lebih moderat. Amerika, khususnya, sebenarnya tidak didasari kekhawatiran akan adanya suatu dakwaan, tetapi tetap saja menolak untuk mendukung penuh usaha penyidikan. Versi ini memiliki hipotesa bahwa Amerika memiliki dokumen-dokumen yang mungkin sangat penting bagi penyidikan, tetapi tidak akan menyerahkannya, karena hal ini akan berlanjut pada pengakuan mengenai kenapa dan bagaimana pemerintah Amerika bisa memilikinya.[170]

2. *Kultur tidak Bertanggung Jawab dalam PBB*

Meskipun kesan mengenai SCU telah meningkat secara dramatis sejak pengangkatan manajemen baru pada awal tahun 2002, lembaga ini tetap dirugikan karena adanya budaya tidak bertanggungjawab didalamnya. Satu kejadian yang berkaitan dengan percobaan para pejabat SCU untuk memulangkan dua pimpinan milisi, Carvalho bersaudara, yang mempunyai kekuasaan yang cukup besar dalam masyarakat mereka, dan dianggap "berguna secara politis" dalam mengajak pengungsi-pengungsi lainnya untuk pulang. Para pejabat SCU pergi ke Timor Barat untuk mengosiasikan syarat kepulangan kedua bersaudara ini. Salah seorang dari dua bersaudara ini pulang pada Oktober 2001, seperti dijelaskan oleh Sylvia de Bertodano,

> *Dia diajukan ke depan persidangan sebegai seorang tersangka, dilepaskan dengan jaminan, dan kemudian makan malam dengan Kepala Staf dan jaksa-jaksa penuntut senior di suatu restoran di Dili pada malam yang sama. Saudaranya, Cancio, membujuk PBB untuk mengangkat dan membayar seorang penasihat hukum pribadi sebagai syarat kepulangannya. Setelah mendapatkan*

166 Akibat gabungan dari Peraturan 1999/1, ß3, dengan Peraturan 2000/11, ß5, dan Peraturan 2000/15 memberikan yurisdiksi atas perbuatan-perbuatan tertentu, seperti misalnya kejahatan terhadap kemanusiaan, yang dilakukan kapan saja. E-mail dari Eric MacDonald, Jaksa Penuntut, Unit Kejahatan Serius (28 Januari 2003) (penulis memilikinya dalam bentuk file).

167 Untuk informasi mengenai keterlibatan internasional dalam pendudukan Timor Timur, lihat http://www.etan.org; lihat juga THE NATIONAL SECURITY ARCHIVE: *East Timor Revisited* (6 Desember 2001), *bisa dilihat di* http:www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB62/.

168 Wawancara dengan Christian Ranheim, catatan kaki no. 49

169 *Id.*

170 Wawancara dengan pejabat PBB, di Dili, Timor Timur (30 Juli 2002)

keutamaan yang unik ini, dia tidak datang pada Januari 2002 seperti yang dijanjikannya, dengan alasan "masalah teknis" yang tidak dijelaskan untuk keputusannya tetap tinggal di Timor Barat.[171]

Masih menurut Sylvia de Bertodano, belum seorangpun diantara kedua bersaudara itu yang didakwa melakukan kejahatan.[172]

Kultur tidak bertanggungjawab dalam PBB ini juga memungkinkan manajemen SCU terdahulu untuk menekan kritik-kritik internal mengenai koordinasi penyidikan. Mereka yang menyatakan ketidaksetujuannya dalam hal manajemen penyidikan akan dikurangi pekerjaannya, kesulitan untuk mengakses sumber daya, dipindahkan dari kasus-kasus tertentu, atau menemukan seluruh berkas dihapus dari database SCU. Seorang petugas akhirnya meminta untuk dipindahkan ke unit yang lain.[173] Pada suatu saat, karena adanya ketegangan internal, semua penyidikan dihentikan dengan satu pengecualian.[174] Menurut banyak petugas PBB, situasi itu baru membaik hanya setélah kepala penyidik meninggalkan unit tersebut. Sayangnya, karena satu-satunya cara untuk melepaskannya adalah dengan menghapuskan jabatannya itu sendiri, maka SCU sekarang beroperasi tanpa kepala penyidik.[175]

Meskipun keadaannya sangat gawat di bawah manajemen terdahulu, kebijakan-kebijakan dan suasana yang menghalangi adanya kritik-kritik internal yang konstruktif dalam SCU masih berlanjut. Dalam menanggapi pertanyaan mengenai masalah pendanaan, seorang pejabat PBB akhir-akhir ini menulis, "anggarannya sangat rumit dan banyak hal yang tidak boleh saya kemukakan. SCU mendapatkan dananya dari banyak tempat dan dana yang mereka bilang mereka berikan kepada kita bukan selalu dana yang akhirnya diberikan".[176]

3. *Dampak Interaksi-interaksi Informal*

Mungkin aspek yang paling sedikit dikaji mengenai PBB adalah dampak dari interaksi sehari-hari antara staf-staf PBB dengan rekan Timor Timurnya yang berpotensi merugikan persidangan. Hubungan timbal balik antara staf PBB dengan orang-orang Timor Timur yang bekerja dalam persidangan mempengaruhi penerimaan terhadap PBB dan proyek-proyeknya, serta apa yang bisa mereka wariskan nantinya. Bahkan interaksi yang paling kecil sekalipun bisa meningkatkan atau menurunkan efektivitas persidangan, tidak harus dalam proses penyidangan kejahatan, tetapi tentunya dalam hal memajukan atau menghambat pembentukan budaya hak asasi manusia yang positif dalam dunia peradilan.

Dampak potensial dari interaksi informal bisa dilihat dengan mengambil contoh suatu sidang peninjauan penahanan yang diprakarsai oleh seorang jaksa penuntut SCU untuk memastikan bahwa seorang terdakwa tidak ditahan melebihi batas waktu tujuh puluh dua jam. Jaksa penuntut tersebut sebelumnya merencanakan agar si terdakwa dibawa ke gedung pengadilan tiga puluh menit sebelum sidang dimulai, agar dia bisa berkonsultasi dengan pembela hukumnya sebelum sidang. Sekelompok

171 De Bertodano, catatan kaki no. 81, hal. 7

172 *Id.*

173 Pejabat PBB, catatan kaki no. 156

174 Wawancara dengan Pejabat PBB, catatan kaki no. 170

175 Tanpa adanya ketua penyidik, maka jaksa penuntut yang diberi tugas mengepalainya. Karena jaksa penuntut tidak mempunyai pengalaman penyidikan, pengaturan ini mungkin bukan sistem yang ideal.

176 E-mail dari pejabat PBB kepada penulis (Januari 2003) (penulis memilikinya dalam bentuk file)

pengacara Timor Timur sedang bercakap-cakap dan tertawa-tawa di suatu meja konferensi besar di suatu ruangan yang akan digunakan untuk sidang tersebut. Ketika tiba di ruangan, jaksa dari PBB menyela pembicaraan mereka untuk mengatakan bahwa ruangan itu akan dipergunakan. Para pengacara itu terlihat terkejut dan bingung, kemudian menunjuk ke sudut lain dari ruangan itu dimana terdapat meja konferensi lainnya. Jaksa penuntut itu dengan tidak sabar mengulangi perkataannya dengan nada kasar bahwa ruangan itu sudah dipesan untuk sidang pemeriksaan penahanan, serta bahwa mereka diminta untuk keluar. Masih bingung, beberapa pengacara menyelanya, bersikeras mengenai keabsahan mereka untuk berada di tempat itu. Menganggap respon mereka sebagai suatu penolakan, jaksa tersebut dengan tajam menjawab bahwa peraturan menetapkan persidangan harus dilaksanakan tertutup untuk umum. Dia bersikeras agar mereka keluar, mengancam bahwa ia bisa menyuruh petugas untuk mengusir mereka. Setelah berdiam diri sebentar, para pengacara itu meninggalkan ruangan tanpa melihat ke arah jaksa tersebut. Segera setelah kejadian itu, hakim pengawas, pembela dan tahanan masuk ruangan. Persidangan dilaksanakan, dan atas mosi jaksa penuntut, dan tahanan tersebut diberikan "pembebasan bersyarat". Karena tahanan tersebut sama sekali tidak mempunyai uang, jaksa penuntut bersama dengan orang-orang lain akhirnya berpatungan memberinya uang untuk ongkos bis kembali ke desanya.[177]

Contoh ini menggambarkan dampak ganda PBB. Di satu sisi, jaksa penuntut dengan tegas mematuhi peraturan PBB untuk menjamin agar hak dari si tahanan dapat terjaga. Sangat mungkin apabila jaksa tersebut tidak memprakarsai adanya persidangan, maka tahanan tersebut akan tetap berada dalam penahanan ilegal, tanpa disadari baik oleh pembelanya atau oleh hakim pengawas. Tindakan jaksa untuk menjadwalkan kehadiran si tahanan jauh sebelum persidangan dimulai dan memberinya uang transportasi setelahnya menunjukkan cara-cara dimana interaksi para personel PBB bisa memperkuat kesan dari persidangan campuran tersebut. Tetapi kejadian kecil yang terjadi sebelum persidangan juga menunjukkan potensi merugikan dari interaksi-interaksi tersebut terhadap persidangan. Kita bisa mempertanyakan apa arti keberadaan persidangan tersebut bagi rakyat Timor Timur yang merasa tersisihkan atau teralienasi oleh kehadiran PBB. Interaksi-interaksi informal ini mungkin sama pentingnya dengan proses peradilan formal.

IV. KESIMPULAN: PELAJARAN YANG DIDAPAT DAN KETERBATASANNYA

Sejarah persidangan campuran yang beraneka warna seharusnya lebih bisa digunakan untuk titik tolak suatu diskusi daripada suatu kesimpulan. Analisa penting yang ditawarkan disini didorong oleh suatu keinginan untuk memahami kelemahan-kelamahan persidangan tersebut, sehingga hal itu bisa dihindari di masa yang akan datang. Kelemahan-kelemahan ini memang bisa dikaitkan sebagian, tetapi tidak seluruhnya dengan, kurangnya sumber daya dan keputusan kebijakan pada awalnya. Suatu penjelasan yang lebih lengkap setidaknya harus memperhitungkan kegagalan program-program pengembangan kapasitas serta halangan-halangan yang mungkin timbul dari politik domestik dan PBB.

Diluar motivasi-motivasi yang melandasi analisa ini, pelajaran-pelajaran yang

177 Pengamatan oleh penulis, di Dili, Timor Timur (8 Juli 2002)

didapatkan mungkin terbatas. Dalam proyek-proyek di masa depan, PBB mungkin harus mencoba untuk memperbaiki percobaan persidangan campuran ini dengan cara menjamin pembiayaan yang lebih layak serta dengan memberikan prioritas kepada program-program pengembangan kapasitas. Tetapi kelemahan-kelemahan tertentu, seperti hambatan yang disebabkan oleh politik domestik, berada di luar jangkauan PBB. Faktor-faktor lain mungkin berada dalam jangkauan PBB, tetapi mungkin sulit untuk diprediksikan. Keputusan untuk dengan segera melimpahkan kontrol peradilan, misalnya, hanya bisa dikritik ketika hal itu sudah terjadi. Motivasi yang melandasi tindakan itu, untuk mendorong otonomi dan partisipasi lokal, sulit untuk disalahkan. Akhirnya, terdapat beberapa faktor yang terus bertahan – terbatasnya kemauan politik PBB dan budaya tak bertanggung-jawab – yang akan menyebabkan hambatan di masa depan atas percobaan untuk mencari keadilan bagi kejahatan-kejahatan internasional.

Bisa saja dikatakan bahwa halangan-halangan yang dihadapi oleh persidangan campuran itu tidak bisa diatasi. Dengan tidak adanya persidangan ad hoc sebagai alternatif, pendapat diatas bisa dibalas dengan pernyataan bahwa tidak ada keadilan lebih disukai daripada suatu keadilan yang sangat kompromistis.[178] Model campuran ini mungkin mendorong komunitas internasional untuk secara keliru menyamakan penuntutan dengan keadilan, berujung pada "suatu pencapaian yang salah" atau rasa puas diri.[179] Model ini mungkin secara tidak sengaja meruntuhkan "standar keadilan dan kekuasaan hukum", yang sebenarnya ingin ditegakkan olehnya.[180] Seperti dinyatakan oleh JSMP, suatu 'batas apresiasi yang lebar' terhadap hak asasi manusia internasional itu membingungkan dan berbahaya. Model ini berasumsi bahwa mekanisme sistem peradilan bisa dibentuk tanpa adanya prinsip-prinsip dan standar yang dibutuhkan untuk menjamin jalannya operasi itu sendiri.[181] Memilih keadilan yang kompromistis saat ini mungkin akan mengakibatkan tiadanya keadilan untuk jangka panjang.

Tetapi dengan tidak adanya alternatif yang secara politis bisa berjalan, adalah terlalu cepat untuk membuang model campuran ini. Sierra Leone memperlihatkan beberapa prospek perbaikan. Disana, persidangan campuran tidak bergantung pada pendanaan PBB. Meskipun mereka juga menghadapi keterbatasan dana, anggaran tahunannya yang berjumlah 20 juta dollar US bisa menunjukkan kesadaran dari beberapa pemerintah asing terhadap kebutuhan krusial atas adanya pendanaan yang layak.[182] Lebih lanjut, penuntutannya difokuskan pada sepuluh atau dua puluh pelaku utama dan pengadilannya memiliki staf dan perlengkapan yang baik. Terdapat kemungkinan bahwa persidangan campuran yang diimplementasikan dengan baik merupakan alternatif yang lebih baik dibandingkan dengan persidangan-persidangan ad hoc. Tetapi untuk sementara ini, Timor Timur membayar harga yang sangat mahal untuk meningkatkan keadilan di tempat-tempat lain.

---

178 "Pengalaman di Timor Timur dan Jakarta mengindikasikan bahwa pertanyaan mengenai apakah suatu persidangan yang memiliki kredibilitas minimal adalah lebih baik daripada tidak sama sekali merupakan suatu permasalahan nyata yang tidak ingin dijawab secara terbuka oleh PBB".

179 Linton, catatan kaki no. 3, hal. 177

180 COHEN, catatan kaki no. 42, hal. 7

181 JSMP, RIGHT TO APPEAL, catatan kaki no. 86, hal. 22

182 Briefing Pers, Persatuan Bangsa Bangsa, Briefing Pers mengenai Pengadilan Khusus Sierra Leone (20 Maret 2002), *di* http://www.un.org/News/briefings/ docs/2002/SierraLeonebrf.doc.htm

MEKANISME NASIONAL UNTUK PENYELESAIAN PELANGGARAN HAK ASASI MANUSIA YANG BERAT

Prof. Dr. Komariah Emong Sapardjaja, SH

Abstract

The Human Rights Court establihed in Indonesia is the first in its kind. Various opinion emerge regarding the existence of that court. In one hand, Indonesia is considered against the international desire to bring the perpetrator to international court. In other hand, there is opinion that it is important to eliminate the assumption that Indonesia is unable and unwilling to bring the perpetrator who convicted breach gross violation on human rights.

This article based on the writer personal experience as a Judge in Human Rights Court. In her writing, she explain the legal and non-legal difficulties in the Indonesia Human Rights Court.

Pengantar

Pengadilan Hak Asasi Manusia untuk bekas Propinsi Timor Timur (*Indonesian Human Rights Ad Hoc Tribunal for Former East Timor*), pada tingkat pertama telah berakhir dengan pengucapan putusan akhir perkara atas nama terdakwa Mayjen Adam Damiri, mantan Komandan Kodam Udayana yang pada waktu itu membawahi propinsi Timor Timur, pada tanggal 5 Agustus 2003. Pengadilan HAM Ad Hoc untuk Timor Timur tersebut belum *final* karena seluruh berkas perkara masih berada di tingkat banding atau kasasi. Pada waktu tulisan ini disusun, Mahkamah Agung RI telah menuntut perkara. Diantara putusan-putusan tersebut 2 perkara diputus dengan "*decenting opinion*".

Pengadilan yang bersejarah ini telah diliput oleh berbagai media dan pengamat baik internasional maupun nasional. Berbagai komentar telah disiarkan, baik bernuansa politis atau semata-mata yuridis, baik yang positif maupun negatif. Pengadilan semacam ini memang merupakan kejadian yang belum pernah ada, karena baru pertama kali penguasa-penguasa militer duduk di bangku pengadilan sipil, dan diadili secara sangat transparan di pengadilan sipil, serta berada di bawah yurisdiksi pengadilan nasionalnya. International Criminal Ttribunal for Yugoslavia, International Criminal Tribunal for Rwanda, maupun pengadilan HAM (*Hybrid*) di Siera Leon, Kamboja, dan East Timor, serta pengadilan untuk penjahat perang dunia II sekalipun, tidak dilakukan di bawah yurisdiksi pengadilan nasional para terdakwa.

Pengadilan HAM Ad Hoc Indonesia tersebut menggunakan hakim Indonesia sendiri. Demikian juga nanti dalam pengadilan-pengadilan permanennya. Walaupun demikian hal tersebut tidak dapat diartikan bahwa peradilan HAM Ad Hoc ini sudah berjalan dengan sempurna. Dengan diundangkannya UU No.26/2000, dapat

dikatakan bahwa bagi Indonesia telah ada dasar hukum mekanisme nasional untuk penyelesaian pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Namun demikian, kendala teknis dan yuridis masih banyak terdapat dalam penyelenggaraannya.

Di bawah ini disajikan beberapa catatan yang merupakan kendala baik yuridis maupun non yuridis, sebagai bagian dari pengalaman seorang Hakim Ad Hoc yang berasal dari Perguruan Tinggi, setidak-tidaknya sebagai pengalaman pribadi. Oleh karena itu tidak akan dijumpai terlalu banyak catatan kaki, atau cuplikan dari literatur, karena memang literatur Indonesia yang berbicara mengenai pengadilan HAM ini, masih sangat sedikit.

1. Latar belakang pembentukan pengadilan HAM

Pembentukan Pengadilan HAM di Indonesia seakan-akan ingin melawan kehendak dunia internasional untuk mengadili para tersangka/ terdakwa di Pengadilan Internasional untuk Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat (*gross violation to human right*). Hal itu juga ingin menepis anggapan bahwa Indonesia tidak dapat (*unable*) atau tidak berkeinginan (*unwilling*) untuk menuntut para tersangka/ terdakwa yang dituduh melakukan Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat tersebut.

Prof.Muladi pernah menyatakan bahwa pembentukan Pengadilan HAM ini terkesan mendapat tekanan dari dunia internasional, karena sebelumnya tidak ada tanda-tanda bahwa Pemerintah Indonesia akan mengadili mereka yang diduga melakukan pelanggaran HAM yang berat. Oleh karena itu pada mulanya pembentukan pengadilan HAM dituangkan dalam bentuk Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu), yang ternyata mengandung banyak kelemahan sehingga tidak dapat disetujui oleh DPR untuk menjadi Undang-undang, dan dalam waktu yang singkat diubah menjadi Undang-undang No.26 tahun 2000, tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

2. Dasar pembentukan

Untuk keperluan pengadilan tersebut telah dibuat **Undang-Undang No.26 tahun 2000** tentang **Pengadilan Hak Asasi Manusia,** dengan pertimbangan:

- bahwa hak asasi manusia merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia, bersifat universal dan langgeng, oleh karena itu harus dilindungi, dihormati, dipertahankan, dan tidak boleh diabaikan, dikurangi, atau dirampas oleh siapapun;
- bahwa untuk ikut serta memelihara perdamaian dunia dan menjamin pelaksanaan hak asasi manusia serta memberi perlindungan, kepastian, keadilan, dan perasaan aman kepada perorangan ataupun masyarakat, perlu segera dibentuk suatu Pengadilan Hak Asasi Manusia untuk menyelesaikan pelanggaran hak asasi manusia yang berat sesuai dengan ketentuan Pasal 104 ayat (1) Undang-undang Nomor.39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia;
- bahwa pembentukan Pengadilan Hak Asasi Manusia untuk menyelesaikan pelanggaran hak asasi manusia yang berat telah diupayakan oleh Pemerintah berdasarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia yang dinilai tidak memadai, sehingga tidak disetujui oleh Dewan Perwakilan Rakyat menjadi Undang-undang, dan oleh karena itu Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang tersebut perlu dicabut;

Dalam penjelasan UU 26/2000 antara lain disebutkan bahwa pembentukan pengadilan HAM ini disebabkan karena sifat dari pelanggaran HAM ini merupakan *extra ordinary crimes*, sehingga perlu penanganan secara khusus.

Bentuk Pengadilan HAM menurut UU ini terdiri dari : Pengadilan (permanen) yang mengadili mereka yang diduga melakukan pelanggaran HAM yang berat setelah UU No.26/2000 diundangkan, yang berkedudukan di Jakarta, Surabaya, Medan dan Makasar. Pada saat tulisan ini disusun, PN Makasar akan menyidangkan perkara pelanggaran HAM yang berat di Abepura. Pengadilan HAM Ad Hoc yang mengadili sebelum UU 26/2000 diundangkan, berkedudukan di Jakarta dibawah yurisdiksi PN Jakarta Pusat.

Mekanisme pembentukan Pengadilan HAM Ad Hoc , sebagaimana diatur dalam pasal 43 ayat 2, ditetapkan dalam Keputusan DPR RI. yang kemudian dituangkan dalam **Keppres No.53 tahun 2001 jo. Keppres No.96 tahun 2001.** Keputusan DPR RI tersebut antara lain memuat *locus delicti* dan *tempus delicti* tertentu. Hal semacam ini terjadi juga dalam pembentukan Pengadilan HAM Ad Hoc untuk Rwanda (ICTR) dan bekas negara Yugoslavia (ICTY), yang ditetapkan oleh Majelis Umum PBB.

Oleh karena itu ada anggapan bahwa secara yuridis penetapan tentang *locus delicti* dan *tempus delicti* dari perkara-perkara yang diajukan ke Pengadilan HAM Ad Hoc, sesungguhnya merupakan keputusan politik.

3. Tempat kedudukan pengadilan HAM Ad Hoc.

Pasal 43 UU No.26/2000 menyatakan :

(1) Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkan Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh pengadilan HAM Ad Hoc;

(2) Pengadilan Ad Hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden.

(3) Pengadilan HAM Ad Hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berada di lingkungan Peradilan Umum.

Untuk pertama kali persidangan pelanggaran HAM berat ditetapkan oleh DPR hanya untuk *locus delicti* bekas Timor Timur dan Tanjung Priok, dengan *tempus delicti* yang terbatas pada pra dan pasca jajag pendapat untuk TimTim, dan tahun 1985 untuk Tanjung Priok. Pengadilan Negeri yang berwenang memeriksa dan mengadili untuk tingkat pertama adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Dengan demikian perkara-perkara tersebut menjadi yurisdiksi dari Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Demikian pula yurisdiksi dalam tingkat banding/Pengadilan Tinggi, adalah Pengadilan Tinggi DKI.

4. Hukum Acara yang berlaku

Menurut pasal 10 UU No.26/2000, semua ketentuan yang ada dalam KUHAP berlaku juga bagi pemeriksaan dalam perkara pelanggaran HAM yang berat kecuali ditentukan secara khusus oleh UU No.26/2000, seperti hal-hal di bawah ini.

a. Tentang penangkapan – lihat pasal 11
b. Tentang penahanan – lihat pasal 12 s/d pasal 17
c. Tentang Penyelidikan – lihat pasal 18 s/d pasal 20

Penyelidikan untuk peristiwa pelanggaran HAM yang berat di TimTim dan Tanjung Priuk telah dilakukan oleh Komnas HAM dan merekomendasikan sejumlah pejabat sipil dan militer untuk dijadikan tersangka.

d. Tentang Penyidikan – lihat pasal 21 s/d dan pasal 22

e. Tentang Penuntutan – lihat pasal 23, 24, 25

f. Tentang Sumpah – lihat pasal 26

g. Tentang Pemeriksaan di Sidang Pengadilan – lihat pasal 27 dan 28

Berkenaan dengan ditetapkannya KUHAP sebagai hukum acara pada pengadilan HAM Ad Hoc ini, dalam praktik terjadi kesulitan-kesulitan tertentu.

Dalam kasus bekas Propinsi Timor Timur, saksi korban yang seharusnya terlebih dahulu diperiksa (KUHAP pasal. 183) ternyata sangat sedikit yang dihadirkan atau tidak dapat dihadirkan oleh Jaksa Penuntut Umum Ad Hoc, karena kesulitan perizinan dan transportasi.

Para saksi tidak dapat datang pada jadwal yang telah ditetapkan. Para saksi yang sebagian besar juga sebagai terdakwa dalam perkara yang sama, apalagi sesama anggota militer atau Polri yang masih aktif, dapat dipastikan mempunyai suara yang sama, saling meringankan, atau saling menutupi fakta yang sebenarnya. Hal ini dapat dipahami karena sebagian diantaranya adalah sesama rekan, bekas atasan atau bawahan.

Terobosan yang pernah dilakukan dalam kasus Timor Timur adalah menggunakan *teleconference*, walaupun mendapat gangguan teknis yang sangat tinggi. Hal itu nampak seperti disengaja. Hal tersebut menjadi masalah besar karena tata cara semacam itu tidak dikenal dalam KUHAP.

Dengan demikian, sangat mudah para pengacara terdakwa mendalilkan *unus testis nullus testis*, yang sesungguhnya didalam sidang pengadilan HAM Ad Hoc Internasional dalil tersebut tidak diterima lagi (kasus Dusco Tadic, ICTY). Dapat dipastikan bahwa sorotan masyarakat ditujukan kepada JPU yang dianggapnya tidak serius menangani kasus tersebut.

Demikian pula dengan tahap-tahap pemeriksaan di muka persidangan dilaksanakan berdasarkan tata cara yang diatur dalam KUHAP. Hal itu dimulai dengan pembacaan surat dakwaan, eksepsi, tanggapan, pemeriksaan saksi-saksi, saksi ahli, pemeriksaan barang bukti, keterangan terdakwa, tuntutan, pembelaan, replik, duplik dan putusan hakim.

Karena hukum pembuktian dalam KUHAP sangat terbatas, maka sangat terasa bahwa dalam sistem pembuktiannya pun sangat kaku. Para hakim Ad Hoc tidak dapat berinovasi lebih lanjut untuk melakukan manuver dalam persidangan, khususnya terhadap alat-alat bukti. Timbul pertanyaan apakah alat-alat bukti dari perkara yang satu, khususnya alat bukti yang berupa surat, dapat dijadikan pula sebagai alat bukti bagi perkara yang lainnya? Masalahnya adalah, apabila dikaji lebih mendalam, perkara di pengadilan HAM Ad Hoc Timor Timur, maupun Tanjung Priuk, masing-masing sesungguhnya merupakan satu perkara (besar), hanya karena terdakwanya banyak, dan dalam kualitas yang berbeda, maka dibagi dalam beberapa perkara (*splitsing*).

Dalam kasus Tanjung Priuk, saksi dan alat bukti menjadi masalah yang lebih rumit lagi. Sebagian saksi menarik pengakuan yang ada dalam berita acara, seperti misalnya mereka tidak pernah mengalami siksaan. Walaupun pernyataan tersebut hampir 100% bohong, tetapi tidak ada tindakan dari Jaksa Penuntut Umum Ad

Hoc yang menyeret para saksi seperti itu sebagai telah melakukan sumpah palsu. Lagi, karena mereka telah ber-*islah*, para saksi menyatakan telah saling memaafkan dengan terdakwa. Padahal ketika tuntutan JPU dibacakan, acungan jempol tetap diberikan kepada JPU. Terlebih-lebih lagi barang bukti telah dinyatakan hilang.

5. Pengangkatan Hakim dan Jaksa Ad Hoc

Tentang pengangkatan Hakim Ad Hoc diatur dalam pasal 28,29, dan pasal 30 UU No.26/2000. Pengangkatan Hakim Ad Hoc khususnya yang berasal dari Perguruan Tinggi direkrut melalui pengusulan dari Dekan masing-masing atau atas usulan LSM.

Pengangkatan Hakim Ad Hoc dikukuhkan dalam Keppres. Pengangkatan melalui sistem semacam ini mengandung banyak kelemahan, karena tidak dalam keahlian untuk perkara yang ditanganinya. Dapat dicontohkan, dosen yang memegang mata kuliah yang tidak ada sangkut pautnya dengan hukum HAM, Hukum Internasional, ataupun hukum pidana diusulkan menjadi Hakim Ad Hoc.

Pada awal-awal persidangan, kendala yang sangat dirasakan oleh para hakim Ad Hoc dari Perguruan Tinggi yang rata-rata berasal dari luar kota Jakarta adalah tidak tersedianya tempat tinggal, tanpa honorarium dan tanpa transport. Sekarang hal tersebut sudah diatasi, walaupun masih sering terlambat. Hal tersebut dapat menghambat kinerja para hakim. Kendala lain pada awal-awal persidangan adalah tidak dilengkapinya ruang sidang dengan sarana yang diperlukan, sebuah komputer sekalipun.

Tentang Jaksa Ad Hoc:

Tidak banyak diketahui bagaimana perekrutan Jaksa Ad Hoc ini. Jika diperhatikan benar, komposisi JPU, hanya 2 orang, dibandingkan dengan komposisi Penasihat Hukum, lebih dari 8 orang. Perbandingan yang tidak seimbang ini dapat dibandingkan dengan peluru senapan melawan peluru meriam.

Hal ini menyebabkan pertanyaan dari JPUacapkali dipatahkan oleh pertanyaan Penasihat Hukum, bahkan adakalanya JPU seperti sudah kehabisan akal. Bahkan terlihat kecenderungan salah seorang anggota JPU yang lebih menunjukkan sikap sebagai Penasihat Hukum daripada sebagai JPU.

6. Ruang lingkup pengadilan HAM Ad Hoc

Ruang lingkup pengadilan manusia diatur dalam UU.No.26/2000. Berikut adalah beberapa pasal yang mengatur hal tersebut:

Pasal 4 : Pengadilan HAM bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Pasal 5 : Pengadilan HAM berwenang juga memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan di luar batas teritorial wilayah negara republik Indonesia oleh warga negara Indonesia.

Pasal 6 : Pengadilan HAM tidak berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan oleh seseorang yang berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun pada saat kejahatan dilakukan.

Pasal 7 : Pelanggaran hak asasi manusia yang berat meliputi :

a. kejahatan genosida (*genocide*),

b. kejahatan terhadap kemanusiaan *(crimes against humanity).*

Sementara itu bentuk-bentuk kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, diatur dalam pasal 8 dan pasal 9.

Penjelasan pasal 7 UU No.26/2000, menegaskan bahwa:

> *"Kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan" dalam ketentuan ini sesuai dengan 'Rome Statute of International Court' (pasal 6 dan Pasal 7)".*

Oleh sebab itu sebagian Hakim menggunakan acuan-acuan nya pada literatur yang telah ditulis oleh penulis-penulis asing seperti Otto Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute Of the International Criminal Court,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999; disertasi Machteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court,* Leiden, 15 November 2001; disertasi E.van Sliedregt, *The Criminal Responsibility Of Individuals For Violations Of International Humatarian Law,* Asser Press, The Hague, 2003; atau menunjungi website di internet; serta jurnal hukum internasional seperti Bantekas, *The Contemporary Law of Superior Responsibility,* American Journal of International Law, 3 Juli 1999. Penulis Indonesia yang produktif menulis mengenai Pertanggungjawaban Komando, hanyalah Prof. Muladi dan Brigjen (purn) PLT Sihombing.

Namun demikian, harus dikemukakan beberapa catatan perbedaan antara UU No. 26/2000 dan Rome Statute, yakni :

- Berbeda dengan ruang lingkup/ kewenangan ICC (pasal 5), yang meliputi 4 jenis kejahatan, yaitu a) kejahatan genosida, b) kejahatan terhadap kemanusiaan, c) kejahatan perang, dan d) kejahatan agresi.
- Demikian pula pasal 8 dan pasal 9 UU No.26 /2000, yang terjemahannya berbeda dengan pasal 6 dan 7 ICC. Hal itu telah menimbulkan friksi dalam penafsiran dan implementasinya, misalnya *extermination* yang pasti berbeda dengan penganiayaan yang termuat dalam pasal 351 atau 359 KUHP.

7. Perlindungan saksi dan korban

Pemerintah telah mengeluarkan Peraturan Pemerintah RI No.2 Tahun 2002, tentang Tata cara Perlindungan terhadap Korban dan Saksi dalam Pelanggaran HAM yang Berat. Walaupun demikian masalah ini sampai sekarang tetap tidak dapat dilaksanakan dengan baik, karena pihak JPU tampak seperti tidak berdaya menghadapi para saksi yang menerima fasilitas, misalnya kendaraan untuk menjemput/mengantar, dari pihak koordinator terdakwa.

Dapat dipastikan bahwa fasilitas yang disediakan koordinator terdakwa ini mempengaruhi isi dari kesaksian para saksi.

8. Kompensasi, Restitusi

Masalah ini diatur dalam Peraturan Pemerintah RI No.3 Tahun 2002, tentang Kompensasi, Restitusi, dan Rehabilitasi Terhadap Korban Pelanggaran HAM Yang Berat. Sampai saat ini belum ada satupun putusan Hakim yang memberikan kompensasi, restitusi ataupun rehabilitasi kepada korban. Disamping peraturannya tidak jelas, Peraturan Pemerintah tersebut tidak memberikan kewenangan kepada Hakim untuk menetapkan jumlah kompensasi.

9. Ketentuan Pidana

UU 26/2000, memuat ketentuan pidana minimum khusus, yaitu 5 dan 10 tahun. Hal itu dapat kita lihat pasal-pasal 36, 37, 38, 39, dan 40.

Catatan:
Pada kenyataannya, dalam putusan-putusan perkara Pengadilan HAM yang Berat untuk Timor Timur, hanya ada satu putusan yang menerapkan ketentuan pidana minimum khusus, yaitu dalam perkara atas nama Eurico Gutteres yang diputus 10 tahun pidana penjara.

Selebihnya dihukum berkisar antara 3 atau 5 tahun penjara. Pada saat tulisan ini disusun, Mahkamah Agung RI dalam putusannya a.n. terdakwa mantan Gubernur Timor Timur, Abilio Soares, menguatkan pidana yang dijatuhkan oleh PN Jakarta Pusat yakni 3 tahun penjara.

10. Permasalahan yang timbul

a. tentang asas legalitas.

Undang-undang 26/2000 tidak menganut asas legalitas secara murni, khususnya mengenai asas tidak berlaku surut (*non retroactivity*).

Hal ini diperlukan untuk menjangkau tindak pidana pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum UU tersebut dinyatakan berlaku pada tanggal 23 Nopember 2000.

Dalam penjelasan UU tersebut dinyatakan bahwa : "...asas retroaktif dapat diberlakukan dalam rangka melindungi hak asasi manusia itu sendiri berdasarkan pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 tersebut. Oleh karena itu UU ini mengatur pula tentang Pengadilan HAM Ad Hoc untuk memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU ini.

Asas non retroaktif ini digunakan juga dalam pengadilan internasional untuk perkara-perkara di bekas negara Yugoslavia (ICTY) untuk peristiwa yang terjadi antara tahun 1993 s/d 1999, Rwanda (ICTR) untuk peristiwa antara bulan Januari s/d Desember 1999. Pembatasan mengenai waktu tersebut diputuskan oleh Dewan keamanan PBB.

Demikian pula untuk perkara pelanggaran HAM yang berat di Timor Timur, diputuskan oleh DPR hanya untuk peristiwa yang terjadi antara waktu sebelum jajak pendapat (April 1998) dan setelah jajak pendapat (September 1998).

Keputusan ini adalah keputusan politik, tetapi pengadilannya sendiri bukan pengadilan politik, tetapi pengadilan pidana untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat yang merupakan *extra ordinary crime*.

b. tentang asas ne bis in idem:

Asas ini tidak dicantumkan secara tegas. Akan tetapi sesuai dengan sifat dari pelanggaran HAM yang berat sebagai musuh bersama umat manusia, dan berlakunya prinsip-prinsip hukum internasional/hukum kebiasaan internasional yang diakui oleh negara-negara beradab, maka prinsip *ne bis in idem* dapat dikesampingkan. Terlebih-lebih oleh karena terhadap kejahatan HAM berlaku yurisdiksi internasional, tidak tertutup kemungkinan bahwa Dewan Keamanan PBB akan membuat resolusi pembentukan pengadilan internasional terhadap perkara Timor Timur, jika dinilai pengadilan yang diselenggarakan oleh Indonesia dianggap tidak serius, bahkan sebagai bentuk *impunity* terhadap para pelakunya.

c. tentang jangka waktu persidangan :

Sesuai dengan ketentuan dalam pasal 31 UU 26/2000, ditentukan bahwa pemeriksaan dan putusan paling lama 180 hari terhitung sejak perkara dilimpahkan ke pengadilan HAM.

Dalam praktik, pengadilan mendapat kesulitan dalam hal pemeriksaan saksi-saksi, misalnya saksi tidak dapat datang pada waktunya, dengan alasan sedang bertugas di tempat lain, karena urusan administratif. Hal itu juga tidak mudah terutama bagi saksi yang harus didatangkan dari Timor Leste. Oleh karena itu pembatasan waktu 180 hari seringkali dilampaui.

Contoh yang agak ekstrim adalah perkara May.Jen. Adam Damiri yang telah melampaui waktu lebih dari 6 bulan (hampir 1 tahun) dari batas waktu yang ditentukan. Hal itu terjadi karena terdakwa saat ini diberi tugas dalam Operasi Terpadu di Aceh, sehingga pada akhir-akhir persidangan Ketua Majelis Hakim terpaksa harus menunda sidang sampai beberapa bulan karena terdakwa tidak dapat dihadirkan dengan alasan sedang menjalankan tugas negara.

11. *Obstruction of Justice*

Pengalaman dalam persidangan baik untuk perkara Timor Timur maupun Tanjung Priok adalah kehadiran anggota militer/polisi di bangku pengunjung sidang. Kehadiran anggota Kopassus sebagai pengunjung persidangan, apalagi dengan pakaian seragam militer dan baret merahnya, sebenarnya dapat dianggap sebagai upaya menekan persidangan/hakim. Hal ini tidak pernah menjadi perhatian Hakim, karena dalam sejarah peradilan di Indonesia baru dalam pengadilan ad hoc Timor Timur hal tersebut terjadi. Selain itu berbagai aksi demonstrasi, – bahkan para demonstran dapat masuk dalam ruang persidangan,– sesungguhnya dapat mengganggu jalannya persidangan.

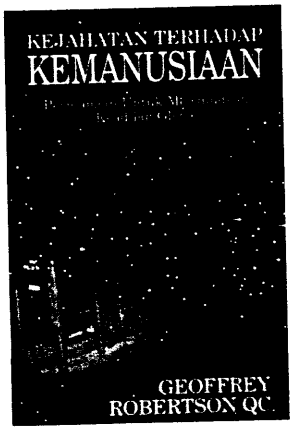
Memang Hakim Ketua majelis tidak dapat diharapkan berbuat banyak. Oleh karena itu situasi dan kondisi seperti itu hanya dapat disikapi dengan kebijaksanaan para Ketua Majelis. Dikhawatirkan pengusiran para pengunjung yang seperti itu dapat bertentangan dengan prinsip terbuka dari suatu persidangan pengadilan.

12. Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi.

RUU tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi ini sekarang telah diajukan ke DPR, namun masih dalam pembicaraan. Undang-undang ini sangat ditunggu-tunggu kelahirannya, sebab nanti akan terlihat *political will* yang sesungguhnya dari negara/pemerintah tentang penegakkan HAM di Indonesia.

SIDIK JARI (KABUR) KEADILAN GLOBAL

Judul Buku	:	Crimes Against Humanity (The Strunggle For Global Justice)
Judul Buku Terjemahan	:	Kejahatan Terhadap Kemanusiaan (Perjuangan Untuk Mewujudkan Keadilan Global)
Pengarang	:	Geoffrey Robertson QC
Penerbit	:	Penguin Book/Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, 2000.
Jumlah Halaman	:	626 halaman + XXII



Pertarungan dan konflik antar negara, belakangan ini seakan tiada pernah berakhir. Konflik antar negara dengan mengakumulasikan beragam bentuk argumen, seakan tiada henti memeras air mata masyarakat global. Perang antar etnis di banyak negara, menjadi lembar sejarah paling menyedihkan dalam sepuluh tahun terakhir. Atau, invasi dari negara superpower, dengan apologi yang dirasionalisasikan telah menjadi kelaziman.

Konflik antar negara, biasanya mengatasnamakan kemanusiaan dan keadilan. Demi sebuah cita-cita demokrasi dan kemanusiaan, perang antar negara atau pertikaian antar etnis memang tak terelakkan. Inilah kondisi aktual yang memang sulit terelakkan belakangan ini. Dapat dikatakan bahwa terjadi sebuah krisis besar peradaban yang menyimpan sebuah ironi yang sangat menyedihkan. Mungkin, ini persoalan yang patut diratapi.

Alhasil, dalam situasi yang berkepanjangan, kita pun patut bertanya, siapakah sebenarnya yang diperjuangkan? Akankah mereka yang menjadi alasan sebuah peperangan dan konflik merasakannya? Ataukah, sudah begitu banyak langkah yang mengkomodifikasikan kemanusiaan? Artinya perjuangan keadilan global atas nama kemanusiaan tidak ubahnya sebuah trend? Ibarat mode pakaian, ataupun cita rasa, ia bisa saja berubah setiap saat.

***

Mempertanyakan sebuah keadilan global! Inilah sebuah wacana yang terus-menerus membuat gelisah para pakar hukum, aktivis HAM, dan ahli strategi politik internasional. Mempertanyakan sebuah keadilan dalam konteks masyarakat global memang tidaklah mudah. Artinya, dibutuhkan segenap kajian kritis dengan aspek pendekatan-pendekatan yang spesifik. Inipun nampaknya masih saja menemui jalan buntu yang sulit untuk dicari akar solusinya.

Seorang pakar hukum internasional sekaligus pengacara kasus-kasus hak asasi manusia, Geoffrey Robertson QC, mencoba menawarkan sebuah argumen dalam karya yang cukup menarik. Bukunya yang berjudul Kejahatan terhadap Kemanusiaan: Perjuangan untuk Mewujudkan Keadilan Global, secara kritis mencoba menawarkan beragam bentuk cara pan-

dang yang sehat, bagaimana mewujudkan sebuah mimpi keadilan global yang manusiawi. Buku ini berfokus pada suatu discourse tentang sejarah, persoalan hukum, persoalan politik dan implikasi hak asasi manusia, terutama setelah Perang Dunia Kedua. Dalam buku ini, penulis tidak sekedar menyodorkan fakta-fakta kejahatan terhadap kemanusiaan. Tapi, ada banyak telaah yang patut dijadikan panduan, bagaimana memberikan penilaian tentang keadilan global yang paling ideal.

Tawaran ide strategis yang dilontarkan oleh Geoffrey Robertson di sini, bukanlah suatu justifikasi dan pembenaran pada setiap momen politik global yang menyeret banyak masyarakat pada sebuah titik paling menakutkan. Tetapi, penulis buku ini secara hati-hati meminta masyarakat global untuk senantiasa berhati-hati *(prudent)* pada setiap gerakan global yang bertindak atas nama kemanusiaan (HAM) dan nilai-nilai demokratis.

Bahkan dengan berani sang pengarang mengajak setiap kalangan untuk terus-menerus curiga dan berpikir jernih pada setiap konflik-konflik global. Tidak berlebihan ajakan ini. Mengapa demikian? Lantaran, sang pengarang nampaknya begitu teguh, bahwa ada sebuah utopia besar pada makna kemanusiaan dan hak asasi manusia yang hakiki itu sendiri. Utopia yang sangat masuk akal. Keraguan bahwa sesungguhnya setiap manusia dalam konflik akan kehilangan hak asasi manusiannya, memang tak bisa ditutup mata.

Pengarang, Geoffrey Robertson, memang cukup jenius dalam membangun ide-idenya, yang lantas dilontarkan sebagai sebuah argumen berpikir. Ia mengungkapkan bagaimana manusia itu mempunyai hak yang memang harus dijunjung tinggi, hingga beragam krisis yang menghancurkan nilai-nilai kemanusiaan berikut kasus-kasus kejahatan terhadap kemanusiaan paling mutakhir yang layak untuk direnungkan.

Penulis mengungkapkan kritik terhadap semua pihak yang mengatasnamakan relativisme budaya atas terjadinya pelanggaran hak asasi manusia. Fokus utamanya adalah perjuangan untuk menempatkan pertanggungjawaban pada mereka yang menggunakan kedaulatan negara sebagai pertahanan terhadap tindakan dan kebijakan pemerintah yang represif, penyiksaan, dan genosida.

Argumen berpikir penulis terhadap kondisi aktual kemanusiaan ditumpahkan begitu runtut, komprehensif dengan akar masalah dan solusinya. Tanpa berbelit-belit, apa adanya. Etalase kasus-kasus tragedi terhadap kemanusiaan dan sandiwara pengadilan kejahatan internasional ditelanjangi satu persatu. Kasus kejahatan terhadap kemanusiaan di bidang sosial, politik, ekonomi dan budaya dibongkar habis dalam arus besar penegakan hak asasi manusia. Toh, penulis tetap berasumsi perjuangan menuju keadilan global memang akan terasa panjang.

***

Buku setebal 609 halaman ini, terdiri dari sebelas bab, dengan sangat gamblang menjelaskan kesaling-terhubungan antara hak asasi manusia, politik dan hukum. Yang semuanya, akan membawa pembaca pada sebuah telaah kritis, bahwa sesungguhnya saat ini tengah terjadi krisis besar kemanusiaan. Pembaca memang tidak diajak berandai-andai pada tata ordo peradaban global yang penuh damai. Namun, pengarang secara langsung menyodorkan serangkaian fakta memilukan tentang adanya krisis kemanusiaan global yang tak bisa dihindari.

Sebelas bab buku ini, diawali dengan sejarah hak asasi manusia, mulai dari yang

sangat alami hingga lahirnya deklarasi universal hak asasi manusia itu sendiri. Kemudian, dalam bab berikutnya, pembaca diajak untuk menengok fakta adanya konflik global perang dunia, hingga lahirnya negara-negara kecil di Yugoslavia. Selanjutnya, sodoran fakta-fakta penting kejahatan terhadap kemanusiaan mulai dari kasus Pinochet, krisis Balkan, kasus Timor-Timur hingga konvensi senjata pemusnah massal, dan yang lain, ditinjau dari sudut pandang hukum internasional.

Kemanusiaan sebagai sebuah paradoks yang sangat mencemaskan memang tak ubahnya kisah unik, mengharuskan untuk terus-menerus diikuti kisahnya. Episode krisis kemanusiaan memang senantiasa baru dan mendorong lahirnya paradigma-pradigma baru untuk mengkajinya. Pradigma yang dinamis begitu nampak dalam kajian menarik dalam buku ini. Tidak berlebihan seandainya buku ini sangat membantu mereka yang terus-menerus bergelut dalam persoalan pelik kemanusiaan dan hak asasi manusia.

***

Paradoks kemanusiaan memang akan terus muncul. Kehadirannya memang sulit diprediksi. Namun, fase krisis kemanusiaan akan terus berubah dan menawarkan cara pemecahan yang baru. Tetapi, ajakan bijak yang disodorkan oleh buku ini nampaknya patut untuk terus-menerus direnungkan. Kenapa demikian? Ini lantaran, yang paling penting adalah mempertanyakan sejauh mana apologi dan justifikasi sebuah bangsa, pihak untuk melakukan penisbian pada hak asasi manusia itu sendiri.

Saya jadi ingat sebuh pemikiran kritis dari seorang *Karl Marx*. Filsuf kontroversi ini dalam essai-nya *On The Jewish Question (1844)*, pernah memprovokasikan bahwa penindasan akan terus-menerus terjadi. Dimanapun dan kapanpun. Tergantung setiap individu, menyadarinya atau tidak. Dan, penindasan akan terus-menerus menjadi lembar sejarah peradaban yang tidak bisa dihindari. Jika demikian, akankah perjuangan atas nama keadilan dan kemanusiaan hanya sebuah komodifikasi? Ataukah ia sudah kehilangan sidik jarinya?

(Presentasi: **Ignas Triyono**, *Staf Pusdokinfo Komnas HAM)*

TENTANG PENULIS

Abdul Hakim Garuda Nusantara

Adalah Ketua Komnas HAM periode 2002 s.d. 2007. Abdul Hakim Garuda Nusan-tara lulus dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia pada tahun 1978 dan mendaptkan L.LM dari University of Washington , Seattle. USA pada 1981. Pendiri dan Pemimpin Kantor Hukum A. Hakim G. Nusantara & Patners ini sebelumnya adalah Direktur Lembaga Bantuan Hukum DKI Jakarta (1984-1987), KetuaYayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (1987-1990, 1990-1993), Ketua INFID (International NGO's Forum on Indonesia Development 1989-1994).

Rina Rusman

Adalah Deputy Legal Adviser International Committee of the Red Cross (ICRC) Jakarta. Alumni Fakultas Hukum Andalas dan Magister Hukum dari Universitas Taru-managara ini bertanggung jawab atas pelaksanaan kerjasama dan kegiatan-kegiatan di bidang hukum humaniter di lingkungan Universitas dan Pemerintah serta membantu pelaksanaan kerjasama dan kegiatan-kegiatan di lingkungan TNI. Rina Rusman telah banyak mengikuti kursus-kursus Hukum Humaniter dan HAM baik di lingkup nasional maupun internasional.

William A. Schabas

Professor William A. Schabas adalah direktur ***The Irish Centre for Human Rights*** pada the National University of Ireland, Galway. Prof. Schabas mendapatkan B.A dan M.A dari University of Toronto dan LL.B.,LL.M. dan LL.D dari University of Montreal. Semenjak 1991 sampai dengan 2000, William Schabas adalah professor of human rights law and criminal law pada the Département des sciences juridiques di the Université du Québec Montréal, Departmen yang diketuainya semenjak 1994-1998. Dia juga mengajar sebagai visiting/adjunct professor pada McGill University, Université de Montréal, Université de Montpellier, Université de Paris X-Nanterre, Université de Paris XI, Université de Paris II Pantheon-Assas dan University of Rwanda, dan juga pada the International Institute for Human Rights (Strasbourg), the Canadian Foreign Service Institute, the United Nations Institute for Training and Research dan pada the Pearson Peacekeeping Centre

Professor Schabas adalah juga redaktur utama dari *Criminal Law Forum, the quarterly journal of the Society for the Reform of Criminal Law*. Professor Schabas sering diundang untuk berpartisipasi dalam misi hak asasi internasional atas nama NGO seperti Amnesty International (International Secretariat), the International Federation of Human Rights, dan the International Centre for Human Rights and Democratic Development ke Rwanda, Burundi, South Africa, Kenya, Uganda, Sudan, Cambodia and Guyana. Professor Schabas telah menulis dua belas buku yang berkaitan dengan hukum hak asasi manusia internasional, termasuk hukuman mati dan telah menghasilkan lebih dari 100 artikel dalam jurnal-jurnal, akademik, khususnya dalam bidang hukum hak asasi manusia internasional.

Ifdhal Kasim, S.H.

Adalah Direktur Eksekutif ELSAM (Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat). Lulus dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Yogjakarta pada 1990 dan summer program International Human Rights Law, Columbia University, New York pada 1997. Ifdhal Kasim telah banyak mengikuti training profesional yang berkaitan dengan permasalahan Hak Asasi Manusia antara lain : Simposium "Human Security Now: Strenghtening Policy Networks in Southeast

Asia". Thailand. 2004: Seminar " Dealing with Gross Human Rights Violations: Human Rights Courts and international law". Oslo. Norway 2003 dll. Pengalaman lain yang dimiliki oleh Ifdhal adalah sebagai delegasi dari NGO HAM Internasional untuk berpartisipasi dalam Rapat Komisi HAM PBB ke-60 di Jenewa. 2004. Ifdhal adalah juga delegasi dari NGO HAM Asia untuk berpartisipasi dalam Komisi Persiapan PBB untuk Mahkamah Pidana Internasional di New York 2002 . Ifdhal Kasim telah banyak menulis mengenai permasalahan HAM.

P.L.T. Sihombing

Brigadir Jenderal TNI (purn) ini telah banyak mengikuti pelatihan dan seminar baik nasional maupun internasional berkaitan dengan hukum Humaniter. Jabatan terakhir dalam karir militer Magister dalam bidang

Military Law ini adalah Kepala Biro Hukum Setjen DEPHAN RI. P.L.T. Sihombing adalah salah satu dari sedikit orang yang berasal dari militer yang banyak menulis mengenai Pertanggungjawaban Komando. Hukum Humaniter. dan Hukum Hak Asasi Manusia serta kaitannya dengan Operasi Militer.

Bhatara Ibnu Reza

Adalah peneliti pada IMPARSIAL. sebuah lembaga pemantauan Hak Asasi Manusia. Memperoleh gelar Sarjana Hukum dari Universitas Trisakti dan menyelesaikan Paskasarjana pada jurusan Hubungan Internasional. Universitas Indonesia. Pada 2003. Bhatara pernah menjadi koordinator staf untuk Tim Pemantauan Pelanggaran HAM di Aceh yang dibentuk oleh Komnas HAM. Pada 1999 - 2001 ia pernah menjadi reporter pada radio *Voice of Human Rights.*

Bhatara telah banyak menulis artikel mengenai hak asasi manusia dan juga telah mengikuti pelatihan Penyelidikan Pro Justitia yang dilaksanakan oleh Komnas HAM.

Asmara Nababan

Adalah direktur eksekutif DEMOS (Pusat Studi untuk Demokrasi dan Hak Asasi Manusia). Pada 1993-2002 Asmara Nababan adalah anggota Komnas HAM dan pada 2000-2002 menjabat sebagai Sekretaris Jenderal Komnas HAM. Selama menjadi anggota Komnas HAM, Asmara Nababan terlibat dalam KPP-HAM (Komisi Penyelidikan Pelanggaran HAM) Timor Timur. 1994-1998 Asmara Nababan adalah Sekretaris Eksekutif INFID (International NGOs Forum on Indonesia Development). sebuah koalisi NGO yang bertujuan untuk memperjuangkan kepentingan kaum miskin dan pihak-pihak yang kurang beruntung di Indonesia- di arena internasional. Asmara Nababan adalah juga salah satu pendiri ELSAM pada 1994 (Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat) yang salah satu tujuan utamanya adalah untuk me lakukan advokasi terhadap adanya perubahan kebijakan kearah kondisi HAM yang lebih baik di Indonesia.

Suzanne Katzenstein

Ph.D candidate dari Columbia University (Political Science) yang mahir berbahasa dan menulis Hindi ini mendapatkan B.A dari Wesleyan University dan M.A dari Harvard Law School. Suzanne memiliki pengalaman internasional dalam bekerja di bidang hak asasi manusia diantaranya adalah sebagai peneliti pada berbagai institusi dan projek yaitu: pada International Labor Rights Fund, Washington. DC (2003); Immigrantis Rights Project, ACLU, New York (2003); Commission for Reception. Truth and Reconciliation. Dili Timor Leste (2002); Human Rights Watch, US Prisoneris Project. New York (2001) William J. Fulbrights Scholarship. India (1999-2000).

Komariah Emong Sapardjaja

Komariah Emong Sapardjaja mendapatkan sarjana hukum dan Doktor Ilmu hukum dari Universitas Pajajaran. Komariah E. Sapardjaja telah banyak menghasilkan karya penelitian dan banyak memberikan perhatian pada permasalahan HAM dan juga hak perempuan dan gender mainstreaming. Beliau banyak menjadi Narasumber untuk pelatihan-pelatihan HAM, terutama berkaitan dengan Pengadilan HAM Ad-Hoc. Beliau adalah Hakim Ad-Hoc untuk Pengadilan HAM Timor Timur.

Ignas Triyono

Adalah Staf Pusat Dokumentasi dan Informasi (PusdokInfo) Komnas HAM yang bertanggungjawab di bidang publikasi/penerbitan. Di bidang penerbitan, salah satunya yakni sebagai Redaktur Pelaksana Majalah SUAR terbitan Komnas HAM hasil kerjasama dengan CIDA Canada. Menyelesaikan studi S-1 di Fakultas Sastra Universitas Gadjah Mada Yogyakarta. Sambil kuliah sempat bekerja di Koran Harian Kedaulatan Rakyat (KR) Jogjakarta dan aktif menulis opini di media massa. Pernah berkecimpung sebagai konsultan penulisan penerbitan internal (inhouse magazine. Company Profile, annual report, dsb) beberapa perusahaan di Jakarta seperti Toyota Astra Motor, Satelindo GSM, Pasaraya, ACC Astra,dsb). Jabatan terakhir sebelum bergabung di Komnas HAM adalah Redaktur Pelaksana Koran Harian Bengawan Pos, Solo.