

341.48
SU
u ei



**KEBIJAKAN HUKUM PIDANA DALAM MENGANTISIPASI
PELANGGARAN-PELANGGARAN BERAT DAN PELANGGARAN HAM
YANG DIATUR OLEH PROTOKOL TAMBAHAN I DAN II-1977**

TESIS

Disusun dalam rangka memenuhi persyaratan untuk
menyelesaikan Program Magister Ilmu Hukum

Oleh:

DADANG SISWANTO, SH

NIM: B.4A.098.015

PEMBIMBING

Prof. Dr. BARDA NAWAWI ARIEF, SH

PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM

UNIVERSITAS DIPONGORO

SEMARANG

2002

HALAMAN PENGESAHAN :

**KEBIJAKAN HUKUM PIDANA DALAM MENGANTISIPASI
PELANGGARAN-PELANGGARAN BERAT DAN PELANGGARAN HAM
YANG DIATUR OLEH PROTOKOL TAMBAHAN I DAN II-1977**

Disusun Oleh :

DADANG SISWANTO, SH

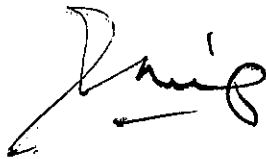
NIM: B.4A.098.015

Tesis telah dipertahankan di depan Dewan Penguji

Pada hari Senin, tanggal: **20- Mei-2002**

Tesis ini telah diterima sebagai persyaratan untuk
memperoleh gelar Magister Ilmu Hukum, pada Universitas Diponegoro
Semarang

Pembimbing :



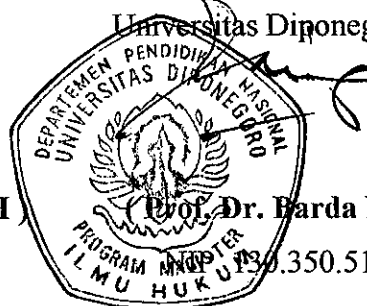
(Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH)

NIP. 130.350.519.

Mengetahui :

Ketua Program Magister Ilmu Hukum

Universitas Diponegoro Semarang



(Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH)

TESIS INI DIPERSEMBAHKAN PADA :

- *Universitas Diponegoro, almamater tercinta*
- *Istri dan anak-anaku yang terkasih*
- *Ibuku*

KATA PENGANTAR

Perkenankanlah pada kesempatan pertama dan utama ini, penulis mengucapkan puji syukur yang sedalam-dalamnya kepada Allah Swt, atas rahmat dan hidayahNYA, sehingga penulis dapat menyelesaikan tugas akhir, di bidang studi Ilmu Hukum dan Sistem Peradilan Pidana-Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang.

Penulis menyadari sepenuhnya, bahwa dalam rangka penyusunan Tesis yang berjudul : **Kebijakan Hukum Pidana dalam Mengantisipasi Pelanggaran-Pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM yang diatur Oleh Protokol Tambahan I dan II-1977**, banyak sekali pihak-pihak yang telah membantu, memberikan dorongan moril, materiil dan doa kepada penulis. Tanpa bantuan dan kepedulian mereka, penulis menyadari tidak akan dapat menyelesaikan tugas akhir ini.

Dalam kesempatan ini, ijinkanlah penulis menghaturkan terimakasih yang sedalam-dalamnya kepada :

1. **Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH**, selaku pembimbing dalam penulisan Tesis ini dan sebagai ketua Program Magister Ilmu Hukum (S2) Universitas Diponegoro. Beliau, berkenan memberikan kepercayaan pada penulis untuk menulis Tesis di bidang *Hukum Humaniter Internasional* dalam kajian *Kebijakan Hukum Pidana dan Hukum Pidana Internasional*. Beliau selaku pembimbing, dengan penuh kesabaran memberikan bimbingan dan tuntunan yang sangat berharga bagi kelancaran penulisan tesis ini. Di samping itu beliau juga berkenan memberikan bahan-bahan

atau materi yang sangat mendukung bagi penulisan tesis. Sekali lagi penulis haturkan rasa hormat dan terimakasih yang sedalam-dalamnya pada Beliau.

2. **Prof. Dr. Muladi, SH**, yang telah memberikan perkuliahan di bidang hukum dan Hak Asasi Manusia selama penulis menempuh jenjang pendidikan S2 selama ini.
3. **Prof. Ir. Eko Budihardjo, MSc.** Selaku Rektor Universitas Diponegoro yang telah memberikan ijin pada penulis untuk mengikuti pendidikan S2 ini.
4. **Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, SH**, ucapkan terimakasih ini penulis sampaikan dengan rasa hormat. Beliau yang telah memberikan cakrawala berfikir secara luas dalam menelaah suatu gejala dan perkembangan di Masyarakat.
5. **Prof. Dr. I.S. Susanto, SH.** Penulis mengucapkan banyak terimakasih yang sedalam-dalamnya, atas segala arahan pada waktu review Proposal maupun dalam perkuliahan beliau. Dari beliau penulis memperoleh metode berpikir secara kritis.
6. **Prof. Ronny Hanitijo Soemitro, SH**, yang telah memberikan arahan dan bimbingan di bidang metode penulisan tesis. Pada Beliau penulis haturkan banyak terimakasih.
7. **Kepada semua Dosen S2 UNDIP** yang telah memberikan ilmunya selama penulis menempuh pendidikan S2 di Undip.
8. **Yasin Tasyrif, SH.MH**, selaku Dekan Fakultas Hukum dan senior dalam Hukum Humaniter Internasional. Beliau telah memberikan bimbingan dan dorongan pada penulis untuk mengembangkan mata kuliah Hukum Humaniter Internasional, sejak pertamakali penulis diterima sebagai Dosen Fakultas Hukum.
9. **Sulaiman Nitiatma, SH.Mhum** pada waktu beliau masih menjabat sebagai ketua Jurusan Hukum Internasional. Beliau pertamakali yang memberikan kepercayaan

pada penulis untuk mengajar Hukum Pidana Internasional, sebagai mata kuliah yang baru pertamakali ada di Fakultas Hukum Undip tahun 1992.

10. **Kartini Sekartadji**, yang telah memberikan dorongan dan semangat pada penulis dalam menyelesaikan tesis ini. Beliau seringkali mengajak penulis untuk mendiskusikan materi-materi yang berkaitan dengan tesis dan memberikan klipping yang berguna bagi, kelancaran penulisan tesis ini.
11. **Eko Sopocono. SH.MH** yang telah membantu penulis untuk memandu Seminar Hasil-Hasil Penelitian, serta teman-teman yang telah berkenan hadir dalam Seminar tersebut.
12. **Kepada rekan-rekan Staff Pengajar Bagian Hukum Internasional**, yang telah memberikan dorongan dan doa bagi kelancaran penulisan tesis ini. Penulis sampaikan banyak terima kasih.
13. **Rina Ruhmana. SH.MH.** selaku staff ICRC di Jakarta yang telah berkenan mengirimkan bahan-bahan yang sangat berguna dalam penulisan tesis ini.
14. **Kepada Eko Sabar Prihatin, SH.MH. dan Budhiarto, SH.MH** selaku sekretaris Program S2 beserta staff administrasi yang telah membantu kelancaran studi penulis untuk menyelesaikan tesis ini.

Terimakasih diucapkan pula kepada rekan-rekan Angkatan XVII, khususnya pada **Fifiana Wisnaeni, Sri Setyowati, Mbak Ning, Dicki, Abdulah, Endang, Endah dan Untung**, serta **Adnan Lalu** dan tidak lupa **Pak Naryo**, yang telah bersama-sama menjalani suka dan duka menjalani pendidikan S2 di UNDIP. Tidak lupa diucapkan

terimakasih ini, saya sampaikan pada mantan mahasiswa bimbingan Skripsi penulis yaitu **sdri Diana Yashinta**, yang telah membantu mencarikan bahan-bahan di Jakarta.

Pada kesempatan yang berbahagia ini penulis menghaturkan terima kasih yang sedalam-dalamnya pada **ibu penulis**, yang telah memberikan doa restunya, sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis ini. Ucapan terimakasih ini penulis sampaikan juga pada adik-adik penulis dan keluarga besar penulis di Jomblang Barat yang telah membantu dan memberikan semangat untuk terselesaikannya tesis ini.

Secara khusus ucapan terimakasih ini disampaikan pada **Ita Rosita, Dita dan Ira** (istri dan anak-anak) yang tidak henti-hentinya memberikan doa dan dorongan moril demi berhasilnya penulisan tesis ini. Terimalah persembahan tesis ini sebagai ungkapan rasa sayang dan kebersamaan kita bersama Amien.

Akhir kata penulis, berharap agar tesis dengan segala kekurangannya, sekecil apapun dapat memberikan manfaat bagi para pembaca sekalian.

Semarang, 20 - Mei 2002

Dadang Siswanto, SH

DAFTAR ISI

	HALAMAN
HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PENGESAHAN.....	ii
HALAMAN PERSEMBAHAN.....	iii
KATA PENGANTAR	iv
DAFTAR ISI	viii
BAB. I. PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Penelitian	1
B. Permasalahan.....	8
C. Tujuan Penelitian.....	10
D. Manfaat Hasil Penelitan.....	11
E. Kerangka Pemikiran	11
F. Definisi Konsep	15
G. Metode Penelitian	16
H. Sistematikan Uraian	22
BAB. II. TINJAUAN PUSTAKA.....	23
A. Implementasi Perjanjian Internasional dalam Hukum Nasional... ..	23
B. Ruang lingkup dan Pengertian Kebijakan Hukum Pidana	37

C. Sejarah Perkembangan Hukum Perang/Sengketa Bersenjata (Hukum Humaniter Internasional).....	41
D. Pengertian dan Ruang Lingkup Pelanggaran-Pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM.....	61
E. Urgensi Pemerintah Indonesia terhadap Ratifikasi Protokol Tambahan I dan II-1977.....	69
F. Urgensi Kebijakan Hukum Pidana terhadap Ratifikasi Protokol Tambahan I-II-1977	81
BAB III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS.....	
A. Hubungan delik-delik KUHP dengan Pelanggaran –Pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM yang Diatur Oleh Protokol Tambahan I dan II-1977	85
A.1 Hubungan Delik-Delik KUHP dan Pelanggaran –Pelanggaran Berat yang Diatur Oleh Protokol Tambahan I-1977.....	85
1. Jenis-jenis Pelanggaran berat	85
2. Hubungan Delik-delik KUHP dengan Pelanggaran Pelanggaran Berat dalam Konvensi Jenewa 1949	91
3. Hubungan delik-delik KUHP dengan Pelanggaran berat yang diatur oleh Protokol Tambahan I –1977.....	110
A.2 Hubungan delik-delik KUHP dengan Pelanggaran HAM yang diatur dalam Protokol Tambahan II-1977	128
1. Jenis-jenis Pelanggaran HAM dalam Protokol Tambahan - II-1977..	130
2. Hubungan delik-delik KUHP dengan Pelanggaran Jaminan dasar dalam Protokol Tambahan II-1977.....	133

A.3. Pelanggaran-pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM Yang Diatur dalam Protokol Tambahan I dan II-1977 Sebagai Extra-Ordinary Crimes.....	147
B. Hubungan Pelanggaran-pelanggaran berat dan Pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol I dan II- dengan delik-delik dalam UU no 26 tahun 2000.....	155
1. Hubungan Hukum Humaniter Internasional dan HAM.....	155
2. Hubungan Kejahatan Genocide dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan dengan Kejahatan Perang dalam Konflik bersenjata internasional dan non internasional ..	163
(a) Hubungan Kejahatan Genocide dan kejahatan terhadap Kemanusiaan dengan kejahatan perang dalam konflik bersenjata internasional.....	165
(b) Hubungan kejahatan genocide dan kejahatan terhadap Kemanusiaan dengan kejahatan perang dalam konflik bersenjata non internasional.....	167
3. Hubungan kejahatan perang dengan kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide dalam praktek Peradilan Internasional Kejahatan Perang..	169
1. International Military Tribunal at Nuremberg 1946.....	169
2. International Military Tribunal Tokyo 1948.....	176
3. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia...	181
4. International Criminal Tribunal for the Rwanda.....	194

C. Kebijakan Hukum Pidana dalam Mengantisipasi Pelanggaran Pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM yang diatur Oleh Protokol Tambahan I dan II-1977.....	200
1 Fungsi Hukum Pidana	200
2. Kebijakan Hukum Pidana dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I dan II-1977.....	205
3 Kebijakan Hukum Pidana dalam Mengantisipasi Pelanggaran-pelanggaran berat dan Pelanggaran HAM di Indonesia.....	214
3.1.Kebijakan Hukum Pidana dalam UU No 39 tahun 1999 HAM.....	214
3.2 Kebijakan Hukum Pidana dalam UU No 26 tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM.....	221
3.3.Kebijakan Penegakan Hukum pidana terhadap Pelanggaran Ham berat di Timor Timur.....	234
3.4. Kebijakan Hukum Pidana tentang Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam beberapa KUHP Asing Dibandingkan dengan Delik-delik Dalam Undang-undang No 26 tahun 2000	246
a. KUHP Republik Demokrasi Jerman.....	248
b. KUHP Yugoslavia.....	257
c. Pelanggaran-pelanggaran bera dan Pelanggaran HAM Dalam Statute Rome 1998 tentang International Criminal Court.....	264
3.5. Kebijakan Hukum Pidana untuk mengkriminalisasikan Kejahatan Perang di masa Mendatang.....	269
C.Rangkuman Pembahasan.....	273

BAB IV: PENUTUP.....	277
A Kesimpulan	277
B Saran-Saran (Rekomendasi)	281

DAFTAR PUSTAKA

ABSTRAKSI

Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM sebagaimana yang diatur dalam Protokol Tambahan I dan II-1977, merupakan tindakan atau perbuatan yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang, baik dalam konflik bersenjata internasional maupun non internasional.

Kejahatan perang merupakan kejahatan internasional yang dikualifikasikan sebagai delik *jure gentium*, yang memungkinkan pelaku kejahatan perang dapat diadili oleh setiap negara dengan penerapan asas universal. Di samping itu sebagai delik *jure gentium*, kejahatan perang, termasuk di dalamnya kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan *genocide*, sebagai *extra ordinary crimes*, memungkinkan pelaku-pelaku kejahatan secara individual dapat dituntut dihadapan pengadilan internasional.

Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977, yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang ini, merupakan kejahatan yang tidak dapat dipidana berdasarkan delik-delik KUHP, sebagai delik *ordinary crimes*.

Kebijakan hukum pidana yang dilakukan pemerintah saat ini, terbatas hanya mengatur pelanggaran-pelanggaran HAM berat, pada masa damai, sebagaimana diatur dalam UU No 39 tahun 1999 tentang HAM dan UU No 26 tahun 2000. Dengan kata lain pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang tidak diatur dalam UU No 26 tahun 2000, sebab yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM terbatas pada kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan *genocide*.

Kebijakan hukum pidana di masa mendatang diharapkan dapat mengkriminalisasikan kejahatan perang, yang selama ini belum terjangkau di dalam hukum pidana, baik dalam KUHP maupun dalam UU no 26 tahun 2000.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian

Pemerintah Indonesia telah meratifikasi empat Konvensi Jenewa 1949 mengenai *Perlindungan Korban-korban Perang*, ratifikasi tersebut dilakukan melalui UU No 59/1958 tentang *Ratifikasi Konvensi-Konvensi Jenewa 1949*. Keempat Konvensi Jenewa 1949 mencakup pengaturan, tentang :

- (1) Konvensi Jenewa I- 1949 mengenai *Perbaikan Keadaan Yang Luka dan Sakit dalam Anggota Angkatan Perang di Medan Pertempuran Darat*;
- (2) Konvensi Jenewa II-1949 mengenai *Perbaikan Keadaan Anggota Angkatan Perang di Laut yang Luka dan Sakit dan Korban Karam* ;
- (3) Konvensi Jenewa III-1949 mengenai *Perlindungan Tawanan Perang*;
- (4) Konvensi Jenewa IV-1949 mengenai *Perlindungan Orang Sipil di Waktu Perang*.

Keempat Konvensi Jenewa 1949 disebut juga dengan nama "*Konvensi-Konvensi Palang Merah 1949*", yang berlaku sebagai perlindungan bagi korban-korban akibat sengketa bersenjata internasional maupun non internasional. Setelah berakhirnya perang dunia II ternyata ke empat Konvensi Jenewa 1949 , tidak dapat menjangkau permasalahan-permasalahan yang muncul sehubungan dengan perlindungan korban-

korban sengketa bersenjata. Permasalahan tersebut menurut **Henry Founier**¹, antara lain disebabkan karena :

- (1) Penggunaan senjata yang tidak mengenal diskriminatif dalam konflik bersenjata
- (2) Munculnya Gerakan-gerakan Pembebasan Nasional dalam upaya memperoleh kemerdekaan;
- (3) Penggunaan tentara bayaran (*mercenaries*) dalam konflik bersenjata;
- (4) Penggunaan tentara anak-anak;
- (5) Penduduk sipil ikut aktif dalam pertempuran bersenjata;
- (6) Penggunaan taktik dalam perang Gerilyawan;

Berdasarkan pada fakta-fakta tersebut di atas, maka pada tahun 1977 keempat Konvensi Jenewa 1949 dilengkapi dengan dua buah protokol tambahan pada Konvensi-Konvensi Jenewa 1949. Adapun ke dua protokol tambahan 1977 tersebut adalah :

1. Protokol Tambahan I-1977 mengenai Perlindungan terhadap Korban-Korban Akibat Sengketa Bersenjata Internasional (*Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts*);
2. Protokol Tambahan II-1977 mengenai Perlindungan terhadap Korban-Korban Akibat Konflik Bersenjata Non Internasional (*Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*).

Protokol Tambahan I dan II- 1977 merupakan peraturan atau instrumen internasional, yang membatasi penggunaan kekerasan senjata antara pihak-pihak yang bertikai, dalam konflik bersenjata Internasional maupun non internasional, agar

¹ **Henry Founier**, *Sejarah dan Sumber-Sumber Hukum Humaniter Internasional*, Course Materials on International Humanitarian Law, Jakarta, Kerjasama ICRC dengan PSHM FH Trisakti, 1996, hal 23.

dilaksanakan sesuai nilai-nilai kemanusiaan. Perlindungan korban-korban akibat konflik bersenjata meliputi ; perlindungan penduduk sipil, perlindungan angkatan bersenjata yang tidak mampu lagi melakukan perlawanan (*hors de combat*), dan perlindungan tawanan perang atau interniran.

Sengketa bersenjata internasional merupakan persengketaan bersenjata antara negara dengan negara, dan persengketaan antara "*people*" melawan "*colonial domination*", "*alien occupation*" dan "*racist regime.*" Lazimnya disebut sebagai "*War of National Liberation*", sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (4) Protokol Tambahan I-1977. Adapun sengketa bersenjata non internasional atau perang saudara (civil war), menurut Pasal 1 ayat (2) Protokol Tambahan II-1977 adalah :

.....Persengketaan antara angkatan bersenjata *pemerintah de jure* melawan pemberontak atau kelompok-kelompok bersenjata pemberontak lainnya yang terorganisir di bawah komandan yang bertanggungjawab, melaksanakan atas suatu bagian dari wilayahnya, sehingga memungkinkan mereka melaksanakan operasi-operasi militer secara terus menerus (*sustained*) dan yang teratur baik (*concerted*) dan memungkinkan mereka melaksanakan Protokol ini.

Kedua Protokol tambahan tersebut belum diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia, meskipun *draf ratifikasi* kedua protokol tersebut telah diajukan pada DPR sejak tahun 2000. Prinsipnya pemerintah Indonesia akan meratifikasi kedua Protokol Tambahan 1977, sebagaimana tercantum pada "*Agenda Rencana Aksi Nasional Hak-Hak Asasi Manusia di Indonesia tahun 1998-2003*", dengan menempatkan kegiatan ratifikasi Konvensi-Konvensi Internasional di bidang Hak-Hak Asasi Manusia dan Hukum Humaniter, sebagai salah satu prioritas utama kegiatan di bidang HAM.

Agenda Aksi Nasional Hak-Hak Asasi Manusia Indonesia tahun 1998-2003 tersebut, didasarkan pada Keputusan Presiden No 129 tahun 1998 tentang "*Rencana Aksi Nasional Hak-Hak Asasi Manusia Indonesia*"

Adapun sumber Hukum Humaniter Internasional meliputi (1) Konvensi-Konvensi Jenewa 1949, yang mengatur perlindungan korban-korban akibat konflik bersenjata; (2) Protkol Tambahan I dan II-1977. Di samping ketentuan lain seperti, *Konvensi Den Haag 1907 tentang Tata Cara Perang, Konvensi Den Haag 1954 tentang Perlindungan Benda-Benda Budaya dalam Konflik Bersenjata, Konvensi tentang Larangan Penggunaan Senjata Konvensional Tertentu 1980 dan Konvensi tentang Larangan Penggunaan Senjata Kimia 1993*. Ketentuan-ketentuan tersebut dimaksudkan untuk memberikan perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia pada masa konflik bersenjata.

Selanjutnya hubungan bangsa Indonesia dengan bangsa lain, sebagai anggota masyarakat hukum internasional tidak terbatas pada hubungan di bidang ekonomi, politik dan teknologi saja., namun mencakup hubungan antara hukum nasional dengan hukum internasional. Dalam hubungan tersebut seringkali terjadi konflik antara hukum nasional dengan hukum internasional, yang disebabkan asas-asas ataupun prinsip-prinsip dalam hukum internasional bertentangan dengan asas-asas dalam hukum nasional, namun adanya konflik tersebut tidak berarti suatu negara tidak mengakui eksistensi hukum internasional. Negara dapat mengadopsi prinsip-prinsip hukum internasional ke dalam hukum nasional, yang disesuaikan dengan nilai-nilai idiologi

bangsa Indonesia yaitu Pancasila, sebagaimana dikemukakan **Muladi**² sebagai berikut :

“Adopsi terhadap hal-hal positif yang terjadi di lingkungan internasional tidak dilakukan dengan serta merta, namun selalu diadaptasikan kepada nilai-nilai yang bersumber pada idiologi bangsa yaitu Pancasila”

Berkaitan dengan hal tersebut tindakan untuk meratifikasi kedua Protokol Tambahan I dan II-1977, merupakan adopsi instrumen hukum internasional ke dalam hukum nasional., melalui ratifikasi instrumen-instrumen internasional di bidang HAM, diharapkan dapat menunjang kebijakan pembangunan hukum nasional yang sesuai dengan norma-norma internasional. Di samping itu sesuai dengan *himbauan* yang disampaikan oleh Komisi Tinggi HAM Perserikatan Bangsa-Bangsa, bulan Desember 1977, dengan mengingat hasil Konperensi Hak-Hak Asasi Manusia 1993, khususnya “*Vienna Declaration and Programme of Action*” (VDPA), direkomendasikan bagi setiap negara untuk secara terpadu memperluas ratifikasi dan akses terhadap instrumen –instrumen internasional tentang HAM dan Protokol-Protokolnya.³

Selanjutnya yang dimaksud dengan **pelanggaran-pelanggaran berat** (*grave breaches*) adalah tindakan-tindakan yang dikategorikan sebagai pelanggaran – pelanggaran berat dalam Konvensi-Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977 yang berlaku dalam sengketa/ konflik bersenjata internasional. Sedangkan yang

² **Muladi**, *Proyeksi Hukum Pidana Material Indonesia di Masa Mendatang*. Pidato Pengukuhan diucapkan pada Peresmian Jabatan Guru Besar dalam Mata pelajaran Ilmu Hukum Pidana, Fakultas Hukum Undip, Semarang, tanggal 24 Februari 1980, Halm 4.

³ Lihat **Harry P Haryono**, *Ratifikasi Protokol I Konvensi Jenewa 1949 Dilihat dari Aspek Politik Luar Negeri*, Makalah dalam Semiloka Hukum Humaniter Internasional dan Pengadilan Pidana Internasional di Masa Depan, Jakarta, Kerjasama Depkundang dan ICRC, , tanggal 7-8-2-2000, Halm 13.

dimaksud dengan **pelanggaran HAM** adalah pelanggaran “jaminan-jaminan dasar” yang diatur dalam Pasal 3 common article Konvensi –Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977, dalam konflik bersenjata non internasional.

Pelanggaran-pelanggaran berat dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I dan II -1977 dikualifikasikan sebagai *kejahatan perang*, sebagaimana ditegaskan dalam **Article 8 Statute Rome 1998**. Dikualifikasikannya pelanggaran berat dan pelanggaran HAM sebagai kejahatan perang, didasarkan pemikiran bahwa pelanggaran –pelanggaran berat dan HAM berat yang terjadi pada masa konflik bersenjata, merupakan perbuatan yang bertentangan dengan prinsip keseimbangan antara **asas kepentingan militer** dengan **asas kemanusiaan**, yang diakui sebagai hukum kebiasaan perang

Tindakan-tindakan yang harus diambil oleh *Pihak Peserta Agung*, berkaitan dengan penindakan pelanggaran –pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, adalah :⁴

- (1) Menetapkan undang-undang yang diperlukan untuk memberi sanksi pidana efektif terhadap orang-orang yang melakukan atau memerintahkan salah satu pelanggaran berat;
- (2) Mencari orang-orang yang disangka melakukan atau memerintahkan pelanggaran-pelanggaran berat; dan
- (3) Mengadili orang-orang tersebut tanpa memandang kebangsaannya;
- (4) Apabila dikehendaki dan disesuaikan dengan undang-undang nasionalnya untuk mengekstradisikan terhadap orang-orang yang melakukan dan memerintahkan melakukan pelanggaran-pelanggaran berat;

⁴ Lihat Psl 49 Konvensi I, Psl 50 Konvensi II, Psl 129 Konvensi III dan Psl 146 Konvensi IV-1949 serta Psl 80 Protokol Tambahan I-1977.

- (5) Mengambil tindakan-tindakan yang diperlukan untuk memberantas selain pelanggaran-pelanggaran berat, yaitu setiap pelanggaran terhadap Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977.

Kewajiban-kewajiban tersebut harus dilaksanakan oleh setiap negara, sebagai upaya perlindungan HAM pada masa sengketa bersenjata, khususnya untuk menindak pelaku –pelaku pelanggaran –pelanggaran berat dan pelanggaran HAM. Salah satu kewajiban mendasar berkaitan dengan kewajiban tersebut adalah mengkriminalisasikan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam hukum nasional. Di samping menindak atau mengadili pelaku-pelaku pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM secara nasional, berdasarkan pada hukum nasionalnya.

Kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam hukum nasional dimaksudkan sebagai tindakan antisipasi terjadinya kejahatan perang atau pelanggaran serius hukum humaniter internasional di Indonesia., serta untuk lebih memberikan jaminan kepastian hukum dalam mengantisipasi kemungkinan timbulnya gerakan-gerakan pemberontak (*separatis*) di wilayah-wilayah yang mempunyai potensi timbulnya gerakan separatis. Selanjutnya mengingat negara kita adalah negara hukum maka untuk menjamin kepastian hukum, pada dasarnya nilai instrumental tersebut harus tertuang secara tertulis dalam ketentuan perundang-undangan. Tindakan pencegahan atau antisipasi pelanggaran-pelanggaran berat, dilakukan melalui hukum dan perundang-undangan HAM. dan perlindungan HAM harus dilakukan dimasa damai ataupun dimasa sengketa bersenjata, mengingat tujuan hukum humaniter internasional adalah memanusiakan manusia dalam setiap kekerasan bersenjata.

Berdasarkan pada pemikiran-pemikiran tersebut dipandang perlu untuk diteliti bagaimanakah konsistensi bangsa Indonesia dalam mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM di dalam hukum nasionalnya.

B. Permasalahan

Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM sebagaimana diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977, merupakan pelanggaran HAM yang dilakukan pada masa sengketa bersenjata, baik internasional maupun non internasional. Perbuatan-perbuatan tersebut merupakan kejahatan internasional, khususnya kejahatan perang. Kewajiban negara yang telah meratifikasi kedua Protokol Tambahan 1977 tersebut adalah mengimplementasikan ketentuan-ketentuan hukum internasional ke dalam hukum nasionalnya. Salah satu bentuk implementasi ini adalah kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM ke dalam undang-undang nasionalnya. Sesuai dengan hal tersebut dalam hukum pidana positif (KUHP) secara garis besar mengatur perlindungan HAM berupa perlindungan terhadap nyawa, harta benda dan kehormatan yang dirumuskan dalam delik-deliknya. Namun Delik-delik KUHP ini tidak secara eksplisit ditentukan apakah delik-delik KUHP ini dapat diberlakukan pada masa sengketa bersenjata atau masa damai. Dalam arti dimaksudkan untuk mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang dikualifikasikan sebagai delik kejahatan perang.

Berbeda dengan delik-delik dalam Protokol Tambahan I dan II-1977, secara tegas diberlakukan pada masa sengketa bersenjata internasional maupun non internasional.

Di samping itu tujuan dari pengaturan dalam kedua Protokol Tambahan I dan II adalah membatasi dan mengatur hak dan kewajiban para pihak dalam pertikaian bersenjata internasional dan non internasional., sebagai upaya mencegah terjadinya korban-korban di kalangan penduduk sipil akibat timbulnya konflik bersenjata.

Sehubungan dengan uraian-uraian tersebut, maka dalam penulisan Tesis ini diajukan permasalahan sebagai berikut :

- 1. Apakah pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam Protokol Tambahan I dan II-1977 dapat dipidana berdasarkan delik-delik dalam KUHP ?**
- 2. Bagaimanakah hubungan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam Protokol Tambahan I dan II-1977 dengan delik-delik dalam UU No 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM?**
- 3. Bagaimanakah kebijakan hukum pidana dalam mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977 ?**

Berkaitan dengan ketiga permasalahan di atas yang masih terlalu umum, maka dalam pembahasan selanjutnya, perlu dipertegas hal-hal yang bersifat membatasi permasalahan tersebut secara jelas, yaitu sebagai berikut :

Pada permasalahan pertama : Pembahasannya dilakukan dengan mengkaji hubungan antara delik-delik KUHP dengan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur dalam Protokol Tambahan I dan II-1977.

Permasalahan kedua : pembahasannya dilakukan dengan mengkaji hubungan pelanggaran-pelanggaran berat yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang dengan delik-delik pelanggaran HAM berat dalam UU No 26 tahun 2000 berupa kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide. Lebih lanjut dalam tahap ini dianalisis praktek-praktek dari peradilan Internasional yang mengadili pelaku pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977. Pembahasan ini dimaksudkan untuk mengkaji hubungan antara kejahatan perang dengan kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide.

Permasalahan ketiga, menekankan pada tahap formulasi atau kebijakan legislatif yang berkaitan dengan implementasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977 ke dalam hukum nasional. Dalam tahap ini akan dianalisis apakah rumusan delik-delik dalam UU no 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM merupakan implementasi dari Protokol Tambahan I dan II -1977 yang mengatur pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam konflik bersenjata internasional maupun non internasional. Serta dibandingkan dengan beberapa KUHP Asing yang mengatur tentang pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, serta dibandingkan dengan Statute Rome 1998 .

C. Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan untuk :

1. Menganalisis apakah delik-delik dalam KUHP dapat digunakan untuk memidana pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol tambahan I dan II-1977.

2. Menganalisis hubungan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II –1977 dengan delik-delik dalam UU No 26 tahun 2000.
3. Menganalisis dan mengembangkan kebijakan hukum pidana dalam mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977.

D. Manfaat Penelitian

Manfaat yang diharapkan dari penelitian ini adalah :

1. Secara praktis penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat untuk menambah dan melengkapi informasi tentang pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977;
2. Secara akademis penelitian ini diharapkan dapat menyumbangkan pemikiran bagi perkembangan pemahaman hukum, terutama dalam pemahaman hubungan hukum humaniter internasional dan hukum pidana internasional dengan hukum pidana nasional.

E. Kerangka Pemikiran

Bangsa Indonesia sebagai bagian dari masyarakat internasional, mempunyai komitmen untuk ikut memelihara ketertiban dan perdamaian dunia. Komitmen tersebut dinyatakan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, Alinea IV sebagai berikut :

“..... dan untuk memajukan kesejahteraan umum , mencerdaskan kehidupan bangsa dan untuk melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka...”

Sesuai dengan komitmen tersebut pemerintah Indonesia telah bertekad mewujudkan *Agenda Rencana Aksi Nasional Hak –Hak Asasi Manusia di Indonesia tahun 1998-2003*, yaitu memprioritaskan kegiatan ratifikasi konvensi-konvensi internasional di bidang HAM dan Hukum Humaniter Internasional. Di samping itu pemerintah Indonesia bertekad untuk mengadli pelaku-pelaku pelanggaran HAM sebagai kejahatan internasional.

Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II- 1977 merupakan kejahatan HAM yang berat yang dilakukan selama berlangsungnya *konflik bersenjata Internasional maupun non internasional* (internal). Pelanggaran berat dan pelanggaran HAM ini dikualifikasikan sebagai kejahatan perang (*war crimes*) yang dapat diadili melalui pengadilan nasional maupun pengadilan internasional. Kejahatan perang merupakan kejahatan internasional, yang sebagai *extra ordinary crimes*, berbeda dengan delik KUHP sebagai *ordinary crimes*.

Proses awal dari tahap implementasi perjanjian internasional ke dalam hukum nasional adalah melalui tahap *ratifikasi* (pengesahan). Ratifikasi perjanjian internasional dilakukan melalui pembentukan undang-undang nasional, sebagai dasar diberlakukannya ketentuan hukum internasional ke dalam hukum nasional. Selanjutnya dalam kaitannya dengan implementasi perjanjian internasional ke dalam hukum nasional (pidana) pada hakekatnya perlu dilakukan kriminalisasi.

Kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, dimaksudkan untuk mengancam pidana terhadap perbuatan-perbuatan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, yang

diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977. Dengan kata lain perbuatan-perbuatan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran –pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dijadikan tindak pidana dalam hukum nasional. Kewenangan untuk mengancam dan menerapkan sanksi pidananya, sepenuhnya merupakan kewenangan legislatif dalam hukum nasional masing-masing negara. Hal ini sesuai dengan karakteristik Hukum Pidana internasional dalam *arti memberikan kewenangan pada hukum pidana nasional, untuk meniadak terhadap terhadap pelaku-pelaku kejahatan internasional, melalui ketentuan hukum pidana nasionalnya.*

Meskipun kedua Protokol Tambahan 1977 belum diratifikasi oleh pemerintah Indonesia, bukan berarti pemerintah Indonesia dapat mengesampingkan berlakunya kedua protokol tambahan tersebut, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional. Di samping itu mengingat ketentuan dalam Protokol Tambahan I dan II-1977 merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Konvensi-Konvensi Jenewa 1949 yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia. maka seharusnya perlu dilakukan kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam hukum pidana di Indonesia., sebagai upaya penegakan hukum terhadap pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977.

Berbicara penegakan hukum, maka proses penegakan hukum ini merupakan perwujudan dari kebijakan hukum pidana yang dilakukan dalam tiga tahap yaitu :

1. Tahap formulasi yaitu penetapan sanksi pidana oleh pembuat undang-undang melalui tindakan di bidang legislatif terhadap perbuatan-perbuatan yang dilarang ;
2. Tahap yudikatif atau aplikatif yaitu tahap penjatuhan pidana oleh pengadilan;
3. Tahap pelaksanaan pidana oleh aparat eksekusi pidana;

Di antara ke tiga tahap di atas, dimintakan perhatian yang lebih besar pada tahap pertama, yaitu tahap *formulasi atau tahap kebijakan legislatif* Tahap ini merupakan tahap startegis untuk dirumuskan mengenai perbuatan apa yang diancam pidana, penentuan mengenai orang yang dapat dikenakan sanksi pidana dan penentuan mengenai berat ringannya sanksi pidana. Di samping itu dalam tahap formulasi ini harus mengingat tujuan pemidanaan itu sendiri..

Implementasi perjanjian internasional yang telah diratifikasi maupun perjanjian internasional yang belum diratifikasi , merupakan wujud penegakan hukum dalam tahap formulasi atau penegakan hukum *in abstracto*. Penegakan hukum terhadap ketentuan perundang-undangan, pada dasarnya merupakan perwujudan dari perlindungan sosial (*social defence*), untuk mewujudkan masyarakat yang adil dan sejahtera.

Selanjutnya dalam hubungannya dengan perlindungan masyarakat akibat kejahatan perang (pelanggaran HAM) harus dilihat dari konteks hukum internasional, artinya kejahatan perang merupakan pelanggaran HAM dalam konflik bersenjata internasional maupun non internasional, sebagai pelanggaran hukum internasional. Karakteristik delik-delik KUHP yang berbeda dengan karakteristik delik-delik pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-

1977. sebagai kejahatan internasional, yang memungkinkan pelaku kejahatan tersebut dapat diadili secara internasional. Di samping itu pelanggaran berat dan HAM sebagai *extra ordinary crimes*, yang memungkinkan dapat dikesampingkannya prinsip-prinsip fundamental dalam hukum pidana, sebagai upaya mengadili pelaku kejahatan perang.

Sesuai dengan uraian-uraian tersebut, maka ratifikasi dan kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh kedua protokol tambahan 1977 tersebut adalah sangat penting untuk mendapatkan perhatian. Tujuannya agar peraturan perundang-undangan pidana di Indonesia lebih antisipatif terhadap perkembangan hukum internasional, khususnya untuk perlindungan hak-hak asasi manusia dalam situasi konflik bersenjata internasional maupun non internasional.

Implementasi Protokol Tambahan I dan II-1977 tanpa diikuti dengan kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, maka tidak akan ada penegakan hukum terhadap pelaku-pelaku pelanggaran HAM.

G. Definisi Konsep

Dalam penelitian ini yang dimaksud dengan :

1. **Kebijakan Hukum Pidana** adalah bagaimanakah mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundang-undangan pidana yang baik, atau mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan masa yang akan datang;
2. **Pelanggaran-Pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM** adalah perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh ke empat Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol

Tambahan I dan II-1977, serta dikualifikasikan sebagai kejahatan perang (*war crimes*)

3. **Protokol Tambahan I-1977** adalah "*Additional Protocol to the Geneva Convention of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict*".
4. **Protokol Tambahan II-1977** adalah "*Additional Protocol to the Geneva Convention of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of Non International Armed Conflicts*"

H. Metode Penelitian

1. Metode Pendekatan

Masalah pokok dalam penelitian ini adalah masalah kebijakan legislatif dalam arti perlukah dilakukan kriminalisasi dalam mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977 pada masa sengketa bersenjata Internasional maupun non internasional.

Berkaitan dengan hal tersebut, maka pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan yang bersifat *yuridis normatif*. Penelitian hukum normatif merupakan penelitian kepustakaan yaitu penelitian terhadap data sekunder. Berkaitan dengan penelitian hukum ini, menurut **Ronny Hanitijo Soemitro**,⁵ dikemukakan sebagai berikut :

Pada hakekatnya bila orang menyebut penelitian hukum, maka biasanya yang dimaksud adalah penelitian hukum normatif, yaitu penelitian terhadap hukum dengan menggunakan metode pendekatan, teori/konsep dan metode analisis

⁵ **Ronny Hanitijo Soemitro**, *Peran Metodologi Dalam Pengembangan Ilmu Hukum*, Masalah-Masalah Hukum, Majalah FH.Undip, No 5-1992, ISSN No 0126-1389, Halm 35.

yang termasuk dalam disiplin ilmu hukum normatif.

Lebih lanjut dikemukakan bahwa dalam penelitian hukum normatif terdapat 5 tipe penelitian normatif yaitu : (1) penelitian inventarisasi hukum positif, (2) penelitian untuk menemukan asas-asas hukum serta penelitian asas-asas hukum (3) penelitian hukum klinis atau penelitian atau penelitian untuk menemukan hukum *in-concreto*; (4) penelitian terhadap sistematis intern dari perundang-undangan hukum positif; (5) penelitian terhadap tahap sinkronisasi vertikal dan horisontal dari peraturan perundang-undangan hukum positif.

Sesuai dengan pendapat tersebut, menurut **Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji**, dikemukakan sebagai berikut :⁶

“Penelitian hukum normatif atau kepustakaan mencakup : (1) penelitian terhadap asas-asas hukum; (2) penelitian terhadap sistematika hukum; (3) penelitian taraf sinkronisasi vertikal dan horisontal; (4) perbandingan hukum; (5) sejarah hukum”

Selanjutnya dalam penelitian terhadap data sekunder ini diawali dengan melakukan penelitian terhadap sinkronisasi asas-asas hukum yang tercantum dalam instrumen hukum Internasional yaitu Konvensi-Konvensi Jenewa 1949 dan kedua Protokol Tambahan I dan II-1977, dikaitkan dengan hukum pidana positif.

Lebih lanjut dilakukan penelitian terhadap **sistematik hukum** yaitu dengan melakukan identifikasi delik-delik dalam Protokol Tambahan I dan II-1977 tentang Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang dibandingkan dengan delik-delik dalam KUHP dan ketentuan lain dalam hukum nasional yang berkaitan dengan pelanggaran berat dan pelanggaran Ham.

⁶ **Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji**, *Penelitian Hukum Normati*, CV Rajawali, Jakarta, 1985, hal 15.

Di samping itu juga dilakukan **inventarisasi hukum positif** yang berkaitan dengan pengaturan tentang pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, yang selanjutnya dilakukan penelitian taraf sinkronisasi intern dari perundang-undangan hukum positif.

Selanjutnya dalam penelitian normatif ini digunakan pula pendekatan *yuridis historis* yaitu untuk mengkaji atau menganalisis legal spirit dari ketentuan- ketentuan hukum internasional maupun hukum nasional, yang berkaitan dengan kebijakan hukum pidana dalam mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM. Di samping itu digunakan pula pendekatan *yuridis komparatif* untuk membandingkan ketentuan-ketentuan dalam KUHP Asing maupun Statute Roma 1998 yang berkaitan dengan pengaturan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, dibandingkan dengan ketentuan dalam hukum nasional di Indonesia.

2 Jenis dan Sumber Data

Penelitian ini dititik beratkan pada studi kepustakaan, sehingga data sekunder atau bahan pustaka lebih diutamakan dri pada data primer. Data sekunder yang diteliti adalah sebagai berikut :

(1) Bahan Hukum Primer yaitu bahan hukum yang mengikat terdiri dari :

- a. Sumber –sumber hukum internasional, yang berkaitan dengan pengaturan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM pada masa sengketa bersenjata internasional maupun non internasional (internal) yang terdiri dari :

- Pernjanjian-perjanjian internasional atau *treaty*

- Perjanjian-perjanjian internasional yang mengikat negara-negara dan yang menimbulkan kaidah hukum bagi masyarakat internasional (*law making treaty*);
 - Hukum kebiasaan internasional yang merupakan kebiasaan umum dan diterima sebagai hukum, khusus hukum kebiasaan yang berlaku dalam konflik bersenjata ;
 - Asaa-asas umum hukum atau prinsip-prinsip hukum umum;
 - Dokrin-dokrin atau pendapat para ahli hukum, baik para pakar hukum humaniter internasional, pakar hukum pidana dan pakar hukum pidana internasional;
 - Putusan-putusan pengadilan yang berkaitan dengan pemidanaan terhadap pelaku-pelaku pelanggaran berat dan pelanggaran HAM pada masa sengketa bersenjata;
- (b) Peraturan-peraturan per undang-undangan yang berkaitan dengan perlindungan HAM khususnya pada masa konflik bersenjata internasional maupun non internasional.
- (c) Peraturan hukum per undang-undangan hukum pidana yang berkaitan dengan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM.
- (d) Review Hukum Humaniter Internasional.

(2) **Bahan Hukum Sekunder**, yaitu bahan yang memberikan penjelasan tentang bahan hukum primer, antara lain berupa :

- a. Tulisan-tulisan atau pendapat pakar hukum internasional, khususnya pakar

- hukum humaniter internasional, termasuk pakar hukum pidana internasional;
- b. Tulisan atau pendapat pakar hukum pidana mengenai pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM;
 - c. Rancangan KUHP tahun 2000;
 - d. Statute International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia 1993, Statute Internasional Criminal for the Rwanda 1994, dan Statute Roma 1998 tentang International Criminal Court.
- (3) **Bahan Hukum Tersier** yang memberikan informasi lebih lanjut mengenai bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder antara lain yaitu :
- a. Ensiklopedia Indonesia;
 - b. Kamus Hukum;
 - c. Kamus bahasa Inggris-Indonesia;
 - d. Berbagai majalah hukum ;

3. Teknik Pengumpulan Data

Sehubungan dengan jenis data yang diutamakan dalam penelitian ini yaitu data sekunder, maka teknik pengumpulan data dilakukan melalui cara :

(1) *studi kepustakaan*

(2) *studi dokumenter.*

Selanjutnya dalam penelitian kepustakaan ini, asas-asas , konsepsi-konsepsi , pandangan-pandangan, doktrin-doktrin hukum serta isi kaidah hukum diperoleh melalui dua referensi utama yaitu :

- a. Bersifat umum: buku-buku, teks, ensiklopedia dan review

b. Bersifat khusus: Jurnal, laporan hasil penelitian, terbitan berkala dan lain-lain.

Adapun Studi dokumen sebagai sarana pengumpulan data ditujukan pada dokumen resmi pemerintah yang termasuk kategori dokumen yang dapat dipercaya, dibandingkan dengan dokumen lain. Dalam hal ini dokumen dibidang hukum internasional maupun dokumen bidang hukum nasional.

4. Analisis Data

Data-data yang bersifat teoritis dalam bentuk asas-asas, konsepsi-konsepsi, pandangan-pandangan pakar hukum, serta isi kaidah hukum internasional maupun hukum nasional akan dianalisis secara *kualitatif*, dengan menguraikan secara *deskriptif dan perspektif*. Analisis *deskriptif dan perspektif* ini bertitik tolak dari analisis *yuridis sistematis* yang pendalamannya dikaitkan dengan analisis *yuridis historis* dan *yuridis komparatif*.

Analisis yuridis historis, digunakan untuk mengkaji secara historis mengenai kebijakan hukum pidana selama ini, yang digunakan sebagai dasar penegakan hukum bagi pelanggaran –pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam hukum internasional dan hukum nasional.

Analisis yuridis Komparatif digunakan untuk membandingkan kebijakan legislatif negara-negara dalam melakukan kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam ketentuan hukum pidananya.

Analisis yuridis perspektif digunakan untuk mengkaji mengenai kebijakan hukum pidana yang akan digunakan dalam mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam hukum pidana.

I. Sistematika Uraian

Setelah **Bab I tentang Pendahuluan**, selanjutnya **Bab II Tentang Tinjauan Pustaka**; Mengingat permasalahan yang diteliti berkaitan dengan implementasi perjanjian internasional ke dalam hukum nasional, khususnya Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Instrumen hukum internasional yaitu Protokol Tambahan I dan II-1977, maka **Tinjauan Pustaka** ini diawali dengan sub A. Implementasi Perjanjian Internasional dalam Hukum Nasional; Sub B Pengertian dan Ruang Lingkup Kebijakan Hukum Pidana; Sub C. Sejarah Perkembangan Hukum Perang atau Hukum Sengketa bersenjata (Hukum Humaniter Internasional); Sub D. Pengertian dan Ruang lingkup Pelanggaran-pelanggaran Berat (*grave breaches*) dan Pelanggaran HAM; Sub E. Urgensi Pemerintah Indonesia terhadap Ratifikasi Protokol Tambahan I dan II-1977; Sub F. Urgensi Kebijakan Hukum Pidana dalam Mengantisipasi Pelanggaran-Pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM.

Bab III Hasil Penelitian Dan Analisis terdiri dari : Sub A. Hubungan Delik-Delik KUHP dengan Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977; Sub B Hubungan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dengan delik-delik dalam UU No 26 Tahun 2000 . Sub C. Kebijakan Hukum Pidana dalam mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol tambahan I dan II-1977. Sub. D Rangkuman Pembahasan.

Bab IV Penutup yang berisi Sub A, Kesimpulan dan Sub B Saran-saran atau Rekomendasi.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Implementasi Hukum Internasional Dalam Hukum Nasional

1. Hubungan Hukum Internasional dan Hukum Nasional

Membahas implementasi perjanjian internasional ke dalam hukum nasional, maka, lebih dahulu diketahui kedudukan atau keberadaan hukum internasional dalam hukum nasional, atau merupakan pengakuan hukum nasional terhadap berlakunya asas-asas, kaidah-kaidah atau ketentuan-ketentuan hukum internasional. Secara historis ada dua pandangan mengenai hakekat berlakunya hukum internasional yaitu pandangan dari *Voluntarisme* dan *Objectivisme*

Menurut pandangan *voluntarisme* hakekat dan berlakunya hukum internasional adalah didasarkan pada ada atau tidaknya **kemauan negara** untuk tunduk pada hukum internasional. Jadi ada atau tidaknya hukum internasional, semata-mata didasarkan pada ada atau tidaknya kemauan negara untuk mengikatkan diri pada ketentuan hukum internasional. *Voluntarisme* ini melihat bahwa yang dimaksud hukum internasional adalah semata-mata merupakan perjanjian internasional. saja, sebab perjanjian internasional berlaku, apabila lebih dahulu adanya persetujuan dari negara. Padahal dalam hukum internasional terdapat pula hukum kebiasaan internasional dan asas-asas umum hukum, yang berlakunya tidak harus ada atau tidaknya persetujuan dari negara.

Berbeda dengan pandangan *voluntarisme* tersebut, menurut pandangan *objectivisme*, dikemukakan bahwa hakekat *berlakunya hukum internasional adalah terlepas*

dari ada atau tidaknya kemauan negara untuk tunduk pada ketentuan hukum internasional. Akibat perbedaan kedua pandangan ini, maka menimbulkan dua sudut pandang yang berbeda tentang **hubungan hukum internasional dan hukum nasional**. Pandangan *voluntarisme* melihat hukum internasional dan hukum nasional merupakan dua sistem hukum yang hidup berdampingan dan terpisah satu sama lainnya, sebagaimana dikemukakan oleh kaum *voluntaris* sebagai berikut :

*'International law and national law are two separate, mutually independent legal order that regulate quite different matters and have quite different sources''*⁷

Pandangan *voluntaris* dalam melihat hubungan hukum internasional dengan hukum nasional tersebut, dikenal dengan pandangan "*dualisme*" Akibat dari pandangan tersebut, menurut *dualisme* agar hukum internasional dapat berlaku dalam hukum nasional, maka hukum internasional ini harus *ditransformasikan* lebih dahulu ke dalam hukum nasional dan berubah menjadi hukum nasional. Menurut pandangan *dualisme*, hukum internasional yang telah ditransformasikan ke dalam hukum nasional, maka hukum internasional tersebut sudah tidak ada lagi, karena telah berubah menjadi hukum nasional.⁸

Selanjutnya menurut sudut pandang *objectivisme*, hubungan antara hukum nasional dengan hukum internasional, merupakan dua bagian dari satu sistem hukum. Berlakunya hukum internasional ke dalam hukum nasional terlepas dari ada atau tidaknya kemauan negara. Ada dan tidaknya hukum bukan didasarkan pada kemauan negara, melainkan kemauan manusia dalam usaha mempertahankan hidup dan mencapai tujuan hidup itu

⁷ Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Edition, revise and edited by W. Tucker, Maryland: Holt, Rinehart and Winston, Inc. 1967, halm 553.

⁸ Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional Bag. I* Bandung, Bina cipta, 1984, halm 53 .

sendiri.⁹ Pandangan ini dikenal dengan pandangan *monisme*. Akibat dari pandangan monisme dalam melihat hubungan hukum internasional dengan hukum nasional merupakan dua perangkat dari kesatuan sistem hukum. Dalam hubungan tersebut menimbulkan hubungan *hierakhi* antara hukum internasional dengan hukum nasional. Dari sudut pandang tersebut, maka dalam hubungan *hierarkhi* antara hukum internasional dengan hukum nasional tersebut, menimbulkan dua teori yang berbeda yaitu (1) *Monisme dengan primat hukum nasional* dan (2) *Monisme dengan primat hukum internasional*.

Ad. 1. Monisme dengan primat hukum nasional

Menurut pandangan *teori monisme dengan primat hukum nasional*, kedudukan hukum nasional adalah lebih tinggi dari hukum internasional. Hukum internasional tidak lain sebagai hukum nasional untuk urusan luar negeri (*auszeres staatrecht*). Hal ini didasarkan pandangan bahwa hukum internasional bersumber pada hukum nasional. Alasan yang mendasari teorinya yaitu : (a) tidak ada satupun organisasi di atas negara-negara yang mengatur kehidupan negara-negara di dunia; (b) dasar dari hukum internasional yang mengatur hubungan-hubungan internasional, terletak sepenuhnya pada kewenangan negara untuk mengadakan perjanjian internasional (kewenangan konstitusional).

Kelemahan mendasar dari pandangan monisme dengan primat hukum nasional ini, yaitu masih menganggap bahwa adanya hukum internasional tergantung pada ada atau tidaknya kemauan negara dalam pembuatan perjanjian internasional. Padahal dalam kenyataannya, suber hukum internasional tidak semata-mata didasarkan pada perjanjian

⁹ Lihat Frans.E. Likadja dan Daniel Frans Bessie, *Desain Instruksional Dasar Hukum Internasional*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1985, halm 59 dan Lihat pula Mocktar Kusumaatmadja, *Opcit*, halm 56.

internasional saja, melainkan juga bersumber pada hukum kebiasaan internasional yang berlakunya tidak harus memerlukan persetujuan atau pengakuan negara.

Ad. 2. Monisme dengan primat hukum internasional

Pandangan teori ini, adalah berlawanan dengan teori monisme dengan primat hukum nasional. Menurut monisme dengan primat hukum internasional, melihat bahwa kedudukan hukum internasional adalah lebih tinggi dari hukum nasional. Hukum nasional bersumberkan pada hukum nasional, sehingga kedudukan hukum nasional adalah di bawah hukum internasional. Selanjutnya menurut pandangan teori ini, hakekat berlakunya hukum nasional adalah didasarkan pada suatu "pendelegasian" wewenang dari hukum internasional. Dalam arti kewenangan suatu negara untuk membuat perjanjian internasional, merupakan pendelegasian wewenang yang diberikan oleh hukum internasional. Kelemahan dari teori monisme dengan primat hukum nasional tersebut adalah tidak sesuai dengan kenyataan. Dalam kenyataannya keberadaan hukum nasional lebih dahulu dari hukum internasional. Di samping itu hak untuk membuat perjanjian internasional, bukan berasal dari pendelegasian wewenang hukum internasional, melainkan merupakan hak sepenuhnya dari hukum nasional di bidang ketatanegaraan.¹⁰

Sesuai dengan uraian-uraian tersebut di atas, ternyata teori atau pandangan dari **dualisme dan monisme**, dalam memberikan penjelasan mengenai hubungan hukum internasional dengan hukum nasional tidak dapat memberikan penjelasan yang memuaskan, dikarekan masing-masing teori mempunyai kelemahan.

¹⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *Opcit*, halm 58.

Berkaitan dengan hal tersebut, disarankan oleh **Mochtar Kusumaatmadja**, untuk melihat secara praktis hubungan hukum internasional dengan hukum nasional dalam hukum positif negara.¹¹

2. Hubungan Hukum Internasional dan Hukum Nasional dalam Hukum Positif Negara.

Membahas hukum internasional dalam hukum positif negara, pada dasarnya membahas adopsi ketentuan –ketentuan hukum internasional ke dalam hukum nasional, atau melihat bagaimanakah ketentuan-ketentuan hukum internasional *diimplementasikan* ke dalam hukum nasional. Dapat dikatakan merupakan pengakuan negara terhadap berlakunya hukum internasional.

Berkaitan dengan hal tersebut di bawah ini akan diuraikan beberapa praktek dari negara-negara , mengenai hubungan hukum internasional dengan hukum nasional sebagai berikut :

(a) Hukum Internasional dalam Hukum Positif Inggris

Inggris merupakan suatu negara yang mendasarkan aturan hukumnya pada hukum kebiasaan atau *Common Law*, atau disebut pula sebagai *Customary Law*. Sedangkan sistem hukum yang dianutnya adalah sistem *Eropa Kontinental*. Dalam kaitannya dengan praktek Inggris terhadap pengakuan hukum internasional. Di Inggris didasarkan pada berlakunya doktrin atau ajaran yang dikenal sebagai “*doktrin inkorporasi*” yang dinyatakan sebagai berikut :

¹¹ Ibid.

"International law is the law of the land", yang diartikan bahwa hukum internasional merupakan bagian dari hukum negara Inggris. Jadi hukum internasional secara otomatis berlaku sebagai hukum negara. Doktrin inkorporasi ini pertamakalinya dikembangkan oleh **Blackstone**, pada abad XVIII dan abad XIX melalui beberapa keputusan pengadilan di Inggris.¹² Dalam perkembangan selanjutnya berlakunya *doktrin inkorporasi* ini mengalami perkembangan. Khususnya terhadap berlakunya hukum kebiasaan internasional yang dapat berlaku secara otomatis di Inggris, apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

- (1) Ketentuan hukum kebiasaan internasional tersebut tidak bertentangan dengan perundang-undangan Inggris, sebelum kaidah hukum internasional tersebut berlaku, atau setelah adanya kaidah hukum internasional berlaku
- (2) Sesekali kaidah hukum internasional ditetapkan oleh pengadilan tertinggi di Inggris, maka pengadilan lainnya terikat oleh keputusan pengadilan tersebut, meskipun dikemudian hari ada kemungkinan munculnya kaidah kebiasaan internasional yang berbeda.¹³

Berbeda dengan berlakunya perjanjian internasional ke dalam hukum nasional di Inggris, menurut *doktrin inkorporasi* adalah :¹⁴

- (1) Perjanjian internasional yang memerlukan persetujuan Parlemen, maka berlakunya perjanjian internasional tersebut, harus lebih dahulu melalui pembentukan undang-undang nasional;
- (2) Perjanjian internasional yang tidak memerlukan persetujuan Parlemen, langsung dapat berlaku ke dalam hukum nasional di Inggris setelah dilakukan penandatanganan oleh pemerintah Inggris tanpa melalui perundang-undangan nasional lebih dahulu.

¹² **JG.Starke**, *An Introduction to International Law*, (alih bahasa Soemitro dkk), IX, Bandung Bina Aksara, 1984, halm 76.

¹³ **Ibid.** halm 76-77 dan Lihat pula **Mochtar Kusumaatmadja**, *Opcit*, halm 78

¹⁴ **Ibid.**

Dalam praktek di negara Inggris, perjanjian internasional yang memerlukan persetujuan Parlemen adalah sebagai berikut :

- (1) perjanjian tersebut menimbulkan akibat perubahan dalam undang-undang nasional;
- (2) perjanjian internasional tersebut mengakibatkan perubahan dalam status atau garis batas wilayah negara;
- (3) perjanjian internasional tersebut mempengaruhi hak-hak sipil kaula negara Inggris atau memerlukan penambahan wewenang pada Raja
- (4) Perjanjian internasional tersebut menambah beban keuangan secara langsung atau tidak langsung pada pemerintah Inggris. Perjanjian internasional lainnya yang tidak bersifat penting dan tidak mengakibatkan perubahan undang-undangan pelaksanaan, dapat berlangsung setelah penandatanganan¹⁵

(b) Hukum Internasional dalam Hukum Positif Negara Amerika Serikat

Amerika Serikat merupakan suatu negara yang menganut sistem hukum *Anglo Saxon*, dan mendasarkan berlakunya hukum internasional sama dengan Inggris yaitu menganut *doktrin inkorporasi*. Berkaitan dengan berlakunya hukum kebiasaan internasional, dalam hukum nasional. Sesuai dengan doktrin inkorporasi di Amerika Serikat sama dengan di Inggris. Di samping itu undang-undang yang dibuat oleh Kongres diusahakan untuk tidak bertentangan dengan hukum kebiasaan internasional. Namun suatu undang-undang nasional bertentangan dengan hukum kebiasaan internasional yang lama, maka yang diutamakan adalah undang-undang nasionalnya.

Selanjutnya berkaitan dengan perjanjian internasional, di Amerika Serikat mempunyai perbedaan dengan praktek di Inggris. Praktek di Amerika Serikat menunjukkan bahwa semua traktat yang dibuat atau akan dibuat berdasarkan otoritas Amerika Serikat, merupakan hukum negara tertinggi.

¹⁵ Ibid. 79.

Lebih lanjut dalam menentukan perbedaan apakah suatu perjanjian akan berlaku dengan sendirinya, dalam arti ketentuan hukum internasional berlaku ke dalam hukum nasional, tanpa adanya perundang-undangan lebih dahulu (*self executing*), dan perjanjian internasional yang berlakunya harus melalui perundang-undang pelaksanaan (*non self executing*), diserahkan sepenuhnya pada kewenangan pengadilan.¹⁶ Menurut praktek Amerika Serikat apabila suatu perjanjian internasional itu tidak bertentangan dengan konstitusi dan termasuk dalam golongan perjanjian *self executing*, maka ketentuan dalam perjanjian internasional menjadi bagian dari hukum Amerika Serikat, dan berlaku tanpa memerlukan undang-undang pelaksanaannya.

Perjanjian yang termasuk *self executing* ini akan tetap mengikat pengadilan meskipun bertentangan dengan undang-undang nasional Amerika Serikat. Sebaliknya perjanjian internasional yang tidak termasuk *self executing* (*non self executing*) akan mengikat pengadilan di Amerika Serikat setelah adanya perundang-undangan nasional lebih dahulu.¹⁷

3. Berlakunya Hukum Internasional dalam Konstitusi beberapa negara

Dalam Konstitusi Perancis tahun 1958 pada Pasal 58 dinyatakan :

“Setiap perjanjian atau kesepakatan yang diratifikasi atau disetujui sesuai dengan pengaturan, setelah pengumumannya akan mempunyai kekuatan lebih tinggi daripada undang-undang, dengan syarat perjanjian atau kesepakatan tersebut ditaati juga oleh pihak lain”

¹⁶ Mochtar Kusumaatmadja, *Opcit*, hal 59

¹⁷ *Ibid.*

Berdasarkan konstitusi Perancis tersebut, berlakunya hukum internasional ke dalam hukum nasional tidak mempersoalkan masalah “*transformasi*” perjanjian internasional ke - dalam hukum nasional terlebih dahulu ke dalam undang-undang nasionalnya.¹⁸ . Dalam **Konstitusi Austria** , Pasal 9 yang berbunyi sebagai berikut :

“The generally recognition rules of international law are held to component part the federal law”

Sesuai Konstitusi Perancis dan Austria tersebut di atas, tidak mempersoalkan masalah transformasi hukum internasional dalam hukum nasional melalui undang-undang nasional, seperti di Amerika Serikat dan di Inggris. Di samping itu berlakunya hukum internasional dalam hukum positif kedua negara tidak dibedakan antara hukum internasional yang bersumber pada kebiasaan internasional dan perjanjian internasional dalam menentukan kedudukan hukum internasional ke dalam hukum nasionalnya.¹⁹

Selanjutnya bagaimanakah hubungan antara hukum internasional dan hukum nasional menurut Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945). Ternyata dalam UUD 1945 tidak ada ketentuan yang mengatur hubungan hukum internasional dengan hukum nasional tersebut. Ketentuan UUD 1945 yang berkaitan dengan hukum internasional, secara umum hanya mengatur kewenangan presiden dalam membuat perjanjian internasional. Sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 11 UUD 1945 yang berbunyi sebagai berikut :

“Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat, menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain.”

¹⁸ JG Starke, *Opcit*, halm 81

¹⁹ Lihat Rebecca M Wallace, *International Law*, Sweet and Maxell, London, 1986, halm 68.

Tidak adanya pengaturan hubungan hukum internasional dengan hukum nasional dalam UUD 1945 tidak berarti Indonesia tidak mengakui supremasi hukum internasional.

Menurut **Mochtar Kusumaatmadja** Indonesia tidak menganut teori transformasi dan tidak pula menganut sistem Amerika Serikat. Indonesia lebih condong ke pada sistem Eropa Kontinental. Artinya Indonesia langsung terikat terhadap konvensi atau perjanjian yang telah disahkan, tanpa terlebih dahulu membuat undang-undang pelaksanaannya (*implemeeting legislation*). Namun untuk beberapa hal mutlak diperlukan undang-undang pelaksanaannya, yakni antara lain apabila diperlukan perubahan dalam undang-undang nasional yang langsung menyangkut hak-hak warganegara.²⁰ Berkaitan dengan pendapat Mochtar Kusumaatmadja tersebut, berlakunya hukum internasional ke dalam hukum nasional diatur dalam Undang-undang No 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, dalam Pasal 15 dinyatakan sebagai berikut :

- (1) Selain perjanjian internasional yang perlu disahkan dengan undang-undang atau keputusan presiden, Pemerintah Indonesia dapat membuat perjanjian internasional yang berlaku setelah penandatanganan atau pertukaran dokumen perjanjian / nota diplomatik, atau melalui cara –cara lain sebagaimana disepakati para pihak dalam perjanjian tersebut.
- (2) Suatu perjanjian internasional mulai berlaku dan mengikat para pihak setelah memenuhi ketentuan sebagaimana ditetapkan dalam perjanjian tersebut.

Selanjutnya mengenai berlakunya perjanjian internasional yang memerlukan ratifikasi melalui undang-undang, menurut Pasal 10 UU No 24 tahun 2000 adalah perjanjian yang berkenaan dengan :

- a. masalah politik, perdamaian dan keamanan negara;
- b. perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara;

²⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *Opcit* halm 68

- c. kedaulatan dan hak berdaulat negara;
- d. hak asasi manusia dan lingkungan hidup;
- e. pembentukan kaidah hukum baru
- f. pinjaman dan/atau hibah luar negeri.

Berdasarkan pada UU no 24 tahun 2000 tentang Perjanjian internasional tersebut, telah ditentukan jenis-jenis perjanjian yang digolongkan sebagai *treaty dan agreement*. Treaty memerlukan pengesahan dari DPR, sedangkan agreement tidak memerlukan pengesahan DPR, cukup pemberitahuan saja dari pemerintah pada DPR untuk diketahui.

4. Perjanjian Internasional sebagai Sumber Hukum Internasional

Dalam Pasal 38 ayat (1) Statute Mahkamah Internasional menegaskan bahwa dalam mengadili perkara-perkara yang diajukan kepadanya, Mahkamah Internasional akan menggunakan :

- (1) Perjanjian internasional, baik yang bersifat umum maupun khusus, yang mengandung ketentuan hukum yang diakui secara tegas oleh negara-negara yang bersengketa;
- (2) Kebiasaan-kebiasaan internasional, sebagai bukti daripada suatu kebiasaan umum yang diterima sebagai hukum;
- (3) Prinsip-prinsip umum hukum yang diterima oleh bangsa yang beradab;
- (4) Keputusan pengadilan dan ajaran-ajaran sarjana-sarjana yang paling terkemuka dari berbagai negara sebagai bukti sumber tambahan bagi penetapan kaidah-kaidah hukum;

Selanjutnya istilah perjanjian internasional yang digunakan dalam Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional (*Vienna Convention on the Law of the Treaties*) adalah disebut dengan istilah "*treaty*" dan didefinisikan dalam Pasal 2 ayat (1) sub a sebagai berikut :

Treaty means an international agreement concluded between states in written form and governed by international law, wheter emboided in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation.

Sesuai dengan definisi dalam Konvensi Wina 1969 tersebut yang melihat subject perjanjian adalah negara dengan negara saja, maka menurut **O Connel**, perjanjian internasional didefinisikan sebagai berikut :

“An agreement between states, governed by international law as district form and manner of which is material to legal consequences of the act”²¹

Berbeda dengan definisi di atas, menurut **Herman Mosler**²² perjanjian internasional tidak terbatas pada negara saja sebagai subjek dari perjanjian internasional, melainkan mencakup subjek-subjek hukum internasional lainnya yang memiliki kapasitas untuk membuat perjanjian. Adapun perjanjian Internasional didefinisikan sebagai berikut :

“Treaties are contractual engagements between subjects of international law destined to create rights and obligations for the parties”

Berkaitan dengan definisi-definisi di atas dalam Pasal 1 sub 1 UU No 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, definisi perjanjian internasional adalah :

Perjanjian internasional adalah perjanjian dalam bentuk dan nama tertentu, yang mengatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik

Definisi yang digunakan dalam UU No 24 tahun 2000 tersebut lebih luas dibandingkan dengan definisi dalam Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional. Berbeda dengan praktek –praktek negara, istilah yang digunakan dalam penyebutan perjanjian internasional adalah beerbeda-beda, yaitu ; *treaty, covenant, conventions, protocol, accord, statute, pacta, declarations, arrangement*. Istilah-istilah

²¹ **O. Connel**, *International Law*, Vol I, Steven London, 1986, halm 46

tersebut dilihat secara yuridis tidak mempunyai perbedaan. Istilah-istilah tersebut mempunyai kedudukan yang sama sebagai sumber hukum.²³ Pada dasarnya perjanjian internasional berdasarkan kaidah hukum yang ditimbulkan dapat dibedakan dalam arti "*law making treaties*" dan *treaty contract*.

Perjanjian internasional digolongkan sebagai *law making treaties*, mengandung arti bahwa perjanjian internasional itu menimbulkan kaidah-kaidah bagi hukum bagi masyarakat internasional, sehingga disebut sebagai perjanjian publik. Adapun perjanjian internasional yang digolongkan sebagai *treaty contract* adalah perjanjian yang hanya mengikat kedua belah pihak yang membuat perjanjian saja, atau disebut perjanjian khusus.²⁴

Sesuai dengan uraian-uraian tersebut di atas, perjanjian internasional dalam bentuk Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I dan II-1977 merupakan perjanjian internasional yang digolongkan sebagai "*law making treaties*". Perjanjian internasional ini, dimaksudkan untuk menimbulkan kaidah-kaidah hukum yang berlaku secara umum bagi masyarakat internasional, khususnya dalam melindungi korban-korban akibat sengketa bersenjata internasional maupun non internasional. Di samping itu sebagai perjanjian yang bersifat publik, perjanjian tersebut terbuka kesempatan bagi pihak-pihak yang belum terikat pada perjanjian, untuk turut serta dalam perjanjian internasional. melalui tindakan ratifikasi atau aksesi..

Secara teoritis dapat dikatakan bahwa perjanjian internasional mengikat terhadap

²² Lihat Kartini Sekartadji, "Tesis": Implementasi Perjanjian Internasional mengenai Pelanggaran terhadap HAM dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia, Program S2 KPK-UI Undip, Semarang, 1994, halm 48.

²³ Lihat Mochtar Kusumaatmadja, *Opcit*, halm 110.

²⁴ *Ibid.*

pihak pembuat perjanjian, dengan kata lain negara mau tunduk dan mengakui berlakunya perjanjian internasional, dikarenakan berlakunya "*asas pacta sunt servanda*". Artinya setiap pihak pembuat perjanjian akan melaksanakan isi perjanjian tersebut dengan itikad baik. Menurut **Hans Kelsen**, *asas pacta sunt servanda* merupakan norma dasar (*ground norm*) sebagai landasan dasar mengapa negara-negara mau tunduk pada hukum internasional. Berlakunya *asas pacta sunt servanda* ini, ditegaskan pula dalam Pasal 4 Ayat (1) UU No 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional. UU No 24 tahun 2000 merupakan ketentuan hukum nasional yang dimaksudkan untuk mengatur perjanjian internasional.

Berlakunya perjanjian internasional dalam praktek-praktek negara, didasarkan pada ketentuan dalam konstitusinya masing-masing, yang mengatur berlakunya hukum internasional ke dalam hukum nasionalnya. Di Indonesia berlakunya perjanjian internasional ke dalam hukum nasional tidak diatur dalam UUD 1945., dalam Pasal 11 UUD 1945 sebatas mengatur kewenangan presiden dengan persetujuan DPR untuk membuat perjanjian dengan negara lain. Berkaitan dengan hal tersebut, dalam Pasal 3 UU No 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional ditegaskan sebagai berikut :

Pemerintah Indonesia mengikatkan diri pada perjanjian internasional melalui cara-cara sebagai berikut :

- a. pendatangan;
- b. pengesahan;
- c. pertukaran dokumen perjanjian/nota diplomatik
- d. cara-cara lain sebagaimana disepakati para pihak dalam perjanjian internasional

Berdasarkan pada ketentuan tersebut di atas, maka berlakunya perjanjian internasional ke dalam hukum nasional, dapat dilakukan setelah adanya pendatanganan perjanjian ataupun setelah diratifikasinya perjanjian tersebut, melalui undang-undang ratifikasi. Selanjutnya berkaitan dengan berlakunya perjanjian internasional ke dalam hukum nasional ini, maka dalam Pasal 4 ayat (2) UU No 24 tahun 2000 ditegaskan sbb

Dalam pembuatan pembuatan perjanjian internasional, Pemerintah republik Indonesia berpedoman pada kepentingan nasional dan berdasarkan prinsip-prinsip persamaan kedudukan, saling menguntungkan, dan memperhatikan, baik hukum nasional maupun hukum internasional yang berlaku.

Sesuai dengan uraian-uraian tersebut di atas, dapat dikatakan pada prinsipnya Pemerintah Indonesia mengakui eksistensi hukum internasional, namun demikian tidak berarti begitu saja menerima hukum internasional, kecuali setelah dilakukan harmonisasi antara hukum internasional dan hukum nasional.

B. Ruang Lingkup Dan Pengertian Kebijakan Hukum Pidana

Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari **politik hukum** maupun dari **politik kriminal**.²⁵ Berkaitan dengan hal tersebut menurut **Sudarto**, "*politik hukum*" diartikan sebagai :²⁶

- (1) Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang lebih baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat.
- (2) Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.

²⁵ **Barda Nawawi Arief**, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung, Aditya 1996, hal 27

²⁶ **Ibid.** Lihat pula **Sudarto**, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung, Alumni, 1981, halm 159 dan lihat **Sudarto**, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Bandung, Sinar Baru 1983, halm 20.

Lebih lanjut menurut Sudarto²⁷ dikemukakan :

“Melaksanakan “politik hukum pidana” berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik, dalam arti memenuhi syarat keadilan dan dayaguna”. Dalam kesempatan lain dikemukakan oleh beliau bahwa melaksanakan “politik hukum pidana” berarti ; “Usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang”.

Pengertian politik hukum menurut Sudarto di atas, sesuai dengan definisi dari Marc Ancel tentang “penal policy” (politik hukum pidana) yang secara lengkap dikutip sebagai berikut :

Suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya pada pembuat undang-undang dan juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang, dan juga kepada para penyelenggaranya atau pelaksana putusan pengadilan²⁸

Ditinjau sebagai bagian politik hukum, maka pengertian *kebijakan hukum* pidana tersebut, adalah sangat luas karena dalam tujuannya tidak terbatas sebagai pedoman bagi pembuat undang untuk merumusan hukum positif (undang-undang) secara lebih baik, melainkan memberikan pedoman bagi Pengadilan dalam menerapkan undang-undang serta pada para penyelenggaran (pelaksana) undang-undang.

Selanjutnya Pengertian “*kebijakan hukum pidana*” dapat juga dilihat sebagai bagian dari “*politik kriminal*” Hal ini didasarkan pada pemikiran bahwa “*Usaha dan kebijakan*

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik pada hakekatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan atau perbuatan yang dilarang. Jadi kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian dari politik kriminal."²⁹

"Politik kriminal" merupakan Usaha yang rasional dalam masyarakat untuk menganggulangi kejahatan. Menurut **Marc Ancel** "Politik Kriminal" dirumuskan sebagai :

*"The rational orgnization of the control of crime by society"*³⁰ Bertolak dari pengertian **Marc Ancel** tersebut, menurut **G. Peter Hoefnagels** dikemukakan bahwa *"Criminal policy is the rational organization of the social reaction to crime"*

Berbagai definisi lainnya yang dikemukakan oleh **G. Peter Hoefnagels** adalah :³¹

- a. *Criminal Policy is the science of responses;*
- b. *Criminal Policy is the science of crime prevention;*
- c. *Criminal Policy is a policy of designating human behaviour as crime;*
- d. *Criminal Policy is a rational total of the responses to crime*

Dilihat dari pengertian politik kriminal sebagaimana tersebut di atas, menurut **Barda Nawawi Arief**, politik hukum pidana identik dengan pengertian "kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana" Lebih lanjut beliau mengemukakan bahwa " Usaha penanggulangan kejahatan atau tindak pidana dengan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana). Oleh karena itu sering pula dikatakan bahwa politik atau kebijakan hukum pidana merupakan bagian dari kebijakan penegakan hukum (*Law enforcement policy*)"³²

²⁹ **Ibid.** Halm 29

³⁰ **Ibid.** halm 2

³¹ **Ibid.**,

Selanjutnya menurut **Muladi**³³ dikemukakan :

“Kejahatan pada hakekatnya merupakan proses sosial (*criminallitiet is social process*), sehingga politik kriminal harus dilihat sebagai kerangka politik sosial, yaitu usaha dari masyarakat untuk meningkatkan kesejahteraan warganya ”.

Pandangan Muladi tersebut, bertitik tolak dari pemahaman bahwa kejahatan merupakan masalah kemanusiaan dan sekaligus masalah sosial, dan kebijakan hukum pidana sebagai bagian dari politik kriminal harus dilihat dari kerangka politik sosial untuk mencapai kesejahteraan masyarakat (warga negara). Berkaitan dengan pendapat Muladi tersebut, menurut **Barda Nawawi Arief**³⁴ dikemukakan sebagai berikut :

Usaha penanggulangan kejahatan lewat pembuatan undang-undang (hukum) pidana pada hakekatnya juga merupakan bagian integral dari usaha perlindungan masyarakat (*social welfare*). Oleh karena itu wajar pulalah, apabila kebijakan hukum pidana merupakan bagian integral dari kebijakan atau politik sosial (*social policy*). Kebijakan sosial (*social policy*) dapat diartikan sebagai segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat dan sekaligus mencakup perlindungan masyarakat. Jadi di dalam pengertian “*social Policy*” sekaligus tercakup di dalamnya “*social welfare policy*” dan “*social defence policy*.”

Berdasarkan pada pengertian kebijakan hukum pidana sebagaimana tersebut di atas, dapat dikemukakan bahwa ruang lingkup kebijakan hukum pidana adalah sebagai bagian dari **kebijakan** atau “*policy*” (yaitu bagian dari Politik hukum/ penegakan hukum, politik hukum pidana, politik kriminal , dan politik sosial).

³² Ibid. halm 29.

³³ **Muladi**, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana* , Semarang , Badan Penerbit Undip 1995, halm 7

³⁴ **Barda Nawawi Arief**. *Loc Cit.*

C. Sejarah Perkembangan Hukum Perang atau Sengketa Bersenjata (Hukum Humaniter Internasional)

1. Sejarah Pembentukan Hukum Perang

Dahulu kala perang merupakan suatu pembunuhan besar-besaran antara kedua belah pihak yang berperang. Pembunuhan ini merupakan perwujudan dari naluri untuk mempertahankan diri dalam pergaulan manusia, maupun dalam pergaulan antar bangsa.³⁵ Naluri untuk mempertahankan diri membawa keinsafan bahwa cara berperang yang tidak mengenal batas akan merugikan manusia itu sendiri sehingga mulailah orang-orang mengadakan pembatasan-pembatasan dan menetapkan aturan-aturan untuk mengatur perang antar bangsa. Hukum perang merupakan hasil perkembangan dari budaya masa lalu. Sebab pengaturan hukum perang dewasa ini merupakan pengembangan dari kebiasaan-kebiasaan bangsa-bangsa terdahulu dalam peperangan masa lalu, yang mencerminkan rasa perikemanusiaan (prinsip kemanusiaan). Rasa perikemanusiaan dalam perang yang ada dari bangsa-bangsa terdahulu dapat diuraikan dalam tahap-tahap sebagai berikut :³⁶

a. Zaman Kuno

Pada masa ini para pemimpin militer memerintahkan pada pasukannya untuk menyelamatkan musuh yang tertangkap, dan memperlakukan mereka dengan baik, serta memerintahkan memberikan perlindungan bagi penduduk sipil. Pihak yang berperang bersepakat untuk memperlakukan tawanan perang dengan baik.

³⁵ Jean Pictet *The Geneva Convention and the Law of War*, Martinus Nijhoff Publishes, Geneva 1958, halm 8.

³⁶ Mochtar Kusumaatmadja, *Konvensi-Konvensi Palang Merah 1949.*, Bandung-BinaCipta 1984, halm 9-11

Dalam kurun waktu 3000-1500 SM, menurut **Jean Pictet** pengaturan hukum perang terlihat dari berbagai kebiasaan bangsa- bangsa di bawah ini :

- (1) **Bangsa Sumeria** telah mengenal pengorganisasian perang, yaitu melakukan *pernyataanperang* lebih dahulu sebelum dilakukannya peperangan.
- (2) **Kebudayaan Mesir Kuno**, sebagaimana tersebut dalam "*Seven Works of True Mercy*", yang terwujud dalam perintah untuk memperlakukan musuh yang sudah menyerah dengan baik."
- (3) **Kebudayaan Bangsa Hitite**, perang telah dilakukan secara manusiawi yaitu mereka tidak melakukan pembantaian penduduk sipil di wilayah yang didudukinya, lain halnya dengan bangsa Assiria yang selalu melakukan pembantaian di wilayah yang didudukinya.
- (4) **Bangsa India** sejak dahulu telah mengenal pengaturan –pengaturan hukum perang, yang bertujuan memberikan perlindungan bagi orang-orang yang sudah tidak berdaya. Ketentuan tersebut terwujud dalam *Cerita Mahabharata* dan dalam *Undang-undang Manu*. Sumbangan bangsa India terhadap ketentuan hukum perang modern adalah mengenai larangan penggunaan senjata tertentu dan perlakuan tawanan perang;
- (5) **Bangsa Romawi kuno**, telah mengenal ketentuan-ketentuan yang melarang pemakaian senjata beracun, pembunuhan tawan perang dan penyerangan tempat-tempat ibadah. Sumbangan berharga dari bangsa Romawi adalah mengenai definisi kombatan dan syarat berlakunya hukum perang didasarkan pada pernyataan perang lebih dahulu.

b. Abad Pertengahan :

(1). Pengaruh Agama

Pada abad pertengahan ini hukum perang diwarnai dengan ajaran-ajaran dari agama Kristen, dan agama Islam. Ajaran agama Kristen dalam hukum perang ini antara lain adalah mengajarkan umatnya untuk mencintai sesamanya dan memperluas rasa kemanusiaan dalam perang. Adapun dalam agama Islam mengajarkan tentang “perang jihad” (perang suci) sebagai perang adil (*bellum justum*), yang merupakan bagian penting dari ajaran hukum perang Islam. Ketentuan ini tercermin dalam larangan melakukan penyerangan terhadap wanita dan anak-anak, cara-cara permulaan peperangan, dan larangan melakukan perampasan harta musuh dan larangan melakukan perusakan atau penderitaan yang tidak perlu dalam peperangan.

(2). Doktrin Temporalis Belli

Di samping rasa kemanusiaan yang tercermin dalam berbagai kebiasaan bangsa-bangsa dan yang dipengaruhi dari agama, di masa peperangan, maka **Hugo De Groot** atau Grotius telah mengemukakan suatu ajaran atau doktrin dalam pembatasan penggunaan kekerasan senjata. Doktrin ini dikenal sebagai “*doktrin Temporalis Belli*” yang isinya sebagai berikut: Dengan alasan-alasan kemanusiaan, agama dan kebijakan di masa depan, Grotius mendesak :³⁷

- (1) Hak untuk membunuh pihak yang kalah hanya dilakukan apabila perlu demi keselamatan pihak yang menang dari bahaya kematian atau kejahatan yang dilakukan pihak yang kalah;
- (2) Sandera tidak boleh dibunuh, apabila tidak melakukan kesalahan;
- (3) Benda-benda tidak boleh dihancurkan kecuali demi alasan kepentingan militer;

³⁷ Lihat Jean Pictet. Opcit. Halaman 54.

- (4) Beberapa kebebasan dan otonomi harus tetap ada bagi rakyat yaitu pihak yang kalah terutama dalam masalah-masalah agama.

Dalam pelaksanaannya ternyata *doktrin temporamentta belli* ini tidak dipatuhi terutama setelah munculnya tentara upahan yang hanya mementingkan bayaran dan tidak memperhatikan rasa kemanusiaan. Di samping itu pada tahun 1622 Grotius dalam bukunya "*de jure belli ac pacis*" telah membagai hukum internasinal menjadi dua bagian yaitu hukum perang dan damai. Dalam hukum perang bidakan antara :³⁸

- (1) *Ius ad Bellum* (Hukum tentang perang) yang mengatur kapan negara boleh melakukan peperangan;
- (2) *Ius in Bello* (Hukum yang berlaku dalam peperangan) yaitu mengatur tentang tindakan-tindakan yang boleh dilakukan oleh para pihak dalam peperangan, termasuk penggunaan senjata yang boleh digunakan dalam perang.

Tulisan Grotius ini mengilhami pembentukan hukum perang atau Tata Cara Perang yang sekarang dikenal dengan Konvensi Jenewa 1949 dan hukum tentang perlindungan korban-korban perang, yang dikenal dengan Konvensi Jenewa 1949.

c. Hukum perang Abad 19

Pada tahun 1801 JEM Portalis, sebagai negarawan dan Jaksa Agung Perancis dalam pidato Pembukaan Mahkamah atas barang-barang rampasan (*coucil des prias*), beliau mengutip pendapat JJ Roussaou sebagai berikut :

*“ War.... Is not a relational friom man to man but from State to state; in it private individuals are enemies on only accidenlly and this is not as man, or even as citizens, but only as soldiers. ”*³⁹

³⁸ Mochtar Kusumaatmadja, Loccit.

³⁹ Ibid.

Pidato dari JEM. Portalis yang mengutip dari tulisan JJ Roussou dalam bukunya “De contract social” 1762 tersebut kemudian mengilhami adanya prinsip pembedaan antara penduduk sipil dan kombatan, yang harus selalu dibedakan dalam setiap terjadinya sengketa bersenjata. Prinsip ini terdapat dalam hukum perang atau hukum humaniter internasional sebagai prinsip fundametal.

d. Sejarah Hukum Perang Pertengahan Abad 19

Sepanjang sejarah peperangan, maka ketentuan hukum perang yang tertulis, untuk pertamakali, terdapat dalam Deklarasi Paris tanggal 16 April 1856 yang mengatur hukum perang di laut. Isi Deklarasi Paris ini adalah sebagai berikut :⁴⁰

1. Larangan melakukan penyitaan barang musuh;
2. Pemakaian bendera netral untuk menutupi barang-barang musuh diperbolehkan, kecuali peralatan perang;
3. Barang-barang netral di bawah bendera musuh tidak boleh disita, kecuali barang untuk berperang
4. Pengaturan syarat blokade yang mengikat harus dilakukan secara efektif yaitu oleh Pasukan angkatan laut yang memadai.

Selanjutnya pengaturan perang di darat secara tertulis untuk pertamakalinya dikenal di Amerika Serikat pada tahun 1863, yang tercantum di dalam “*Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*” (*Instruksi Lieber*).⁴¹ Instruksi Lieber ini merupakan suatu dokumen yang berisi serangkaian peraturan bagi tentara Amerika Serikat dalam menghadapi perang saudara di Amerika tahun 1861-1865.

⁴⁰ Jean Pictet OpCit, halm 67

⁴¹ Dietrich Shinder and Jirf Toman, *The Law of Armed Conflict, a Collection of Convention Resolution and Other Document*, Henry Dunnant Institute, Geneva 1981, halm 2.

Instruksi Lieber mengatur ketentuan tentang kapan memulainya peperangan, pengaturan perlakuan tawanan perang dan penduduk sipil, sehingga dikenal juga sebagai “*Lieber Code*” Selanjutnya pada tahun 1868 atas prakarsa dari Tsar Nicolas II dari Rusia diadakanlah konferensi di St Petersburg dan menghasilkan “*Deklarasi St Petersburg “ 1868 tentang larangan penggunaan peluru yang beratnya dibawah 400 gram.*

Pada tahun 1864 atas inisiatif Tsar Alexander II dari Rusia diadakan Konferensi Brussel yang bertujuan menyusun hukum perang, dengan mengadopsi dari Lieber Code, sehingga menghasilkan dua dokumen penting yaitu : (1) *Final Protocol* dan (2) *Project of an International Declaration the Laws and Custom of War.*⁴² Deklarasi tentang hukum dan kebiasaan perang yang dihasilkan oleh Konferensi Brussel tersebut, digunakan sebagai sumber utama penyusunan, berupa asas-asas hukum dan kebiasaan perang yaitu: 1 *asas kepentingan militer*, 2 *asas kemanusiaan*, dan 3 *asas kesatriaan*. Ketiga asas ini digunakan sebagai dasar penyusunan Konvensi Den Haag 1907 dan Konvensi Jenewa 1949 beserta dua Protokol Tambahanan 1977.

Pada tahun 1899 di Den Haag diadakan Konferensi Perdamaian I dan menghasilkan tiga deklarasi Den Haag 1899 dan tiga Konvensi Den Haag 1899 yaitu :

- (1) Deklarasi tentang larangan penggunaan proyektil dan bahan-bahan peledak di udara;
- (2) Deklarasi tentang larangan proyektil dan bahan-bahan yang menimbulkan gas-gas cekik;
- (3) Deklarasi tentang larangan penggunaan peluru dum-dum.

Tiga buah Konvensi Den Haag 1899 yaitu :

- (1) Konvensi I tentang Penyelesaian Sengketa Internasional secara Damai;

⁴² Ibid.

(2) Konvensi II tentang Hukum dan Kebiasaan Perang di Darat;

(3) Konvensi III tentang Adopsi Asas-asas Konvensi Jenewa 1864 dalam Perang di Laut.

e. Sejarah Hukum perang Awal Abad 20

Pada tahun 1907 diadakan Konferensi Perdamaian Den Haag II , sebagai kelanjutan dari penyusunan hukum perang pada konferensi Perdamaian Den Haag I-1899 dan dihasilkan 13 Konvensi Den Haag 1907 yang mengatur tata cara peperang. Adapun ke tiga belas konvensi tersebut adalah sbb :

1. Konvensi I tentang Penyelesaian sengketa Internasional Secara Damai;
2. Konvensi II tentang Pembatasan Kekerasan Senjata dalam menuntut Pembayaran Utang yang berasal dari Perjanjian Perdata;
3. Konvensi III tentang Cara memulai Peperangan;
4. Konvensi IV tentang Hukum dan Kebiasaan Perang di Darat;
5. Konvensi V tentang Hak dan Kewajiban Negara dan Warganegara Netral dalam Perang di Darat;
6. Konvensi VI tentang Status Kapal Dagang Musuh pada Saat Permulaan Peperangan;
7. Konvensi VII tentang Status Kapal Dagang menjadi Kapal Perang;
8. Konvensi VIII tentang Penempatan Ranjau Otomatis di Laut;
9. Konvensi IX tentang Pemboman oleh Angkatan Laut di waktu Perang ;
10. Konvensi X tentang Adopsi Asas-Asas Konvensi Jenewa dalam Peperangan di Laut;
11. Konvensi XI tentang Pembatasan tertentu terhadap Penggunaan hak penahanan dalam perang di Laut;
12. Konvensi XII Mahkamah Barang-Barang Sitaan;
13. Konvensi XIII tentang Hak dan Kewajiban Negara Netral dalam Perang di Laut.

Ke tiga belas Konvensi Den Haag 1907 tersebut di atas, sampai sekarang digunakan sebagai dasar hukum yang mengatur Tata Cara Perang, yang berlaku sebagai hukum dan kebiasaan perang. Dalam arti setiap negara harus tunduk dan melaksanakan ketentuan hukum atau tata cara perang, sebagai hukum kebiasaan internasional tanpa harus meratifikasinya lebih dahulu.

2. Sejarah Perkembangan Hukum Humaniter Internasional / Konvensi Jenewa -1949

Hukum Humaniter Internasional merupakan bagian dari hukum perang yang menitik beratkan pada proses perlindungan korban-korban akibat konflik bersenjata. Kelahiran hukum humaniter internasional ini tidak terlepas dari munculnya “Gerakan Palang Merah” yang berawal dari ide Henry Dunant, yang dituangkan dalam bukunya “Memory of Solferino” tahun 1863 berisi tentang pengalamannya pada waktu memberi pertolongan korban peperangan di Solferino tahun 1859. Dalam buku tersebut mengandung dua gagasan pokok yaitu:⁴³

1. *Meminta pada setiap negara untuk mempunyai organisasi sukarelawan yang telah dipersiapkan pada masa damai, untuk membantu Dinas Kesehatan Angkatan Bersenjata di waktu perang;*
2. *Adanya perjanjian internasional yang memberikan perlindungan bagi korban-korban perang dan petugas medis maupun sukarelawan.*

Pada tahun 1863 atas inisiatif **Henry Dunant** dengan didukung empat orang rekannya telah didirikan Komite Internasional Pertolongan Prajurit yang Cedera (*International Committee for Aid to Wounded Soldiers*), yang kemudian berubah menjadi *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Pada tahun 1864 atas inisiatif ICRC dan dibantu oleh pemerintah Swiss, diadakan Konferensi Diplomatik di Jenewa dan menghasilkan : Konvensi Jenewa 1864 yaitu dikenal dengan “ *Convention for the Amelioration of the Wounded in Armies in the Field*” 1864. Ketentuan dalam Konvensi Jenewa 1864 ini telah diadopsi dalam Konvensi Den Haag III-1899 pada peperangan di Laut.

⁴³Lihat Henry Fonier, 1996. Opcit, halm 9

Tahun 1906 diadakan revisi pertamakali pada Konvensi Jenewa 1864 dan menghasilkan beberapa perubahan yang perlu. Konvensi Jenewa 1906 ini kemudian diadopsi dalam Konvensi Den Haag IX-1907 yang berlaku pada peperangan di laut.

Tahun 1929 diadakan penyempurnaan kembali terhadap Konvensi Jenewa 1906, melalui penyusunan Konvensi Jenewa 1929 tentang Perlindungan Tawan Perang. Setelah berakhirnya Perang Dunia II, pada tahun 1949 Konvensi Jenewa disusun dalam empat Konvensi yaitu :

1. Konvensi Jenewa I-tentang Perbaikan Prajurit Yang Luka dan Sakit dalam pertempuran di Darat;
2. Konvensi Jenewa II tentang Perbaikan Prajurit yang luka dan Sakit, dan korban karam dalam peperangan di Laut;
3. Konvensi Jenewa III tentang Perlindungan Tawanan Perang;
4. Konvensi Jenewa IV tentang Perlindungan Penduduk Sipil

Ke empat Konvensi Jenewa tersebut, kemudian disahkan pada tanggal 12 Agustus 1949, melalui Konferensi Palang Merah di Jenewa 1949. Pada tahun 1977 ke empat Konvensi Jenewa 1949 dilengkapi dengan dua Protokol Tambahan I dan II-1977 dan disahkan tanggal 8 Juni 1977, yaitu :

- (1) Protokol Tambahan I secara resmi disebut sebagai "*Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict.*"
- (2) Protokol Tambahan II secara resmi disebut sebagai "*Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflict.*"

Hukum Humaniter Internasional dalam perkembangannya juga dipengaruhi oleh aliran New York, yaitu aliran yang baru dikenal sesudah perang dunia II terutama setelah terbentuknya Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB). Timbulnya aliran New York ini didasarkan pada Pasal 2 ayat (4) Piagam PBB yang berbunyi sbb :

All members shall refrain in their international relations from threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state or in any other manner inconsistent with the purpose or the United Nations

Di samping itu juga didasarkan pada Pasal 11 dan Pasal 26 Piagam PBB yang memberikan kewajiban bagi PBB untuk memperhatikan penggunaan senjata-senjata yang tidak membahayakan atau menimbulkan penderitaan bagi manusia. Pasal 11 ini berbunyi sebagai berikut :

The General Assembly may consider the general principles of cooperation in the maintenance of international peace and security, including the principles governing disarmament and the regulation of armaments, and make recommendation with regard to such principles to the members, or to the Security Council or to both.

Berdasarkan pada Pasal 11 tersebut Majelis Umum PBB dapat mempertimbangkan prinsip-prinsip umum kerjasama dalam memelihara perdamaian dan keamanan internasional, termasuk prinsip perlucutan senjata dan pengaturan persenjataan dan merekomendasikan hal-hal yang berkaitan dengan prinsip-prinsip tersebut pada anggota-anggota atau Dewan Keamanan PBB atau kedua-duanya. Selanjutnya dalam Pasal 26 Piagam PBB berbunyi sebagai berikut :

In order to promote the establishment and maintenance of international peace and security with the least diversion, the Security Council shall be responsible for formulating plans to be submitted to the Members of the United Nations for establishment of a system for the regulation of armaments.

Pasal 26 di atas, menekankan peningkatan usaha-usaha dalam memajukan terciptanya perdamaian dan keamanan internasional dengan sedikit mungkin mengalihkan penggunaan sumber daya manusia dan ekonomi untuk persenjataan. Berkaitan dengan Pasal 11 dan Pasal 26 Piagam PBB tersebut, maka pada tahun 1969 telah dikeluarkan Resolusi Majelis Umum PBB 1653 (XVI) yang berkaitan dengan larangan penggunaan senjata nuklir, yaitu :

“Setiap negara yang menggunakan senjata nuklir dan thermonuklir adalah dianggap melakukan pelanggaran terhadap Piagam PBB dan melakukan tindakan yang bertentangan dengan Hukum Humaniter Internasional dan dianggap melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan dan peradaban manusia”.

Selanjutnya pada tahun 1968 dikeluarkan Resolusi Majelis Umum PBB No 2444 (XXIII) tahun 1968 tentang “**The Respect for Human Rights in Armed Conflicts**” Dalam resolusi ini, PBB telah menerima keputusan-keputusan yang diadopsi dari hasil Kongres Palang Merah Internasional di Wina yaitu :

1. Pihak pihak yang bersengketa haknya bukan tidak terbatas dalam penggunaan alat-alat untuk menghancurkan musuh;
2. Larangan melakukan penyerangan langsung terhadap penduduk sipil;
3. Wajib selalu mengadakan pemisahan antara mereka yang turut melakukan permusuhan dengan penduduk sipil dan yang terakhir ini sebanyak-banyaknya harus memperoleh perlindungan.

Sesuai dengan resolusi-resolusi yang dikeluarkan oleh Majelis Umum PBB, maka setiap negara anggota PBB diwajibkan untuk mengormati prinsip-prinsip dalam Hukum Humaniter Internasional dan HAM, pada masa konflik bersenjata.

3. Sejarah Perkembangan Istilah Hukum Perang menjadi Hukum Humaniter Internasional dan Pengertian Hukum Humaniter Internasional

Istilah Hukum Humaniter Internasional atau secara lengkap "*International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*", berawal dari *hukum perang (Laws of War)* dan kemudian berkembang menjadi *hukum sengketa bersenjata (law of armed conflicts)* dan berkembang menjadi *hukum humaniter internasional (international humanitarian law)*. Di bawah ini akan diuraikan pengertian hukum perang, hukum sengketa bersenjata dan hukum humaniter internasional. Di samping itu akan diuraikan latar belakang yang menimbulkan lahirnya istilah-istilah tersebut.

a Pengertian Hukum Perang

Secara umum dapat dikemukakan masalah perang telah ada dalam berbagai pengaturan perkembangan masa ke masa. Namun pengertian hukum perang secara yuridis dapat diketemukan dalam Konperensi Perdamaian II di Den Haag 1907, yang tercantum pada Konvensi III-1907 tentang Tata Cara Perang. Pada Konvensi Den Haag- III-1907 tersebut mensyaratkan agar hukum perang dapat diberlakukan dalam suatu peperangan, maka harus ada "pernyataan perang" terlebih dahulu yang diakui oleh pihak Lawannya.

Berkaitan dengan syarat berlakunya hukum perang tersebut, maka pengertian perang yang dibahas merupakan pengertian perang dalam arti yuridis, yaitu :⁴⁴

1. Francois

Perang adalah keadaan hukum antara negara-negara yang saling bertikai dengan menggunakan kekuatan militer, Supaya ada perang dalam keadaan hukum, maka harus ada "animus belligerendi" (niat untuk mengakhiri hubungan damai).

2. Lauterpach Oppenheim

Perang adalah persengketaan antara dua negara dengan maksud menguasai lawan dan membangun kondisi perdamaian seperti yang diinginkan oleh pihak yang menang. Ciri khas (karakteristik) perang adalah (1) Adanya pertikaian antar negara, (2) dengan menggunakan kekuatan bersenjata, dan (3) bertujuan mengalahkan pihak lawan.

3. Mochtar Kusumaatmadja

Perang adalah keadaan dimana suatu negara atau lebih terlibat dalam suatu persengketaan disertai dengan pernyataan niat salah satu pihak untuk mengakhiri hubungan damai dengan pihak lain. Hal pokok dari berlakunya hukum perang yaitu adanya niat untuk mengakhiri hubungan damai, dan bukan pada penggunaan kekerasan bersenjata itu sendiri.

Sesuai dengan definsi dari para sarjana tersebut di atas, maka dalam suatu kekerasan bersenjata antara pihak-pihak dapat terjadi dua kemungkinan yaitu :

- (1) Pertikaian bersenjata yang berstatus perang dan
- (2) Pertikaian bersenjata yang tidak berstatus perang.

Berlakunya hukum perang dalam suatu sengketa bersenjata, didasarkan pada niat atau pernyataan dari pihak untuk mengakhiri hubungan damai (pernyataan perang lebih dahulu). Suatu pertempuran bersenjata tidak berstatus hukum perang, apabila

⁴⁴ GPH Haryomataram, *Sekelumit tentang Hukum Humaniter*, Surakarta, UNS Press 1986, halm 58

sebelumnya tidak ada niat dari para pihak untuk mengakhiri hubungan damai (pernyataan perang) lebih dahulu. Berkaitan dengan adanya syarat pernyataan perang lebih dahulu sebagai dasar berlakunya hukum perang, menurut pendapat **Mc. Nair** dapat sebagai berikut dilihat sebagai berikut :⁴⁵

- 1) Apabila suatu negara menyatakan dengan tegas bahwa konflik bersenjata itu sebagai perang;
- 2) Meskipun tanpa pernyataan perang, namun suatu negara yang menggunakan kekerasan bersenjata terhadap negara lain yang disertai dengan adanya indikasi-indikasi yang menunjukkan adanya *animus belligerendi*;
- 3) Meskipun negara yang melakukan kekerasan bersenjata tidak disertai animus belligerendi tetapi negara yang memusuhi menganggap perbuatan tersebut sebagai perbuatan yang menimbulkan atau menghasilkan *state of war*.

b. Pengertian Hukum Sengketa Bersenjata

Secara historis dapat dikemukakan perjuangan bersenjata telah ada sebelum dibentuknya hukum sengketa bersenjata, meskipun keberadaan mereka tidak memperoleh pengakuan secara sah dalam hukum perang sebagai kombatan. Mereka yang dianggap sebagai kombatan adalah yang tergabung dalam *reguler army* saja, akibatnya mereka yang tidak termasuk sebagai *reguler army* apabila tertangkap pihak lawan tidak memperoleh perlindungan sebagai tawanan perang, dan mereka diperlakukan sebagai kriminal. Sebagai contoh gerakan perlawanan rakyat Yugoslavia di bawah Jendral **Tito**, yang dikenal dengan "*partisan*" tidak diakui oleh pemerintah pendudukan Jerman, sehingga terhadap *partisan* ini tidak memperoleh perlindungan tawanan perang. Alasan Jerman didasarkan bahwa pernyataan perang di

⁴⁵ **Ibid.**

bawah Jendral Tito tidak diakui oleh Jerman, karena pada waktu itu Yugoslavia belum merupakan suatu negara.

Persoalan ini mendapatkan jawaban dalam Pasal 2 Konvensi Jenewa 1949 yang menetapkan bahwa Konvensi-Konvensi Jenewa 1949 akan berlaku pada peperangan yang diikuti dengan adanya; *“pernyataan perang, pernyataan perang yang tidak diakui oleh Pihak Lawan dan Konvensi ini berlaku juga untuk peristiwa pendudukan yang tidak memperoleh perlawanan,”*

Prinsipnya Pasal 2 Konvensi Jenewa 1949 tersebut memperluas berlakunya hukum perang, yang diatur dalam Konvensi Den Haag III-1907, dengan tujuan untuk memberikan perlindungan secara luas bagi mereka yang menjadi korban perang.

Lebih lanjut dengan dikeluarkannya Protokol Tambahan I dan II-1977, dalam kedua protokol tersebut tidak lagi menggunakan istilah perang, namun menggunakan istilah *“pertikaian bersenjata”* atau *“sengketa bersenjata”* dan dibedakan antara *sengketa bersenjata dalam situasi Internasional dan non internasional*. Secara yuridis pengertian tersebut merupakan perluasan dari hukum perang yang diatur oleh Konvensi Den Haag 1907. Di samping bertujuan untuk memperluas perlindungan korban-korban akibat sengketa bersenjata yang tidak hanya bersifat internasional saja, namun juga korban-korban akibat sengketa bersenjata non internasional.

Menurut **T Sabi Oebit** istilah *“hukum sengketa bersenjata atau konflik bersenjata lebih luas dibandingkan dengan istilah “hukum perang”*, sebagaimana diibaratkan oleh Suhandi Ijaz: apabila ada senjata meletus maka hukum sengketa

bersenjata berlaku untuk memberikan perlindungan korban-korban, tanpa melihat apakah ada atau tidak ada pernyataan perang lebih dahulu.⁴⁶

c. Pengertian Hukum Humaniter Internasional

Menurut **Hans Peter Gesser**, dinyatakan hampir tidak mungkin menemukan secara pasti kapan dan dimana hukum humaniter ini timbul dan siapakah pencipta hukum humaniter⁴⁷. Menurut **Jean Pictet**, “Hukum humaniter internasional atau hukum sengketa bersenjata atau hukum perang sama tuannya dengan kehidupan manusia itu sendiri.⁴⁸ Secara yuridis hukum humaniter internasional muncul pada tahun 1864 yang ditandai dengan Konvensi Jenewa 1864 yang bertujuan melindungi angkata perang yang luka dan sakit akibat pertempuran di darat.

Selanjutnya di bawah ini akan diketengahkan beberapa definisi hukum humaniter Internasional dari beberapa sarjana, yaitu sebagai berikut :⁴⁹

1. Shigeki Miyosoki

Hukum Humaniter internasional adalah hukum tentang perlindungan hak asasi manusia dalam sengketa bersenjata dengan ketentuan-ketentuan dalam instrumen-instrumen hukum.

2. Jean Pictet

Hukum humaniter internasional dalam arti luas adalah ketentuan-ketentuan hukum internasional apakah tertulis atau dari kebiasaan yang menjamin penghormatan terhadap individu dan umat manusia.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ **Hans Peter Gesser**, *An Introduction International Humanitarian Law*, Henry Dunant Institute, *Dalam International Review of ICRC*, Geneva 1996, halm 45

⁴⁸ **Jean Pictet** Op cit, hal 35.

⁴⁹ **Yasin Tasyrif**, *Hukum Humaniter Internasional*, Buku Pegangan Kuliah Mahasiswa, FH Undip Semarang, 1990, hal 10-11.

3. Enrique P Syquia

Hukum humaniter internasional adalah semua ketentuan hukum internasional apakah tertulis atau tidak tertulis yang menjamin penghormatan individu dan pengembangannya.

4. Mochtar Kusumaatmadja :

Hukum humaniter internasional adalah bagian dari hukum yang mengatur ketentuan-ketentuan perlindungan korban perang, namun berlainan dengan hukum perang itu sendiri dan segala sesuatu yang menyangkut cara melakukan perang itu sendiri.⁵⁰

Dalam definisi Mochtar Kusumaatmadja sebagaimana dikemukakan di atas, dikemukakan bahwa hukum humaniter internasional merupakan bagian dari hukum perang, yang secara khusus berkaitan dengan perlindungan korban perang, sedangkan hukum perang berkaitan dengan tata cara perang, yang berbeda dengan hukum humaniter. Jadi Mochtar Kusumaatmadja, membedakan antara hukum perang dan hukum humaniter internasional, karena hukum humaniter merupakan bagian dari hukum perang.

Selanjutnya tujuan dari Hukum Humaniter Internasional ataupun Hukum perang adalah :⁵¹

1. Melindungi baik kombatan maupun non kombatan yang jatuh di bawah kekuasaan lawan;
2. Menjamin hak-hak asasi tertentu dari orang-orang yang berada dibawah kekuasaan pihak lawan;
3. Memungkinkan untuk dicapainya perdamaian;
4. Membatasi hak-hak Pihak dalam menggunakan cara dan sarana dalam peperangan/ sengketa bersenjata.

⁵⁰ GPH Haryomataram, *Pengantar Hukum Humaniter*, (Jakarta, kerjasama ICRC dan PSHM FH trisakti, 2000), halm 6.

⁵¹ GPH Haryomatarama, 1984 Loccit.

4. Prinsip-Prinsip dalam Hukum Perang atau Hukum Humaniter Internasional

Berlakunya hukum perang ataupun hukum humaniter internasional, tidak hanya didasarkan pada hukum tertulis saja, melainkan juga pada ketentuan-ketentuan yang tidak tertulis. Menurut **Jean Pictet**⁵² dalam hukum kebiasaan perang terdapat tiga asas yang diakui berlaku secara universal yaitu :

(a) **Prinsip Kepentingan Militer** (*Military Necessity Principles*), artinya;

Setiap pihak yang bersengketa diperbolehkan menggunakan seluruh kekuatan militernya di dalam mengalahkan pihak lawan dalam waktu yang sesingkat-singkatnya dan dengan korban yang sekecil-kecilnya. Berlakunya prinsip ini harus seimbang dengan prinsip kemanusiaan.

(b) **Prinsip Kemanusiaan** (*Humanity Principles*) artinya :

Setiap pihak yang bersengketa harus mencegah dilakukannya tindakan-tindakan yang menimbulkan penderitaan yang sebenarnya tidak perlu dalam peperangan itu sendiri.

(c) **Prinsip Kesatriaan** (*Chivalry Principles*) artinya :

Setiap pihak yang bersengketa secara timbal balik harus menjamin tidak dilakukannya perbuatan-perbuatan curang atau tidak satria dalam peperangan/ sengketa bersenjata.

Ketiga prinsip hukum kebiasaan perang ini lebih lanjut dijabarkan dalam ketentuan-ketentuan Konvensi Den Haag 1907 dan Konvensi Jenewa 1949 beserta dua Protokol Tambahan I dan II-1977. Sehubungan dengan fakta tersebut, maka **Michael Veuthey**, menyatakan bahwa “ Hukum humaniter dalam arti luas dapat disamakan

⁵² Jean Pictet, Loccit,

dengan HAM, sedangkan dalam arti sempit dapat disamakan dengan perlindungan HAM pada masa sengketa bersenjata.⁵³

Selanjutnya menurut **Anita Klumm dan Jean Pictet** merumuskan prinsip-prinsip pembatasan dalam Konvensi Den Haag 1907 (Hukum Den Haag) yaitu :⁵⁴

(a) *Principles of the ratione personae restriction* (Pembatasan terhadap orang yang boleh dijadikan sasaran serangan), artinya :

Setiap pihak-pihak yang berperang akan menempatkan non kombatan di luar wilayah pertemuran dan menghindari diri untuk melakukan serangan pada penduduk sipil,

(b) *Principles of the ratione loci restriction* (Pembatasan terhadap obyek serangan) artinya :

Setiap serangan hanya dianggap sah apabila ditujukan pada obyek-obyek militer.

(c) *Principles of the ratione conditions restriction* (Pembatasan cara dan sarana berperang) artinya :

Senjata dan cara-cara berperang yang menimbulkan penderitaan yang tidak perlu dalam perang harus dilarang

Selanjutnya menurut Jean Pictet prinsip-prinsip dalam Konvensi Jenewa 1949 (hukum jenewa) adalah berupa :⁵⁵

1. *Principle of Inviolability* (prinsip tidak dapat diganggu gugat), artinya :

Setiap orang atau individu berhak untuk dihormati jiwanya, integritasnya baik fisik maupun moral dan atribut-atribut yang tidak dapat dipisahkan dari personalitasnya. Penerapannya hak untuk membunuh dan dibunuh dalam perang hanya diperbolehkan terhadap mereka yang berstatus kombatan.

⁵³ *Ibid.* hal 145.

⁵⁴ Lihat **Yasin Tasyrif**, *Opcit*, halm 72.

⁵⁵ **Jean Pictet** *Opcit* halm 35-37 dan lihat pula **Yasin Tasyrif**, hal 73-74.

2. *Principle of non Discrimination* (prinsip perlakuan yang sama tanpa perbedaan),
artinya :

Setiap orang harus memperoleh perlakuan yang sama tanpa ada perbedaan berdasarkan ras, warna kulit, jenis kelamin, agama dan perbedaan-perbedaan lainnya. Penerapannya perbedaan hanya dapat dilakukan dalam keadaan darurat

3. *Principle of security* (prinsip keamanan) artinya :

Setiap orang harus memperoleh jaminan atas perlindungan keamanannya.
Penerapannya : Setiap orang hanya dapat dihukum berdasarkan kesalahan tidak boleh melakukan hukuman kolektif, deportasi dan adanya jaminan-jaminan dalam peradilan.

4. *Principle of Neutrality* (Prinsip kenetralan) artinya :

Setiap bantuan kemanusiaan harus bersifat netral dan tidak memihak.
Penerapannya tidak seorangpun boleh dihukum karena memberikan bantuan kemanusiaan pada korban-korban sengketa bersenjata.

5. *Principle of Normality* (Prinsip normalitas) artinya :

Setiap orang yang dilindungi harus dijamin untuk dapat hidup secara normal, seperti dalam keadaan tidak sengketa bersenjata.
Penerapannya setiap tawanan perang bukanlah kriminal, sebab tindakan penahanan bersifat sementara sebagai tindakan pencegahan dan pengamanan yang harus berakhir setelah konflik bersenjata berakhir.

6. *Principle of Protection* (prinsip perlindungan) artinya

Negara harus menjamin perlindungan baik secara nasional maupun internasional terhadap orang-orang yang ada di bawah kekuasaannya.
Penerapannya setiap Pihak Penguasa harus bertanggungjawab terhadap semua Kondisi korban-korban sengketa bersenjata. Tawanan perang bukan di bawah kekuasaan Komandan yang menawannya, melainkan berada di bawah tanggungjawab negaranya. Selama tidak memperoleh perlindungan secara nasional maka korban-korban sengketa bersenjata berada di bawah perlindungan internasional.

Ke enam prinsip hukum jenewa 1949 tersebut, dimaksudkan untuk memudahkan pemahaman hukum humaniter internasional, dalam hubungannya mencegah terjadi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM selama berlangsungnya konflik berenjata internasional maupun non internasional.

D. Ruang Lingkup Pelanggaran-Pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM

1. Pelanggaran-Pelanggaran Berat

Pada prinsipnya tindakan-tindakan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran-pelanggaran berat (*grave breaches*), adalah setiap perbuatan yang dilarang oleh Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol tambahan I-1977 yang ditujukan pada orang yang dilindungi dan hak miliknya selama berlangsungnya sengketa bersenjata Internasional. Ketentuan-ketentuan mengenai pengaturan pelanggaran berat ini secara bersamaan diatur dalam Pasal 50 Konvensi Jenewa I, Pasal 51 Konvensi Jenewa II, Pasal 130 Konvensi Jenewa III, Pasal 147 Konvensi Jenewa IV-1949 dan Pasal 85 Protokol Tambahan I-1977. Ketentuan ini dikenal sebagai *common article* (ketentuan-ketentuan yang bersamaan).

a. Pelanggaran berat dalam Keempat Konvensi Jenewa 1949 meliputi:

1. Sesuai Konvensi I, II, III dan IV yaitu :

- ◆ Pembunuhan secara sengaja;
- ◆ Penganiayaan dan perlakuan tidak manusiawi termasuk percobaan biologis;

- ◆ Menyebabkan dengan sengaja untuk menimbulkan penderitaan berlebihan, atau luka berat pada badan dan kesehatan;

2. Sesuai dengan Konvensi I, II dan III yaitu :

- ◆ Pengrusakan dan pemilikan atas harta benda yang tidak dibenarkan oleh kepentingan militer dan dilaksanakan secara sewenang-wenang dan dilakukan secara melawan hukum

3. Sesuai Konvensi III dan IV yaitu :

- ◆ Memaksa seseorang tawanan perang atau orang-orang yang dilindungi oleh konvensi untuk berdinis dalam ketentaraan negara musuh;
- ◆ Merampas dengan sengaja hak-hak tawanan perang atau orang yang dilindungi oleh Konvensi dalam peradilan yang adil dan wajar;

4. Sesuai dengan Konvensi IV yaitu :

- ◆ Deportasi dan pemindahan penduduk sipil secara paksa;
- ◆ Penahanan yang tidak sah terhadap orang yang dilindungi Konvensi;
- ◆ Melakukan tindakan penyanderaan terhadap orang-orang yang dilindungi oleh konvensi.

b. Pelanggaran-pelanggaran Berat dalam Protokol Tambahan I – 1977⁵⁶

1. Pelanggaran-pelanggaran berat Dalam Keempat Konvensi Jenewa 1949;

2. Pelanggaran berat dalam Pasal 11 Protokol Tambahan I yaitu :

Melakukan tindakan di bidang medis terhadap orang-orang yang berada di bawah kekuasaannya berupa :

⁵⁶ Lihat Pasal 85 Protokol Tambahan I-1977

- a. pengudungan anggota tubuh;
- b. percobaan-percobaan kesehatan atau ilmiah;
- c. memindahkan jaringan tubuh atau organ tubuh untuk pencakokan, kecuali perbuatan ini dibenarkan demi alasan kesehatan

3. Pelanggaran Berat dalam Pasal 85 Protokol I yaitu :

a. Pasal 85 ayat (3) Protokol Tambahan I-1977 meliputi;

- ◆ melakukan serangan terhadap penduduk sipil;
- ◆ melakukan serangan yang membabi buta pada penduduk sipil;
- ◆ melakukan serangan pada instalasi-instalasi yang mengandung kekuatan yang membahayakan;
- ◆ melakukan serangan terhadap wilayah yang tidak dipertahankan;
- ◆ melakukan serangan terhadap hors de combat

b. Pelanggaran Pasal 85 ayat (4) yaitu :

- ◆ Pemindahan sebagian penduduk sipil ke dalam wilayah yang diduduki, dan deportasi secara paksa;
- ◆ Keterlambatan dalam repatriasi tawanan perang;
- ◆ Tindakan yang merendahkan martabat manusia dan diskriminasi berdasarkan perbedaan ras;
- ◆ Serangan terhadap monumen bersejarah dan obyek-obyek budaya termasuk tempat-tempat ibadah;
- ◆ Tidak menghormati hak setiap orang yang dilindungi oleh konvensi dalam memperoleh peradilan yang adil dan wajar.
- ◆ Pelanggaran lain berupa tidak memenuhi kewajiban-kewajiban yang diatur dalam Konvensi Jenewa 1949.

Pelanggaran-pelanggaran berat tersebut secara nasional belum dapat dikatakan sebagai delik/tindak pidana, apabila pelanggaran berat tersebut belum diancam pidana melalui hukum pidana nasional. Sehubungan dengan hal itu setiap negara mempunyai kewajiban untuk melakukan penindakan pelanggaran-pelanggaran berat, sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 49 Konvensi I, Pasal 50 Konvensi II, Pasal 129 Konvensi III, Pasal 146 Konvensi IV dan Pasal 86 Protokol I-1977. Kewajiban ini adalah :

- (1) membuat undang-undang pidana yang memberikan sanksi pidana bagi pelanggaran-pelanggaran berat (kriminalisasi);
- (2) kewajiban untuk menangkap, dan mengadili orang yang disangka melakukan atau memerintahkan dilakukannya pelanggaran-pelanggaran berat tanp memandang kebangsaannya;
- (3) kerjasama dalam mengekstradisikan pelaku pelanggaran berat;

Selanjutnya perbuatan-perbuatan yang dikategorikan sebagai pelanggaran-pelanggaran berat dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977 dikualifikasikan sebagai **kejahatan perang** (*war crimes*), sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 85 ayat (5) Protokol Tambahan I-1977.

2. Pelanggaran HAM

Pelanggaran-pelanggaran HAM yang dimaksud adalah pelanggaran-pelanggaran HAM pada masa konflik bersenjata, yaitu tindakan-tindakan yang dilarang dalam Pasal 3 common article Jenewa Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol

Tambahan II-1977, yaitu pelanggaran jaminan-jaminan dasar (kemanusiaan).

Pelanggaran HAM ini meliputi :

a. Pelanggaran jaminan-jaminan dasar kemanusiaan dalam Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949, meliputi larangan melakukan tindakan sebagai berikut :

- ◆ Tindakan kekerasan atas jiwa dan raga, terutama setiap macam pembunuhan, pengudungan , perlakuan kejam dan penganiayaan ;
- ◆ Penyanderaan;
- ◆ Perkosaan atas kehormatan pribadi, terutama perlakuan yang menghinakan dan merendahkan martabat;
- ◆ Menghukum dan melaksanakan hukuman mati tanpa didahului keputusan pengadilan yang dibentuk secara tertarur.yang memberikan jaminan peradilan yang diakui sebagai keharusan oleh bangsa yang beradab.

b. Pelanggaran Jaminan jaminan dasar dalam Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977, meliputi larangan melakukan tindakan sebagai berikut :

- ◆ Kekerasan terhadap jiwa, kesehatan dan kesejahteraan jasmani ataupun rohani dari orang-orang khususnya pembunuhan, perlakuan kejam seperti penganiayaan, pengudungan, atau setiap bentuk penghukuman jasmanai;
- ◆ Hukuman kolektif;
- ◆ Penyanderaan;
- ◆ Tindakan terorisme;
- ◆ Perkosaan ataskehormatan pribadi, terutama perlakuan yang menghinakan dan merendahkan martabat, perkosaan terhadap wanita, pelacuran dan setiap bentuk serangan tidak senonoh.
- ◆ Perbudakan dan perdagangan budak
- ◆ Perampokan;

- ◆ Amcaman hendak melakukan setiap tindakan tersebut.

Pelanggaran pelanggaran jaminan- jaminan dasar (kemanusiaan) pada hakekatnya merupakan perlindungan hak-hak asasi manusia yang tidak dapat ditunda pelaksanaannya (*non derogable rights*), meskipun negara dalam keadaan perang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (2) ICCPR 1966 yaitu :

- ◆ Hak untuk hidup (Pasal 6) ;
- ◆ Hak untuk tidak dianiaya (pasal 7)
- ◆ Hak untuk tidak diperbudak {Pasal 8 (1) dan (2) }
- ◆ Hak untuk tidak dipidana karema tidak ada kemampuan untuk memenuhi kewajiban kontraktual (Pasal 11);
- ◆ Hak untuk tidak dipidana atas perbuatan yang belum ada aturan hukumnya pada saat perbuatan dilakukakn (Pasal 15);
- ◆ Hak atas persamaan di depan hukum (Pasal 16);
- ◆ Hak untuk bebas berpendapat , berhati nurani dan beragama (Pasal 18).

Selanjutnya berkaitan dengan perlindungan HAM dalam sengketa bersenjata non internasional, yang didasarkan pada Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 Jo Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977, dikemukakan oleh **Anne Sophie Gindroze** (anggota staff perwakilan ICRC di Jakarta) sbb :⁵⁷

Adanya Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977 yang berlaku dalam konflik bersenjata non internasional merupakan ketentuan yang mengatur perlindungan HAM. Sebab mengatur hubungan antara pemerintah dengan warganegaranya sendiri, jadi mencakup perlindungan HAM tradisionil.

⁵⁷ **Anne Sophie Gindroze**, *Hubungan Hukum Humaniter Internasional dan HAM*, Course Material on International Humanitarian Law, Jakarta, Kerjasama ICRC dan PSHM FH Trisakti 1996, halmn 9

Pendapat Anne Sophie Gindroze tersebut di atas, sesuai dengan pendapat dari **Hans Peter Gesser** yaitu sebagai berikut :

”Article 3 and Protocol II as condification of fundamental human rights law for civil war situation”⁵⁸.

Berkaitan dengan kedua pendapat tersebut, menurut **Mochtar Kusumaatmadja** dikemukakan sbb :⁵⁹

“ Pasal 3 dari ke empat Konvensi Jenewa 1949 memberikan jaminan perlakuan menurut asas-asas kemanusiaan, lepas dari status pemberontak menurut hukum atau sifat dari pertikaian bersenjata itu sendiri”

Selanjutnya pengertian pelanggaran HAM dapat diketemukan dalam Pasal 1 sub 6 UU No 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yaitu :

Pelanggaran hak asasi manusia adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja, atau kelainan yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok yang dijamin oleh undang-undang ini, dan tidak mendapatkan atau dikhawatirkan tidak memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.

PelanggaranHAM yang dilakukan pada masa sengketa bersenjata merupakan pelanggaran HAM berat (*gross violation of Human rights*), sebagaimana dikemukakan oleh **Muladi**,⁶⁰ sebagai berikut

⁵⁸ Hans Peter Gesser, *Opcit*, hal 46.

⁵⁹ Mochtar Kusumaatmadja, *Opcit*, halm 28.

“Ruang lingkup pelanggaran HAM berat (*gross violation of human rights*) pada hakekatnya sangat luas, dalam arti sebenarnya mencakup pelanggaran hukum humaniter internasional”

Selanjutnya jenis-jenis pelanggaran HAM berat menurut Pasal 104 UU No 39 tahun 1999 tentang HAM adalah :

- pembunuhan massal (*genocide*)
- pembunuhan sewenang-wenang atau di luar putusan pengadilan (*arbitrary/extra judicial killing*);
- penghilangan orang secara paksa;
- perbudakan atau
- diskriminasi yang dilakukan secara sistematis.

Pelanggaran HAM atau pelanggaran jaminan-jaminan dasar pada masa sengketa bersenjata non internasional, baik yang diatur Pasal 3 common artilece Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977 tidak secara tegas dikualifikasikan sebagai **kejahatan perang**, seperti pelanggaran-pelanggaran berat dalam Protokol Tambahan I-1977. Namun didasarkan pada Pasal 8 tentang kejahatan perang pada *Statute Roma 1998*, secara tegas menetapkan pelanggaran –pelanggaran berat dalam Konflik bersenjata Internasional dan konflik bersenjata non internasional merupakan kejahatan perang.

Di samping itu dalam praktek-praktek legislatif negara-negara, berdasarkan pada penelitian dari **Thomas Gradzky** , pelanggaran-pelanggaran HAM dalam

⁶⁰ **Muladi**, *Prinsip-Prinsip Pengadilan Pidana bagi Pelanggaran HAM Berat di Era Demokrasi*, Makalah dalam Seminar tentang Peradilan HAM, di Unissula, Semarang, tanggal 6 Mei 2000, halm 9

konflik bersenjata non internasional dikualifikasikan sebagai kejahatan perang, sebagaimana dikemukakan oleh **Thomas Gradzky** sebagai berikut .⁶¹

However, while of the more recent of these manuals are probably indicate of a new trend in favour of the criminalization of serious violations of humanitarian law applicable in internal conflicts, or leave the door open to such a course by the general nature or imprecision of their defining of war crime the legal framework for any resulting prosecution is another matter. (kursif penulis).

Berdasarkan pada uraian-uraian tersebut di atas, pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977 merupakan kejahatan internasional yang dikualifikasikan sebagai “**kejahatan perang**” (*war crimes*).

E. Urgensi Pemerintah Indonesia Terhadap Ratifikasi Protokol Tambahan I dan II-1977

1. Ruang Lingkup berlakunya Protokol Tambahan I-1977

Berlakunya Protokol Tambahan I-1977 di dasarkan pada Pasal 2 Konvensi Jenewa 1949 yang berbunyi :

.Konvensi ini akan berlaku untuk semua *peristiwa perang yang diumumkan* atau *setiap pertikaian bersenjata* (armed conflict) lainnya yang mungkin timbul antara dua atau lebih pihak penandatanganan, sekalipun keadaan perang tidak diakui oleh salah satu di antara mereka
Konvensi ini juga akan berlaku untuk semua peristiwa pendudukan, sebagian atau seluruhnya, dari wilayah Peserta Agung sekalipun pendudukan tersebut tidak memperoleh perlawanan.

⁶¹ **Thomas Graditzky**, *Individual Criminal Responsibility for Violations of International Humanitarian Law, Committed in Non International Armed Conflict*, dalam International Review No 213 May-Juni, Publisher by ICRC, Geneva 1996, halm 45-46.

Pasal 2 Konvensi Jenewa 1949 sebagai dasar berlakunya Protokol Tambahan I-1977, dapat dilihat dalam Pasal 1 ayat (3) Protokol Tambahan I-1977 yang berbunyi :

... "Protokol ini berlaku dalam situasi yang dimaksud dalam Pasal 2 Konvensi Jenewa 1949." Jadi situasi atau sifat konflik bersenjata yang dimaksud dalam Pasal 2 Konvensi Jenewa 1949, merupakan dasar untuk dapat diberlakukannya ketentuan-ketentuan dalam Protokol Tambahan I-1977, yaitu konflik bersenjata internasional.

Dalam Commentary Protocol dijelaskan bahwa yang dimaksud sebagai konflik bersenjata internasional adalah sebagai berikut :

"Perang atau pertikaian bersenjata" yang dimaksud adalah perang yang terjadi antara dua negara atau lebih pihak peserta agung atau antara pihak peserta agung dengan bukan pihak peserta agung, asalkan yang terakhir ini adalah negara"⁶²

Di samping itu Protokol tambahan I-1977 berlaku juga dalam situasi lainnya sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (4) yaitu : *Pertikaian antara suatu Bangsa (belum merupakan suatu negara) melawan colonial domination, alien occupation dan racist regime, atau yang dikenal dengan CAR Conflict.*

Selanjutnya yang dimaksud dengan "People" menurut Commentary Protocol adalah sebagai berikut :

In international law there is no definition of what constitutes a people; there are only instruments listing the rights it is recognized all peoples hold. Nor is there an objective or inflexible criteria which makes it possible to recognize a group as a people; apart from a defined territory, other criteria could be taken into account such as that of a common language, common culture of ethnic territory may not be single unit geographically or politically, and a people can comprise various linguistic, cultural and ethnic groups. The essential factor

⁶² Lihat Fadilah Agus, *Protokol Tambahan I-1977*, dalam Pengantar Hukum Humaniter, Jakarta, Kerjasama ICRC dengan PSHM FH Trisakti, 2000, hal, 138

is a common sentiment of forming a people, and a political will to live together as such. Such of criteria indicated, and are generally highlighted and reinforced by a common history.

This means simultaneously that there is a bond between the persons belonging to this people and something that separates them from other people; there is is common element and a distinctive element.⁶³

Berdasarkan komentar di atas, ternyata hukum internasional tidak memberikan batasan mengenai pengertian “*people*”, namun terdapat kriteria suatu kelompok masyarakat agar disebut sebagai bangsa (*people*), antara lain adalah : (a) kelompok bangsa tersebut berada di suatu wilayah tertentu dan (b) memiliki kesamaan bahasa, etnik dan budaya tertentu., (c) wilayah itu mungkin tidak merupakan suatu unit geografi atau politik. Di samping itu unsur penting dari suatu *people* adalah adanya persamaan dan keinginan secara politis untuk hidup bersama menjadi suatu bangsa.

Selanjutnya didasarkan pada *travaux preperation* dari Protocol, sejarah pembentukan Pasal 1 ayat (4) ditujukan pada *people* yang pada waktu itu sedang memperjuangkan “hak untuk menentukan nasib sendiri”. Adapun yang dimaksud *People* yang melawan *colonial domination* adalah bangsa **Angola** dan **Mozambique** melawan penjajahan Portugal, sedangkan yang dimaksud *People* yang melawan negara pendudukan adalah Palestina melawan Israel dan Racist regime yang dimaksud adalah rezim rasialis di Afrika Selatan waktu itu.⁶⁴

Berkaitan dengan berlakunya Pasal 1 ayat (4) Protokol Tambahan I-1977, menurut **GPH Haryomataram** dikemukakan :

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid. hal 137 dan Lihat pula **GPH Haryomataram** 1986 Opcit hal 153.

Seandainya pasal ini akan digunakan maka harus ada tendensi hanya mengakui People yang telah mendapatkan pengakuan dari organisasi antar pemerintah di-wilayah yang bersangkutan. Di samping itu seandainya ada negara yang menjadi Pihak dalam Protokol ini sedang menghadapi pemberontak yang mengakui sebagai Gerakan Pembebasan Nasional, maka kemungkinan kecil negaranya akan mau mengakui dirinya sebagai "Colonial Power atau Alien-occupation, apabila negara yang bersangkutan tidak setuju maka ketentuan Pasal 1 sub 4 ini tidak dapat diberlakukan.

Lebih lanjut dilihat dari materi Protokol Tambahan I -1977, maka urgensi pemerintah Indonesia untuk meratifikasi protokol dapat dikaji dari berbagai sudut kepentingan yaitu :

a. **Kepentingan Bela Negara**

1. **Status POLRI**

Kedudukan Polri dalam Hukum Humaniter internasional tidak mempunyai status sebagai kombatan, karena peranannya sebagai pemelihara ketertiban dan penegakan hukum. Dalam Pasal 43 sub 3 ditegaskan :

"Salah satu pihak dalam konflik bersenjata dapat memasukan "kelompok penegak hukum:"(armed law enforcement agency) dalam angkatan bersenjatanuya dengan syarat memberitahukan pada Pihak lawan"

Sesuai ketentuan Pasal 43 ayat (3) di atas, maka Polri dapat menjadi kombatan, apabila mengikuti angkatan bersenjata dan keberadaannya diberitahukan pada pihak lawan.

2. **Status Gerilyawan**

Pasal 44 ayat (3) memberikan pengakuan bagi *armed combatant* (gerilyawan) untuk memperoleh status sebagai kombatan.

Berkaitan dengan penerapan ketentuan Pasal 44 ayat (3) tentang status gerilyawan, t dikaitkan dengan SISHANHAMRATA, pengakuan status kombatan bagi gerilyawan ini akan memberikan keuntungan bagi bangsa Indonesia. Taktik perang gerilyawan ini sangat relevan dengan *asas tidak kenal menyerah*, meskipun seluruh wilayah negara telah diduduki oleh musuh, dalam situasi demikian peranan gerilyawan akan menonjol.⁶⁵

b. Perlindungan Penduduk sipil

Tujuan Protokol Tambahan I-1977 adalah meningkatkan perlindungan bagi penduduk sipil, sebagaimana diatur dalam ketentuan-ketentuan di bawah ini yaitu :

- (1) perlindungan penduduk sipil dari sasaran serangan (Pasal 51)
- (2) perlindungan fasilitas sipil (Pasal 54)
- (3) kewajiban komandan untuk menentukan dan merencanakan serangan dalam kaitannya untuk mencegah korban penduduk sipil (Pasal 57)
- (4) Perlindungan jaminan-jaminan dasar kemanusiaan (Pasal 75)
- (5) Perlindungan khusus wanita (Pasal 76);
- (6) Perlindungan Anak-anak (Pasal 77).

Berdasarkan pada uraian-uraian di atas, Protokol Tambahan I-1977 memperluas cakupan perlindungan korban-korban akibat sengketa bersenjata internasional dan memperluas perlindungan status tawanan perang, berkaitan dengan pengakuan status kombatan bagi Polri dan gerilyawan. Ketentuan –ketentuan ini mempunyai arti penting bagi Indonesia untuk meratifikasinya.

⁶⁵ Lihat GPH Haryomataram, 1986, Opcit, hal 131-132.

1. Ruang Lingkup Berlakunya Protokol Tambahan II-1977

Protokol Tambahan I diterapkan dalam situasi pertikaian bersenjata non internasional, seperti perang saudara atau pemberontakan. Protokol ini dimaksudkan untuk mengembangkan ketentuan Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 dalam perlindungan korban-korban akibat sengketa bersenjata non internasional.

Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949, tidak memberikan batasan tentang konflik bersenjata non internasional ini, sebagaimana tercantum dalam Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 adalah :

“ In case of armed conflict non an international character occurring in the territory of one of the Hight Contracting Parties.....” (kursif penulis).

Pada ketentuan pasal 3 tersebut hanya menyebutkan konflik bersenjata yang tidak mempunyai karakter internasional, tanpa memberikan apa yang dimaksud dengan istilah tersebut. Dilihat dalam Commentary Convention ditegaskan bahwa keinginan untuk memberikan batasan *armed conflict non an international character* dibatalkan. Sebaliknya diusulkan untuk memberikan syarat-syarat agar Pasal 3 common article ini dapat diterapkan dalam konflik bersenjata yang tidak mempunyai karakter internasional yaitu :

- a. Pihak pemberontak terhadap pemerintah de jure memiliki kekuatan militer yang terorganisir, dipimpin oleh seorang komandan yang bertanggungjawab terhadap anak buahnya, melakukan aksi dalam wilayah tertentu dan memiliki sarana untuk menghormati dan menjamin penghormatan terhadap konvensi jenewa ;
- b. Pemerintah yang sah dipaksa untuk menggerakkan kekuatan militer reguler untuk menghadapi pemberontak yang terorganisir secara militer dan menguasai sebagian wilayah nasional;
- c. .1. Pemerintah de jure telah mengakui pemberontak sebagai belligerent;

2. Pemberontak telah mengklaim bagi dirinya hak sebagai belligerent
 3. Pemerintah telah mengakui pemberontak sebagai belligerent hanya untuk keperluan Konvensi Jenewa ini saja;
 4. Perselisihan tersebut telah dimasukkan dalam agenda Dewan Keamanan PBB sebagai ancaman terhadap perdamaian internasional, pelanggaran terhadap perdamaian atau tindakan agresif.
- d.
1. Pemberontak mempunyai organisasi yang bersifat sebagai negara
 2. Penguasa sipil melaksanakan kekuasaannya terhadap orang-orang dalam wilayah tertentu;
 3. Kekuatan bersenjata bertindak di bawah kekuasaan penguasa militer yang terorganisir;
 4. Penguasa sipil pemberontak setuju terikat pada konvensi.

Menurut Jean Pictet:⁶⁶ “Usulan tersebut sangat bermanfaat sebagai sarana membedakan antara konflik bersenjata dalam pengertian yang sebenarnya dengan tindakan-tindakan lainnya seperti tindakan para penjahata (bandity) atau pemberontakan yang tidak terorganisir dan tidak berlangsung lama (*unorganized and shortlived insurrection*)

Protokol Tambahan II-1977 tidak menggunakan istilah *armed conflict non international character*, namun digunakan istilah *Non international armed conflict* (Konflik bersenjata non internasional). Namun Protokol Tambahan ini juga tidak memberikan penjelasan apa yang dimaksud tentang Konflik bersenjata non internasional, hanya diberikan batasan sebagai : konflik bersenjata antara angkatan bersenjata dengan pihak pemberontak yang terjadi di wilayah Pihak Peserta Agung, sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) Protokol tambahan II-1977 berbunyi sbb :

1. Protokol ini, yang mengembangkan dan melengkapi Pasal 3 yang umum dikenal pada Konvensi-Konvensi Jenewa tanggal 12 Agustus 1949 tanpa merubah syata-syarat yang telah ditetapkan bagi penerapannya harus berlaku pada semua pertikaian bersenjata yang tidak tercakup dalam Pasal 1 Protokol Tambahan pada Konvensi-Konvensi Jenewa 1949 tanggal 12 Agustus 1949 dan yang berhubungan dengan perlindungan korban-korban pertikaian bersenjata internasional (Protokol I) dan yang berlangsung di wilayah dari suatu Pihak Peserta Agung antara angkatan perangnya dengan angkatan perang pihak pemberontak lainnya yang terorganisir, di bawah komandan yang bertanggungjawab melaksanakan kekuasaan atas suatu bagian dari wilayahnya sehingga memungkinkan mereka melaksanakan operasi-operasi militer secara terus menerus dan teratur baik dan memungkinkan mereka melaksanakan Protokol ini.
2. Protokol ini tidak boleh berlaku pada situasi-situasi kekacauan dalam negeri dan ketegangan dalam negeri seperti kerusuhan-kerusuhan, tindakan-tindakan kekerasan yang terpecah yang terpecah dan terjadi di sana-sini dan tindakan-tindakan lain yang bersifat serupa, yang tidak merupakan pertikaian bersenjata.

Selanjutnya dalam ayat (2) ditegaskan berlakunya Protokol Tambahan II ini, tidak dapat diterapkan terhadap kekerasan dan ketegangan dalam negeri (Internal disturbances and tension), dan memberikan contoh peristiwa kekerasan dan ketegangan dalam negeri yaitu huru-hara (*riots*), tindakan-tindakan kejahatan terpecah dan sporadis (*insolated and sporadic acts violence*) serta tindakan-tindakan lain yang serupa (*other acts or a similar nature*). Protokol Tambahan II tidak memberikan batasan-batasan dari pengertian-pengertian tersebut. Pada Commentary Protocol dijelaskan pengertian sengketa bersenjat non internasional yaitu sebagai berikut:⁶⁷

1. Sengketa bersenjata bersifat non internasional meliputi beberapa pihak yakni pemerintah sah dengan pemberontak, maka dalam sengketa bersenjata non internasional ini dapat terlihat sebagai situasi di mana

⁶⁶ GPH Haryomataram, 1984, Opcit, hal 54

⁶⁷ Lihat Fadilah Agus, Opcit, halm 143.

terjadi permusuhan antara angkatan bersenjata pemerintah sah dengan kelompok-kelompok bersenjata terorganisir (organized armed group) di dalam wilayah suatu negara;

2. Sengketa bersenjata non internasional mungkin pula terjadi pada situasi-situasi di mana faksi-faksi bersenjata (armed faction) saling bermusuhan satu sama lainnya tanpa intervensi dari angkatan bersenjata pemerintah yang sah.

Berdasarkan commentary protocol tersebut ditegaskan bahwa konflik bersenjata non internasional merupakan konflik bersenjata yang terjadi antara :

1. Pemerintah de jure melawan pemberontak dalam wilayahnya;
2. Pertikaian antara faksi-faksi tanpa intervensi dari pemerintah de jure;

Selanjutnya di bawah ini dikemukakan beberapa pendapat sarjana mengenai pengertian konflik bersenjata non internasional yaitu :

1. **Dieter Fleck** ⁶⁸

A non international armed conflict is a confrontation between the existing governmental authority and groups of persons subordinate to his authority, which is carried out with arms within national territory and reaches the magnitude of an armed riot or civil war

2. **Pietro Verri** :⁶⁹

A non international armed conflict is characterized by fighting between the armed forces of a state and dissident or rebel armed forces. However a conflict in the territory of a state between ethnic groups may be classed as a non international armed conflict provided it has the necessary characteristics of intensity duration and participation

Dibandingkan definisi dari **Dieter Fleck** di atas, maka definisi dari **Pietro Verri** lebih luas dalam menggolongkan konflik bersenjata non internasional. Konflik antar negara dengan dua kelompok etnik dapat digolongkan sebagai konflik bersenjata

⁶⁸ **Dieter Fleck**, The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict, Publisher by ICRC, Geneva 1995, halm 14.

non internasional, apabila konflik tersebut didasarkan pada karakteristik lamanya konflik dan sifat konflik yang meluas.

Berdasarkan pada Pasal 1 ayat (1) di muka, maka pengertian atau batasan konflik bersenjata non internasional dapat diperinci sebagai berikut :

1. Konflik bersenjata terjadi di wilayah Pihak Peserta Agung;
2. Terjadi pertempuran antara angkatan bersenjata pemerintah de jure melawan pemberontak yang terorganisir
3. Kelompok pemberontak yang terorganisir dipimpin seorang komandan yang bertanggungjawab atas anak buahnya;
4. Pihak pemberontak telah menguasai sebagian wilayah negara tersebut;
5. Pihak pemberontak mampu melaksanakan operasi militer secara terus menerus dan berlanjut;
6. Pihak pemberontak mampu melaksanakan ketentuan protokol ini.

Dilihat dari syarat-syarat tersebut, sangatlah sulit untuk dapat menerapkan ketentuan Protokol dalam Konflik bersenjata non internasional ini, sebagaimana nampak dalam kekuatiran seorang ahli hukum humaniter **LC Green** yang merasa kuatir bahwa kemungkinan Protokol II ini tidak dapat diterapkan dalam perang saudara (civil war), kecuali sampai telah terbentuknya suatu kelompok pemberontak yang sedemikian terorganisir seperti yang pernah terjadi di Spanyol.⁷⁰

Menurut **Rosemary Abi Saab** dikemukakan adanya kesulitan dalam penerapan Protokol II, yaitu sebagai berikut :⁷¹

1. Kesulitan pertama disebabkan pada umumnya konflik yang terjadi akhir-akhir ini tidak memenuhi syarat-syarat dalam Pasal 1 sub 1 Protokol II – 1977, terutama adanya pengawasan daerah secara efektif;

⁶⁹ **Pietro Verri**, *Dictionary of the International Law Armed Conflict*, r by ICRC, Geneva 1992, hal 35

⁷⁰ **LC Green** *The Contemporary Law of Armed Conflict*, By ICRC, Geneva 1993, h al 17 dan Lihat pula Fadilah Agus Opcit, halm 17.

⁷¹ **Roemary Abi Saab**, *Humanitarian Law dan internal conflicts*, The Evolution of legal Concern, dalam Essays in Honour of first Kalshoven, TMC Asser Institute, Dordrecht 1991, halm 216.

2. Masalah kedua adalah bagaimanakah menentukan persyaratan militer yang digunakan dan menentukan taktik-taktik militer yang dapat diterapkan.

Terlepas dari permasalahan penerapan Protokol Tambahan II-1977 dalam konflik bersenjata non internasional ini, maka yang perlu digarisbawahi adalah adanya perlindungan kemanusiaan yang memadai pada konflik bersenjata non internasional, yaitu dengan disepakatinya "*Minum Humanitarian standart*"

Selanjutnya mengenai pengertian atau batasan "**ketegangan dalam negeri**" (*internal tension*) dalam *Commentary protocol* dijelaskan sebagai berikut :

As regard internal tensions, these could be said to include in particular situations of serious tension (political, religious, racial, social, economic, etc) but also te sequels of armed conflict or internal disturbances. Such situations have one or more of the following characteristics, if no at the same time:

- ◆ Large schale arrests;
- ◆ A large number or political prisioners;
- ◆ The probable existance of ill-treatment of inhumane codition of detention;
- ◆ The suspension of fundamental judicial quaranties, either as part of the promulgation of a state of emergency or simply as a matter of fact
- ◆ Allegation of disappearences⁷²

Dalam hal terjadinya ketegangan dalam negeri dengan memenuhi karakteristik tersebut, maka ketentuan Pasal 1 sub 2 Protokol Tambahan II-1977 berlaku, sehingga hukum nasional setempat sepenuhnya dapat diberlakukan. Namun bukan berarti tidak ada standart umum yang dijadikan ukuran hukum nasional, sebagaimana ditegaskan dalam *Commentary* sbb :

Internal disturbances and tensions are not at present within the field of application of international humanitarian law....., However this does not mean that there is no international legal protection applicable to such

⁷² Ibid.

situations, as they are covered by universal and regional humanitarian instrumen.....⁷³

Ketentuan dalam Protokol tambahan II-1977 ini merupakan pengembangan dari Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949, yang pada prinsipnya menghormati hak negara untuk mengatasi persoalan dalam negerinya , namun mewajibkan untuk menghormati hak-hak asasi pada situasi konflik bersenjata non internasional. Perlindungan yang dimaksud antara lain adalah :

- (1) Dalam setiap keadaan setiap orang berhak untuk mendapatkan perlakuan manusiawi (Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949 Jo Pasal 4 tentang Jaminan-jaminan dasar);
- (2) Perlakuan yang lebih manusiawi terhadap mereka yang ditahan sehubungan dengan konflik bersenjata non internasional (Pasal 6)
- (3) Perlindungan korban-korban konflik bersenjata dan petugas medis serta rohaniawan (Pasal 7)
- (4) Perlindungan lambang Palang Merah (Pasal 12)
- (5) Perlindungan obyek-obyek budaya
- (6) Memperluas perlindungan masyarakat sipil (pasal 17)
- (7) Larangan melakukan penyerangan terhadap obyek-obyek vital bagi penduduk sipil.

Sesuai dengan uraian-uraian tersebut di muka, maka Pemerintah Indonesia selayaknya untuk meratifikasi Protokol Tambahan II-1977, dalam upaya perlindungan HAM. Di samping itu ketentuan Protokol Tambahan II tidak menghambat pemerintah

dalam menegakan hukum nasionalnya dalam mempertahankan integritas nasional dengan cara-cara yang sah.

F. Urgensi Kebijakan Hukum Pidana Terhadap Ratifikasi Protokol Tambahan I dan II-1977

Dalam KUHP tidak dijumpai adanya bab-bab khusus yang mengatur pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang. Di samping itu juga dalam KUHP tidak adanya bab-bab khusus yang mengatur “pelanggaran HAM yang berat” berupa kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide. Berkaitan dengan hal ini menurut **Muladi**, dikemukakan; Delik-delik KUHP bersifat *ordinary crimes* sedangkan delik-delik pelanggaran HAM berat termasuk pelanggaran hukum humaniter internasional merupakan *extra ordinary crimes*.⁷⁴ Lebih lanjut dikemukakan oleh **Muladi** karakteristik khusus dari delik *extra ordinary crimes* yang mengutip dari pendapat M Cherif Bassiouni adalah :

- (a) *the prohibited conduct affects a significant international interest;*
- (b) *the prohibited conduct constitutes a egregious conduct deemed offensive to the commonly shared values of the world community;*
- (c) *the prohibited conduct involves more than one state in its planning, preparation of commission, either through the diversity of nationality of its perpetrators or victim, or because the means employed transcend national boundaries; of*
- (d) *the effect of the conduct bear upon internationally protected interest that is not sufficient to fall either (a) or (b) above, but requires international criminalization in order to ensure its prevention, control and suppression because it is predicated on “ state action or police”, without which it could not be performed.*

⁷³ Ibid,

⁷⁴ Lihat **Muladi** tahun 2000 Opcit, halm. 5-6.

Di samping karakteristik di atas, pelaku-pelaku kejahatan internasional yang dikualifikasikan sebagai *extra ordinary crimes*, dapat diadili secara nasional maupun internasional, berdasarkan pada asas universal. Tidak semua bentuk kejahatan internasional dapat diadili secara internasional, kecuali pelanggaran HAM berat dan kejahatan perang.⁷⁵

Perbedaan antara delik-delik KUHP dengan pelanggaran-pelanggaran berat dan Pelanggaran HAM yang diatur dalam Protokol Tambahan I dan II, didasarkan pada pemikiran-pemikiran sebagai berikut :

- (1) Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM terjadi selama berlangsungnya konflik bersenjata atau perang atau pada situasi khusus yaitu adanya hak-hak kombatan untuk membunuh atau dibunuh oleh Pihak lawan. Padahal dalam KUHP perbuatan tersebut merupakan tindak pidana pembunuhan yang diacani pidana sesuai Pasal 338 KUHP.
- (2) Peradilan pelaku pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dapat mengesampingkan berlakunya asas non retroaktif, sehingga hal ini jelas berbeda dengan KUHP yang menganut asas non retroaktif.
- (3) Berlakunya yurisdiksi berdasarkan asas universal sebagai dasar peradilan bagi pelaku-pelaku kejahatan perang di hadapan pengadilan Internasional maupun nasional. Hal ini berbeda dengan delik-delik KUHP yang tidak mencantumkan asas universal untuk mengadili kejahatan perang, ataupun pelanggaran HAM berat lainnya.

⁷⁵ Lihat London Agreement 1945 sebagai dasar Pembentukan Peradilan Internasional Kejahatan Perang

- (4) Adanya delik tentang pertanggungjawaban pidana terhadap atasan atau komandan akibat tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya. Delik ini tidak diatur dalam KUHP.

Sehubungan dengan uraian tersebut di atas, dikutip dari pendapat **Rolling**⁷⁶ yang membagi hukum pidana dalam tiga golongan yaitu :

- (1) **Hukum pidana nasional** (*National Criminal Law*) adalah :

The criminal law which has developed within the national legal order and which is founded on a national source of law

- (2) **Hukum Pidana Internasional** (*International Criminal Law*)

Yaitu: *The Law which determines what national criminal law will apply to offences actually committed if they contain an international element*

- (3) **Hukum Pidana Supranasional** (*Supranational Criminal Law*)

Yaitu ; *The criminal law of greater community which comprises state and people means the criminal law standart that have been developed in greater community.*

Berkaitan dengan pembagian hukum pidana dalam tiga golongan tersebut, menurut **Van Bemmelen** dikemukakan bahwa perbedaan antara hukum pidana internasional dengan hukum pidana supranasional terletak pada institusi penegak hukum yang mempunyai eksistensi sebagai lembaga-lembaga supranasional, seperti jaksa ,hakim dan pengadilan tersendiri (*supra institution*)⁷⁷

Selanjutnya permasalahan yang mungkin timbul dari kebijakan hukum pidana untuk mengimplementasikan atau mengkriminalisasikan pelanggaran-pelanggaran

di Nuremberg Jerman pada Pasca Perang Dunia II.

⁷⁶ Romli Atmasasmita, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Bandung Eresco, 1995, halm 39.

⁷⁷ Ibid.

berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol tambahan I dan II-1977 ke dalam hukum nasional (pidana), menurut **Budiarti** dijelaskan sebagai berikut:⁷⁸

- a. Bagi Konvensi Internasional yang telah disahkan :
Apakah ketentuan pidana dalam konvensi internasional tersebut dapat langsung diterapkan ke dalam wilayah negara peserta ?
Tentang hal ini ada dua pandangan :
 1. negara peserta hanya menentukan ancaman pidananya, karena rumusan tindak pidana telah diatur dalam konvensi;
 2. rumusan tindak pidana dibuat oleh negara peserta konvensi dan disertai ancaman pidana (asas legalitas)
 3. apabila harus dirumuskan apakah perumusan unsur-unsur tindak pidananya harus sama dengan konvensi ?
 4. bagaimanakah mengenai ketentuan atau ancaman pidananya?
 5. ketentuan mengenai asas universal
 6. ketentuan mengenai esktradisi

- b. Bagi konvensi yang belum diratifikasi/ tidak disahkan :
 1. untuk konvensi yang belum disahkan oleh Pemerintah RI perlu dipertimbangkan kemungkinan menciptakan delik baru dalam rangka penyusunan KUHP;
 2. ketentuan-ketentuan lain yang ada hubungannya dengan konvensi-konvensi tersebut.

Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur dalam Protokol Tambahan I dan II-1977, merupakan ketentuan hukum internasional yang belum diratifikasi oleh pemerintah Indonesia, sehingga perlu dipikirkan kemungkinan untuk diciptakan delik baru berkaitan dengan kejahatan perang yang belum diatur dalam KUHP.

⁷⁸ **I Wayan Parthiana**, *Pengaruh Konvensi-Konvensi Kejahatan Internasional terhadap Kodifikasi Hukum Pidana Nasional*, Majalah Hukum dan Pembangunan No 2. Th . ke XIX-April 1989, halm 150

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. Hubungan Delik-Delik KUHP Dengan Pelanggaran-Pelanggaran Berat Dan Pelanggaran HAM Yang Diatur Oleh Protokol Tambahan I dan II-1977

A.1. Hubungan delik-delik KUHP dengan pelanggaran-pelanggaran berat yang diatur Oleh Protokol Tambahan I-1977

1. Jenis-jenis Pelanggaran-pelanggaran Berat (*grave breaches*)

Pelanggaran-pelanggaran berat meliputi tindakan-tindakan yang dilarang dalam ke empat Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977, yang diatur dalam Pasal 50 Konvensi I, Pasal 51 Konvensi II, Pasal 130 Konvensi III, Pasal 147 Konvensi IV-1949 serta Pasal 85 Protokol Tambahan I-1977. Pasal 50 -I, Pasal 51 -II, Pasal 130 -III dan Pasal 147 -IV Konvensi Jenewa-1949 secara bersamaan berbunyi:

Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of following acts, if committed against persons or property protected by the Conventions; wifful kiling, torture or inhuman treatment. Including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, and extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity by military and carried out unlawfully and watonly.

Pada Pasal 130 Konvensi Jenewa III -1949 terdapat penambahan sebagai berikut :

.....Compelling a prisioner of war to serve in the force of the hostile Power, or wilfully depriving a prisioner of war of the rights of fair and reguler trial prescribed in this Convention.

Pada Pasal 147 Konvensi Jenewa IV-1949 terdapat tambahan sebagai berikut :

Unlawful deportation of transfer or unlawful confinement of protected - persons Compelling a protected persons, serve in the force or a hostile

Power, or wilfull depriving of the rights of fair and regular trial prescribed in the present Convention, taking of hostages .

Sesuai dengan ketentuan tersebut pelanggaran-pelanggaran berat dalam Konvensi Jenewa ini meliputi :

(a) Sesuai Konvensi Jenewa I, II, III IV -1949:

- ◆ pembunuhan dengan sengaja (*wilful killing*);
- ◆ penyiksaan/penganiayaan atau perlakuan tidak manusiawi termasuk percobaan biologis (*torture or inhuman treatment including biological experiments*);
- ◆ sengaja menyebabkan penderitaan berlebihan atau luka berat atas badan atau kesehatan (*willfully causing great suffering or serious injury to body or health*).

(b) Sesuai Konvensi Jenewa I, II, dan III - 1949 yaitu :

- ◆ Penghancuran yang luas dan tindakan atas pemilikan harta benda yang tidak dibenarkan oleh Kepentingan Militer dan yang dilakukan dengan melawan hukum dan sewenang-wenang. (*extensive destruction and appropriation of property not justified by military necessity and carried out unlawfully and watonly*);
- ◆ Memaksa seorang tawanan perang atau orang yang dilindungi untuk berdinasi dalam ketentaraan Pihak Penahan (*compelling a prisoner of war or a protected person to serve in the forces of hostile power*).

(b) Sesuai Konvensi Jenewa III dan IV-1949

- ◆ Merampas dengan sengaja hak-hak tawanan perang atau orang yang dilindungi konvensi atas peradilan yang adil dan wajar yang ditentukan

oleh Konvensi ini. (*depriving a prisoner of war or a protected person of the rights of fair and regular trial prescribed in convention*).

(d) Sesuai Konvensi Jenewa IV-1949 yaitu

- ◆ Deportasi atau pemindahan secara tidak sah (*unlawful deportation and transfers*);
- ◆ Penahanan secara tidak sah (*unlawful detention*);
- ◆ Penyanderaan (*taking hostages*).

(2) Pelanggaran-pelanggaran berat dalam Protokol Tambahan I-1977

Pelanggaran-pelanggaran berat ke empat Konvensi Jenewa 1949 tersebut merupakan pelanggaran berat dalam Protokol Tambahan I –1977 , sebagaimana diatur dalam Pasal 85 ayat (2) yang berbunyi sebagai berikut :⁷⁹

2. Tindakan-tindakan yang dinyatakan sebagai pelanggaran –pelanggaran berat dalam Konvensi ini merupakan pula pelanggaran-pelanggaran berat Protokol ini, apabila dilakukan pada orang-orang yang jatuh di bawah kekuasaan lawan.

Selanjutnya dalam Pasal 85 ayat (3) dan (4) Protokol Tambahan I-1977 ditambahkan jenis-jenis pelanggaran-pelanggaran berat, yaitu sbb :

3. Selain daripada pelanggaran-pelanggaran berat yang diberikan batasan pada Pasal 11, tindakan-tindakan berikut ini harus dianggap sebagai pelanggaran- pelanggaran berat Protokol ini, jika dilakukan dengan sengaja, bertentangan dengan ketentuan-ketentuan Protokol ini yang bersangkutan dengan hal itu, dan yang mengakibatkan kematian atau luka-luka pada badan atau kesehatan:

- a. menjadikan penduduk sipil atau orang-orang sipil perorangan sebagai obyek penyerangan;

⁷⁹ Teks terjemahan Protokol Tambahan I-1977 dikutip dari Syahmin AK, Hukum Internasional Humaniter II, Bandung, Armico, 1985.(lampiran buku).

- b. melancarkan suatu serangan membabi buta yang dapat menimpa penduduk sipil atau obyek sipil walaupun tahu bahwa serangan seperti itu akan mengakibatkan korban jiwa yang berlebihan, melukai orang-orang sipil atau merusak obyek sipil, sebagaimana diatur dalam Pasal 57 (2) sub a. ii;
 - c. melancarkan suatu serangan terhadap bangunan-bangunan atau instalasi-instalasi yang mengandung tenaga yang membahayakan, walaupun tahu bahwaserangan seperti itu akan mengakibatkan korban jiwa yang berlebihan, melukai orang-orang sipil atau merusak obyek-obyek sipil, sebagaimanad dirumuskan dalam Pasal 57 ayat 2. Sub a.ii;
 - d. menjadikan kawasan-kawasan yang tidak dipertahankan dan daerah-daerah yang dimiliterisasi sebagai obyek serangan;
 - e. menjadikan seorang sasaran walaupun ia tahu bahwa ia adalah *hors de combat*;
 - f. bertentangan dengan Pasal 37 menggunakan secara licik lambang pengenal *Palang Merah, Bulan Sabit Merah* atau *Singa dan Matahari Merah* atau Tanda Tanda Pelindung lainnya yang diakui oleh Konvensi dan Protokol ini.
4. Selain pelanggaran-pelanggaran berat yang harus dirumuskan dalam ayat-ayat terdahulu dan dalam Konvensi berikut harus dianggap sebagai pelanggaran-pelanggaran berat Protokol ini, jika dilakukan dengan sengaja dan bertentangan dengan Konvensi dan Protokol ini :
- a. pemindahan oleh kekuasaan pendudukan sebagian dari penduduk sipilnya ke dalam wilayah yang didudukinya, atau pembuangan atau pemindahan seluruhnya atau sebagian dari penduduk di wilayah yang didudukinya atau di-luar wilayah ini, bertentangan dengan Pasal 49 dari Keempat Konvensi Jenewa 1949;
 - b. penundaan yang tidak dapat dibenarkan dalam pemulangan kembali tawan perang atau orang-orang sipil;
 - c. praktek-praktek apartheid dan praktek-praktek tak berperikemanusiaan dan merendahkan martabat lainnya , yang melibatkan perkosaan-perkosaan terhadap kehormatan pribadi atau orang-orang sipil;
 - d. menjadikan sebagai sasaran serangan monumen-monumen bersejarah, karya-karya seni atau tempat-tempat ibadah yang jelas diakui yang merupakan warisan budaya atau spirituil dari bangsa dan baginya telahh diberikan perlindungan istimewa oleh peraturan khusus, misalnya dalam kerangka organisasi internasional yang berwenang, dan serangan tersebut mengakibatkan kehancuran yang melua, padahal tidak terbukti pelanggaran dari Pihak Lawan, menurut Pasal 53 ayat (1) dan monumen-

- monumen karya sejarah, karya-karya seni dan tempat ibadah itu tidak terletak di kawasan-kawasan dekat sasaran militer;
- e. merampas dari seseorang yang dilindungi oleh Konvensi atau menurut ayat (2) Pasal ini hak-haknya untuk mendapatkan pengadilan yang jujur dan teratur.

Sesuai ketentuan Pasal 85 Protokol tambahan I-1977 , pelanggaran- pelanggaran dalam Protokol Tambahan I-1977 meliputi:

(a) Pelanggaran-pelanggaran berat dalam Ke empat Konvensi Jenewa

1949;

(b) Pelanggaran-pelanggaran berat dalam Pasal 11 Protokol Tambahan I-1977 yaitu :

- ◆ pengudungan anggota tubuh;
- ◆ percobaan kesehatan atau ilmiah;
- ◆ pencakokan jaringan syaraf tubuh atau organ-organ tubuh yang tidak sesuai dengan standart kesehatan.

(c) Pelanggaran Berat Pasal 85 ayat (3) Protokol Tambahan I-1977 yaitu;

- ◆ serangan terhadap penduduk sipil;
- ◆ melakukan serangan membabi buta terhadap masyarakat sipil atau obyek sipil ;
- ◆ secara sengaja melakukan serangan terhadap instalasi-instalasi yang mengandung kekuatan berbahaya;
- ◆ melakukan serangan yang ditujukan pada wilayah yang tidak dipertahankan dan di luar operasi militer;
- ◆ melakukan penyerangan terhadap orang yang sudah tidak lagi turut serta dalam pertempuran (hors de combat);

(d) Pelanggaran Pasal 85 ayat (4) Protokol Tambahan I-1977 yaitu :

- ◆ Pemindahan sebagian penduduk sipil oleh pihak yang menduduki ke dalam wilayah yang didudukinya;
- ◆ keterlambatan dalam melakukan repatriasi tawanan perang atau penduduk sipil;
- ◆ semua tindakan yang merendahkan martabat manusia dan diskriminasi berdasarkan perbedaan ras;
- ◆ serangan terhadap monumen bersejarah dan obyek-obyek budaya tempat-tempat ibadah;
- ◆ tidak menerapkan peradilan yang wajar dan adil bagi semua orang yang dilindungi konvensi Jenewa 1949;
- ◆ Pelanggaran-pelanggaran lain berupa tidak memenuhi kewajiban-kewajiban yang ditetapkan oleh Konvensi Jenewa 1949.

Larangan dilakukannya pelanggaran-pelanggaran berat tersebut dimaksudkan untuk memberikan perlindungan bagi orang-orang yang dilindungi (protected persons) dari akibat konflik bersenjata internasional. Pengertian “orang-orang yang dilindungi” menurut **Hans Peter Gesser** adalah:

Kombatan yang telah berstatus *hors de combat* harus dilindungi dan dihormati dalam segala keadaan. Kombatan yang jatuh di bawah kekuasaan musuh mendapatkan status sebagai tawanan perang. Perlindungan hak-hak dan kewajiban tawanan perang diatur dalam Konvensi Jenewa III-1949. Sedangkan penduduk sipil berhak mendapatkan perlindungan sebagaimana diatur dalam Konvensi Jenewa IV-1949 dan Protokol Tambahan 1977⁸⁰

Berkaitkan dengan pendapat di atas, menurut **Frins Kalshoven** dikemukakan :

⁸⁰GPH Haryomataram, **Pengantar Hukum Humaniter**, Jakarta, kerjasama ICRC dan PSHM Trisakti, 2000, halm 54

“*Perlindungan*” mengandung arti sebagai tindakan aktif untuk mencegah bahaya dan kerusakan, serta memperlakukan secara manusiawi orang-orang yang memperoleh perlindungan dalam Konvensi Jenewa maupun Protokol Tambahan 1977”⁸¹ Berdasarkan pengertian tersebut, maka “*perlindungan*” mengandung makna adanya kewajiban dari pihak-pihak yang bersengketa untuk mencegah dilakukannya tindakan-tindakan yang tidak berperikemanusiaan dalam sengketa bersenjata.

2. Hubungan Delik-Delik Dalam KUHP dengan Pelanggaran- Pelanggaran Berat yang Diatur Dalam Konvensi Jenewa 1949

Sesuai dengan jenis-jenis pelanggaran-pelanggaran berat yang diatur dalam Keempat Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977, maka dapat diuraikan hubungannya dengan delik-delik dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), sebagai berikut :

(a) Pembunuhan secara sengaja (*wilful killing*)

Pembunuhan secara sengaja terhadap orang-orang yang dilindungi oleh konvensi Jenewa 1949., prinsipnya merupakan tindakan yang bertentangan dengan *principle of Inviolability* (prinsip tidak dapat diganggu gugat) dalam hukum jenewa. Inti dari *principle of Inviolability* adalah :⁸² “*seorang hanya dapat dibunuh karena ia berkedudukan sebagai kombatan*” Jadi dalam konflik bersenjata penyerangan/ pembunuhan dianggap sah apabila ditujukan pada kombatan (peserta tempur), dan

⁸¹ **Ibid.**

⁸² **Jean Pictet, *Opcit*, hal 49.**

penyerangan atau pembunuhan dianggap bersifat melawan hukum, kalau ditujukan pada orang-orang yang dilindungi.

Selanjutnya pelanggaran berat berupa *wilfull killing* hakekatnya mempunyai kesamaan (identik) dengan tindak pidana pembunuhan dalam Pasal 338 KUHP. sebagaimana hal ini dapat dilihat dari pendapat **Christa Rottensteiner** sebagai berikut :⁸³

Wilful killing is the elements of murder constituting a war crimes are causing to death of a persons protected, that death results from act or ommission contrary to the law of armed conflicts, and that the perpetrators acted.

Adapun tindak pidana pembunuhan dalam Pasal 338 KUHP dirumuskan sebagai berikut:

“Barang siapa sengaja merampas nyawa orang lain, diancam, karena pembunuhan dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.”

Kesengajaan dalam delik Pasal 338 KUHP mengandung makna si pelaku menghendaki perbuatannya dan mengetahui apa yang dilakukannya. , sebagaimana pengertian *kesengajaan (opzet)* menurut *Memorie Van Toelichting (M.v.T.)* diartikan sebagai berikut :

Menghendaki” dan “mengetahui” (*willens en wetens*). Jadi dapatlah dikatakan bahwa sengaja berarti menghendaki dan mengetahui apa yang dilakukan. Orang yang sengaja melakukan perbuatan dengan sengaja menghendaki perbuatan itu dan di samping itu mengetahui atau menyadari tentang apa yang dilakukan.”³⁸⁴

⁸³ Christa Rottensteiner, *The Denial of Humanitarian Law Assistance As a Crime Under International Law*, International Review of the Red Cross, No 835 Vol 81, halm 564 Genewa 1999.

⁸⁴ Sudarto, *Hukum Pidana I*, (Semarang Yayasan Sudarto, d/a Fakultas Hukum Undip 1990) hal 102

Selanjutnya *Wilful killing* dapat pula dilakukan secara berencana, sehingga perlu juga dikaji dari delik pembunuhan dengan rencana sebagaimana diatur Pasal 340 KUHP yang berbunyi sebagai berikut :

Barangsiapa dengan sengaja dan rencana lebih dahulu merampas nyawa orang lain diancam , karena pembunuhan dengan rencana (*moord*), dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau selama waktu tertentu, paling lama dua puluh tahun.

Delik pembunuhan dengan rencana lebih dahulu merupakan *dolus premeditatus*, yang pembuktiannya dapat disimpulkan dari hal-hal lahir (*objective omstndigheden*), ialah dari apa yang terjadi sebelumnya atau apa yang dilakukan si pembuat sebelumnya.⁸⁵ Di samping itu dapat dikemukakan bahwa pelanggaran berat berupa *wilful killing* ini mencakup pula *delik Commissionis per omissionen commissa* dan *delik ommisionis*, sebagaimana diatur dalam *Commentary* Konvensi Jenewa 1949 yaitu sbb:⁸⁶

Ketentuan ini meliputi juga menyebabkan kematian dengan membiarkan orang yang luka berat tanpa perawatan/ pengobatan yang dapat menolong mereka, atau membiarkan orang-orang yang dilindungi mati kelaparan, asal saja dapat dibuktikan adanya niat jahat (*kwaad opzet*)”

Sesuai dengan *Commentary* tersebut, menurut **Christa Rottensteiner** dikemukakan sbb:

The crime of wilful killing can be committed either by act or omission; this was confirmed by the International Criminal the former Yugoslavia and the International Criminal the Rwanda ”⁸⁷

⁸⁵ *Ibid.* , hal 119-120

⁸⁶ Lihat Mochtar Kusumaatmadja, 1984, *Opcit* halm 39.

⁹⁴ Christa Rottenistener, *Opcit*, hal 567

Jadi dapat dikemukakan bahwa “membiarkan orang yang luka berat atau memperoleh pertolongan tanpa memberikan perawatan” merupakan *delik ommisionis*, yaitu delik yang merupakan pelanggaran terhadap perintah dengan tidak melakukan sesuatu yang diwajibkan. Adapun “membiarkan orang-orang yang dilindungi mati kelaparan” merupakan *delik commissionis per omissionen commissa*, yaitu delik yang berupa pelanggaran larangan, akan tetapi dilakukan dengan cara tidak berbuat.⁸⁸

Berdasarkan pada uraian di atas, pelanggaran berat berupa *wilful killing* identik dengan *delik pembunuhan* dalam Pasal 338 KUHP atau pembunuhan berencana dalam Pasal 340 KUHP yaitu “merampasan nyawa orang lain secara tidak sah (khususnya terhadap orang-orang yang dilindungi/ bukan kombatan).

(b). Penyiksaan atau Perlakuan Tidak Manusiawi termasuk Percobaan Biologis
(Torture or inhumane treatment including biological experimental)

Definisi *torture* tidak dijumpai dalam Konvensi Jenewa 1949 maupun dalam *Commentary Konvensi*. Pengertian *torture* secara yuridis dapat dilihat dari Pasal 1 Konvensi Anti Penyiksaan 1984 (*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*) sebagai berikut :

Untuk tujuan Konvensi ini, istilah penyiksaan berarti setiap perbuatan yang sengaja dilakukan sehingga menimbulkan kesakitan atau penderitaan hebat baik jasmani atau rohani, secara terus menerus pada seseorang untuk tujuan seperti memperoleh pengakuan atau informasi dari orang-orang itu atau dari orang ketiga, menghukumnya atas perbuatan yang telah dilakukan atau diduga dilakukan orang itu atau orang ketiga, atau mengancam atau memaksa orang itu atau orang ketiga, atau untuk alasan apapun yang didasarkan pada segala jenis diskriminasi, apabila kesakitan dan penderitaan yang hebat itu ditimpahkan oleh, atau atas hasutan atau dengan persetujuan, atau dibiarkan oleh pejabat atau pegawai

⁸⁸ Lihat Sudarto, *ibid*, hal 57-58

pemerintahan. Hal tersebut tidak termasuk kesakitan atau penderitaan yang timbul dan, melekat pada, atau timbul secara kebetulan pada sanksi-sanksi hukum.⁸⁹

Penyiksaan (torture) yang dimaksudkan adalah penyiksaan yang dilakukan khususnya oleh badan-badan publik, seperti aparat militer dan polisi dalam upaya mencari informasi terhadap seseorang tersangka atau yang berada dibawah pengawasannya. Dalam Konvensi Anti Penyiksaan ditegaskan, bahwa *situasi perang atau konflik bersenjata tidak dapat dijadikan alasan pembenar dilakukannya penyiksaan*, sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (2) sub 3 yang berbunyi sebagai berikut :

Tidak ada keadaan pengecualian yang bagaimanapun, apakah dalam keadaan perang atau ancaman perang, ketidakstabilan politik dalam negeri atau segala keadaan darurat lain, yang dapat digunakan sebagai pembenaran penyiksaan.

Dikaitkan dengan delik dalam KUHP apakah torture atau penyiksaan ini mempunyai kesamaan dengan delik dalam Pasal 422 KUHP yang dirumuskan sebagai berikut :

“ Seorang pejabat yang dalam suatu perkara pidana, menggunakan sarana paksa baik untuk memeras pengakuan, maupun untuk mendapatkan keterangan, diancam dengan dengan pidana penjara paling lama empat tahun.

Dalam Pasal 422 KUHP tersebut dinyatakan “ seorang pejabat dalam suatu perkara pidana, menggunakan sarana paksa.....” Pernyataan ini mengandung makna bahwa pemaksaan yang dilakukan sebatas pada proses perkara pidana saja, meskipun *torture* yang dimaksudkan dalam Konvensi Jenewa 1949 ini tidak terbatas

⁸⁹ Lihat pengertian torture dalam Pasal 7 statute rome 1998

pada pemeriksaan perkara pidana. (seperti pemeriksaan seorang tawanan perang untuk mencari informasi mengenai kekuatan pasukannya), namun hakekatnya mempunyai kesamaan dengan delik penyiksaan dalam pasal 422 KUHP.

Selanjutnya sehubungan dengan pengertian torture tersebut, apakah yang dimaksud dengan ” *inhuman treatment including biological experimental* ” termasuk dalam pengertian torture ?. Menurut **Christa Rottenteiner**⁹⁰ , diberikan contoh membiarkan para tawanan perang dalam kamp-kamp tawanan perang tanpa diberikan makan dan pengobatan, dengan maksud agar mereka mau memberikan keterangan, maka perbuatan ini termasuk sebagai *torture*. Jadi *inhumane treatment including biological experimental*, yang dimaksud ketentuan tersebut dapat disamakan dengan torture, apabila dimaksudkan untuk memperoleh informasi atau keterangan dari orang-orang yang berada di bawah kekuasaannya.

Berdasarkan pada uraian-uraian di atas, prinsipnya delik Pasal 422 KUHP mempunyai kesamaan dengan pelanggaran berat *torture, or inhumane treatment including biological experimental*. Kesamaan tersebut didasarkan bahwa tindakan pemaksaan yang dilakukan oleh aparat / militer dimaksudkan untuk memperoleh keterangan dari orang-orang yang berada di bawah kekuasaan, dengan menggunakan kekerasan.(penyiksaan).

©.Sengaja menimbulkan luka berat atau penderitaan yang berlebihan pada badan atau kesehatan. (*Willfully causing great suffering or serious injury to body or health*)

⁹⁰ **Ibid.**

Dalam Statute Internatinoal Criminal the former Yugoslavia 1993, pengertian *willfully causing great suffering or seious injury to body or health* dirumuskan sebagai berikut .⁹¹

As an act or ommission that is instantional, being an act with, judged objectively is deliberate and not accidental, which causes serious mental or physical suffering or injury. It covers those acts that do not need the-purposive requirements for the offences torture, although clearly all acts constituting torture could also fall within the ambit of this offence.

Sesuai dengan statute tersebut di atas , *willfully causing great suffering or serious injury to body or health*, merupakan kejahatan yang dilakukan dengan cara berbuat atau tidak berbuat, dengan maksud untuk menimbulkan penderitaan berlebihan pada badan atau kesehatan seseorang. Penderitaan tersebut tidak dimaksudkan untuk memperoleh informasi atau keterangan., salah satu contoh *willfully causing great suffering or injury to body or health*, menurut **Christa Rottensteinner**,⁹² adalah : tidak memberikan makan pada tawanan perang dalam kamp-kamp penawanan dan membiarkan mereka yang luka dan sakit tanpa adanya perawatan kesehatan. yang dapat menimbulkan penderitaan pada kesehatan seseorang.

Dikaitkan dengan delik KUHP, *willfully causing great suffering or injury to body or health* identik dengan tindak pidana penganiayaan berat sebagaimana diatur dalam Pasal 354 KUHP berbunyi sebagai berikut :

- (1) Barang siapa dengan sengaja melukai berat orang lain, diancam karena melakukan penganiayaan berat, dengan pidana penjara paling lama delapan tahun;

⁹¹ Ibid. hal 570

⁹² **Christa Rottensteinner**, Opcit, hal 65

- (2) Jika perbuatan mengakibatkan kematian, yang bersalah dikenakan pidana penjara paling lama sepuluh tahun.

Kesamaan antara delik dalam Pasal 354 KUHP dengan pelanggaran berat *willfully causing great suffering or serious injury to body or health*, yaitu adanya kehendak dari si pembuat untuk menimbulkan penderitaan berat atau luka berat pada seseorang.

Selanjutnya dikaitkan dengan prinsip Hukum Jenewa 1949, ketiga jenis pelanggaran-pelanggaran berat tersebut di atas, di samping bertentangan dengan *principle of inviolability* juga bertentangan dengan *principle of protection* (prinsip perlindungan) dalam hukum Jenewa. Prinsip perlindungan atau *principles of protection* menurut **Jean Pictet** dirumuskan sbb:⁹³

The state must ensure the protection, both national and international of persons

Fall into its power." Its principles of application are as follows:

(a) *the prisoner is not in the power of the troops who have captured him, but of the state on which these depend.*

(b) *The enemy state is responsible for the condition and upkeep of persons of whom it has the guard and, in occupied territory, for the maintenance of public order and services.*

© *The victims of conflicts shall be provided with an international protector once they no longer have a natural protector.*

Sesuai dengan penerapan tiga prinsip hukum Jenewa tersebut, setiap tawanan perang yang ditahan pihak lawan, hakekatnya tidak berada di bawah kekuasaan komandan angkatan perang dari pihak penaha, melainkan berada di bawah tanggungjawab negara penahan. Setiap negara penahan mempunyai kewajiban untuk

⁹³ **Jean Pictet**, *Op cit*, hal 71-72.

melindunginya secara nasional, maupun secara internasional, tawanan perang atau *inteniran* yang berada di bawah kekuasaan negara penahan.

(d) Pemusnahan dan Pemilikan atas harta benda yang bertentangan dengan Kepentingan Militer dan dilaksanakan secara melawan hukum

Dalam *Commentary Konvensi* dikemukakan sebagai berikut :

Ketentuan ini juga bertalian dengan pemusnahan gedung kesehatan dan perampasan materiil atau alat-alat pengangkutan kesehatan tanpa memperhatikan ketentuan dan syarat konvensi mengenai hal ini. Dalam menilai alasan kepentingan militer harus diperhatikan ketentuan dalam Pasal 33 sampai Pasal 36 mengenai kepentingan militer.⁹⁴

Berdasarkan pada ketentuan di atas, maka pemusnahan yang dimaksudkan oleh konvensi jenewa 1949 merupakan pemusnahan terhadap gedung-gedung kesehatan.(rumah sakit), termasuk perampasan peralatan medis Adapun yang dimaksud dengan *alasan kepentingan militer berkaitan dengan pemusnahan gedung medis*, yaitu pemusnahan gedung medis dapat dibenarkan apabila sesuai dengan kepentingan militer yang mendesak, namun terlebih dahulu diperhatikan kesejahteraan orang-orang yang berda dalam perawatan .⁹⁵ Ketentuan tersebut dalam Pasal 33 Konvensi Jenewa I-1949 dimaksudkan sebagai perlindungan terhadap orang-orang yang sakit atau yang dirawat, akibat dilakukannya perampasan , pemusnahan/gedung, dan perampasan peralatan medis, yang dilakukan secara sewenang-wenang.

Pemusnahan yang dimaksudkan pelanggaran berat tersebut, tidak dapat disamakan dengan "*starvation*", yaitu suatu metode dalam peperangan, dengan membuat penduduk sipil kelaparan, tujuannya agar mereka musnah dan *starvation*

⁹⁴ Mochtar Kusumaatmadja, opcit, hal 43

ini dikategorikan sebagai “wilful killing.”⁹⁶ *Pemusnahan* dalam pengertian ini merupakan perusakan atau penghancuran secara meluas, terhadap bangunan milik publik atau perorangan, dalam sengeka bersenjata.

Pelanggaran berat berupa pemusnahan gedung medis identik dengan tindak pidana perusakan gedung Pasal 200 KUHP yang berbunyi sbb:

Barang siapa dengan sengaja menghancurkan atau merusak gedung atau bangunan diancam :

- ke-1 : dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun, jika karenanya timbul bahaya umum bagi barang ;
- ke-2 : dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun, jika karenanya timbul bahaya bagi nyawa orang lain;
- ke 3 : dengan pidana penjara seumur hidup atau penjara selama waktu tertentu paling lama duapuluh tahun, jika karenanya timbul bahaya bagi nyawa orang lain dan mengakibatkan matinya orang.

Delik perusakan gedung atau bangunan Pasal 200 KUHP di atas, mempunyai kesamaan dengan pelanggaran berat berupa pemusnahan atau penghancuran gedung medis, sebab kedua instrumen hukum tersebut secara bersamaan bertujuan melindungi nyawa atau barang, akibat perusakan dan penghancuran bangunan. atau gedung.

Lebih lanjut pelanggaran berat berupa “*tindakan pemilikan harta milik musuh dalam waktu perang*”, identik dengan Pasal 363 ayat (1) sub ke 2 KUHP tentang pencurian di waktu perang Jo Pasal 365 ayat (1) KUHP tentang pencurian dengan kekerasan. Adapun Pasal 363 ayat (1) ke 2 KUHP berbunyi sebagai berikut :

(1) Diancam pidana penjara paling lama tujuh tahun :

Ke- 2: Pencurian pada waktu ada kebakaran, letusan, banjir , gempa bumi,

⁹⁵ Lihat Pasal 33 Konvensi Jenewa I-1949.

⁹⁶ **Christa Rottensteinner**, *Loc.Cit.*

atau gempa laut, gunung meletus, kapal karam, kapal terdampar, kecelakaan kereta api, huru hara, pemberontakan atau bahaya perang.”

Pasal 365 ayat (1) KUHP berbunyi sebagai berikut :

- (1) Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun, pencurian yang didahului, disertai atau diikuti dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, terhadap orang dengan maksud untuk mempersiapkan atau mempermudah pencurian, atau dalam hal tertangkap tangan, untuk memungkinkan melarikan diri atau peserta lainnya, atau untuk tetap menguasai barang yang dicurinya;

Tindak pidana pencurian/ perampasan yang dilakukan pada masa perang sebagaimana diatur dalam Pasal 363 ayat (1) sub ke 2 KUHP jo Pasal 365 ayat (1) . identik dengan tindakan perampasan hak milik yang dimaksud Konvensi Jenewa 1949. Kedua instrumen hukum tersebut mempunyai tujuan yang sama, yaitu melindungi hak milik perorangan dari tindakan perampasan atau pemilikan secara melawan hukum masa sengketa bersenjata.

(e) Memaksa seorang tawanan perang atau orang yang dilindungi untuk berdinias dalam ketentaraan negara asing

Pemaksaan seseorang tawanan perang ataupun orang yang dilindungi oleh konvensi untuk menjadi tentara negara asing, prinsipnya merupakan pelanggaran terhadap hak bela negara. Ditinjau dari sudut HAM hak bela negara merupakan pelaksanaan dari Hak Kolektif (*collective rights*), yang diperlukan oleh setiap negara. dalam upaya perlindungan terhadap rakyat, wilayah dan mempertahankan kedaulatan.negaranya.. Menurut **Muladi** dikemukakan sebagai berikut :

Di dalam ICCPR 1966 dimungkinkan *limitasi dan restriksi* terhadap Hak-hak asasi manusia atas dasar ketentuan undang-undang dengan alasan keamanan nasional (national security) dan atas dasar "proclaimed public emergencies yang membahayakan kehidupan bangsa.

Dalam hal ini harus dibedakan antara tugas (*duty*), *tanggungjawab* (*responsibility*) dan kewajiban (*obligation*). Tugas diartikan sebagai norma yang harus diikuti, sedangkan tanggungjawab adalah sesuatu yang harus ditanggung, karena seseorang telah menikmati hak tertentu. Kewajiban sendiri bermakna suatu yang harus ditaati dalam hubungan kontraktual.⁹⁷

Dikaitkan dengan delik Pasal 123 KUHP tentang *larangan masuk dinas militer musuh secara sukarela*, pelanggaran berat berupa *pemaksaan seseorang untuk berdinis pada angkatan bersenjata musuh.*, tidak sama dengan delik Pasal 123 KUHP. Perbedaan ini dapat dilihat pada Pasal 123 KUHP yang berbunyi sebagai berikut :

Seseorang warganegara Indonesia yang dengan sukarela masuk tentara negara asing, padahal mengetahui bahwa negara itu sedang perang dengan Indonesia, atau akan menghadapi perang dengan Indonesia, diancam dalam hal terakhir jika pecah perang, dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun.

Delik dalam Pasal 123 KUHP tersebut, memuat unsur *obyektif* yaitu *kesukarelaan* pelaku untuk memasuki dinas ketentaraan negara asing. Unsur *subyektif* yaitu; *diketahuinya (ia ketahu)* sedang berperang dengan Indonesia atau akan perang dengan Indonesia. Hal ini berarti pelaku mengetahui bahwa negara asing, tersebut sedang berperang dengan Indonesia., atau pelaku mempunyai harapan bahwa negara asing tersebut dalam waktu singkat akan berperang dengan Indonesia.⁹⁸

⁹⁷ Muladi, Pidato Sambutan Seminar tentang Sosialisasi Undang-Undang Rakyat Terlatih, Undip (Semarang, 1996), hal 34

⁹⁸ PAF . Lamintang, *Delik-Delik Khusus, Kejahatan-Kejahatan terhadap Kepentingan Hukum Negara*, (Bandung : Sinar Baru Bandung, 1986) hal 216.

Berdasarkan ketentuan Pasal 123 KUHP tersebut, maka perbuatan memasuki dinas angkatan bersenjata negara asing secara sukarela dapat dipidana., apabila negara asing tersebut sedang berperang dengan Indonesia., pada bagian lainnya yaitu menggantungkan pada keadaan, apabila benar-benar terjadi perang dengan Indonesia. Merujuk dari *Memori penjelasan* mengenai pembentukan Pasal 123 KUHP, menurut **Simon** dikemukakan sebagai berikut :

“ Tidak dapat dipidana barang siapa dalam waktu perang tetap berdinas pada Angkatan perang suatu negara asing, jika perbuatan masuk berdinas pada angkatan perang negara asing tersebut terjadi/ dilakukan pada masa damai”⁹⁹

Selanjutnya pemaksaan untuk berdinas dalam ketentaraan asing disebut sebagai *overmacht* atau keadaan memaksa yang diatur dalam Pasal 48 KUHP sebagai berikut :

“Barangsiapa melakukan perbuatan karena pengaruh daya paksa, tidak dapat dipidana”. Menurut *Memorie van Toelichting*, *overmacht* adalah:

“Suatu penyebab yang datang dari luar dan membuat suatu perbuatan itu menjadi tidak dapat dipertanggungjawabkan pada pelakunya atau setiap paksaan, setiap tekanan, dimana terhadap kekuatan, paksaan tersebut orang tidak dapat memberikan perlawanan.”¹⁰⁰

Sesuai uraian di atas, delik Pasal 123 KUHP tidak dapat diterapkan untuk pelanggaran berat berupa *pemaksaan berdinas di angkatan bersenjata lawan (asing)*.

⁹⁹ *Ibid*

¹⁰⁰ PAF Lamintang, *Opcit* 1984, hal 407-408

Pelanggaran berat tersebut terpaksa dilakukan oleh si pembuat karena adanya daya paksa yang tidak dapat dihindarkan..

(g) Merampas dengan sengaja hak-hak atas tawanan perang, atau orang-orang yang dilindungi Konvensi atas Peradilan yang wajar yang ditentukan Oleh Konvensi

Dalam Konvensi Jenewa 1949 terdapat jaminan untuk tawanan dan penduduk sipil yang ditangkap oleh pihak negara penahanan, dalam memperoleh peradilan yang wajar. Jaminan-jaminan atas proses peradilan yang wajar diatur dalam Konvensi Jenewa III-1949 tentang Perlakuan Tawanan Perang, yaitu :¹⁰¹

- Tawanan perang tidak boleh diadili atau dijatuhi hukuman untuk perbuatan yang tidak dilarang oleh Undang-Undang Negara Penahan dan Hukum Internasional;
- Tawanan Perang tidak boleh dipaksa untuk memberikan pengakuan terhadap tuduhan yang harus diakuinya. Hal ini berkaitan dengan larangan melakukan penyiksaan atau penganiayaan.
- Seorang Tawanan perang hanya dapat dihukum dengan sah apabila hukuman dijatuhkan oleh Pengadilan dengan prosedur yang sama bagi anggota-anggota angkatan perang Negara Penahan.
- Tawanan perang berhak untuk mengemukakan pembelaannya atau didampingi pembela dalam setiap proses peradilan.

Selanjutnya jaminan-jaminan peradilan bagi penduduk sipil, diatur dalam Konvensi Jenewa IV tentang Perlindungan Penduduk Sipil di waktu Perang, antara lain adalah :

- Setiap penduduk sipil berhak atas penerapan aturan hukum pidana dari negaranya/ wilayah yang diduduki, kecuali telah dicabut oleh Penguasa Pendudukan, atas dasar hukum pidana tersebut merupakan ancaman bagi keamanannya atau menghalangi pelaksanaan Konvensi Jenewa ini. (Pasal 64)
- Dalam hal terjadinya pelanggaran hukum pidana dari negara Pendudukan, maka penduduk sipil diadili oleh Pengadilan Militer non Politis .

¹⁰¹ Anne Sophie Gindroze, Opcit, halm 34.

Pengadilan tersebut hanya boleh menerapkan aturan hukum yang telah berlaku sebelum pelanggaran dilakukan .(Pasal 66 dan Pasal 67)

- Penduduk sipil yang melakukan tindak pidana yang merugikan Penguasa Pendudukan, namun bukan tindak pidana pembunuhan atau percobaan pembunuhan terhadap anggota angkatan perang Negara Penahan, atau merusak instalasi militer dan hak milik mereka, berhak untuk dikenakan *interniran* atau hukum penjara biasa, asal hukuman penjara ini seimbang dengan kesalahan yang dilakukan. (Pasal 68 par. 1).

Dalam *Comentary* dikemukakan bahwa *interniran* merupakan tindakan administratif yang bertujuan “pencegahan” dan bukan penghukuman, sebagaimana dimaksud Pasal 68 Konvensi IV Par.1. Prinsipnya “interniran” penduduk sipil merupakan suatu hukuman alternatif bagi hukuman penjara dan merupakan pertimbangan kemanusiaan yang memungkinkan orang sipil memperoleh perlakuan yang lebih meringankan dibandingkan dengan hukuman penjara.¹⁰²

Hak seseorang untuk memperoleh proses peradilan yang wajar, telah dijamin dalam UU no 8 tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Hak-hak tersebut antara lain dapat dilihat dalam beberapa pasal di bawah ini : Pasal 50: hak tersangka untuk segera mendapatkan pemeriksaan, Pasal 51: hak tersangka / terdakwa untuk diberitahukan dengan jelas dengan bahasa yang dimengerti olehnya tentang apa yang disangkakannya/ didakwakan kepadanya pada waktu pemeriksaan dimulai, Pasal 52: tersangka atau terdakwa berhak untuk memberikan keterangan secara bebas, Pasal 54 : tersangka/ terdakwa berhak untuk mendapatkan bantuan penasehat hukum pada setiap pemeriksaan, Pasal 55 : tersangka berhak memilih sendiri penasehat hukumnya, Pasal 56 : Hak tersangka atau

¹⁰² Mochtar Kusumaatmadja, *OpCit*, hal 43

terdakwa yang tidak mampu untuk memperoleh bantuan hukum secara cuma-cuma, Pasal 57: tersangka/terdakwa yang ditahan berhak menghubungi penasihat hukumnya, Pasal 59 : hak tersangka/ terdakwa yang ditahan berhak diberitahukan mengenai alasan-alasan penahanannya, Pasal 64: tersangka/ terdakwa berhak diadili di sidang pengadilan yang terbuka untuk umum, Pasal 65: terdakwa berhak mengajukan banding.

Pelanggaran berat berupa perampasan hak seseorang untuk memperoleh proses peradilan yang wajar ini tidak diatur dalam KUHP.

(h) Deportasi atau pemindahan penduduk sipil secara tidak sah

Deportasi merupakan suatu tindakan pemaksaan atau kekerasan untuk mengusir seseorang keluar dari suatu wilayah yang ditempatinya. Larangan melakukan deportasi atau pemindahan penduduk sipil secara tidak sah, dimaksudkan sebagai perlindungan bagi penduduk sipil dari tindakan sewenang-wenang kekuasaan penguasa pendudukan di suatu wilayah yang didudukinya. Deportasi ini merupakan pelanggaran berat yang dilarang dalam Konvensi Jenewa IV-1949 tentang perlindungan penduduk sipil di waktu perang. Deportasi atau pemaksaan terhadap penduduk sipil ke luar dari suatu wilayah yang diduduki ke wilayah lain tidak diatur dalam KUHP.

(i) Penahanan Yang Tidak Sah Terhadap Orang Yang Dilindungi Oleh Konvensi

Setiap orang yang ada dibawah kekuasaan negara pendudukan berhak memperoleh perlindungan hukum atas perbuatan yang tidak dilakukannya.. Dikaitkan

dengan delik KUHP. pelanggaran berat berupa penahanan secara tidak sah identik dengan tindak pidana merampas kemerdekaan, sebagaimana diatur dalam Pasal 333 KUHP sebagai berikut :

- (1) Barang siapa dengan sengaja dan melawan hukum merampas kemerdekaan seseorang, atau meneruskan perampasan kemerdekaan yang demikian, diancam pidana penjara paling lama delapan tahun.
- (2) Jika perbuatan itu mengakibatkan luka-luka berat , maka yang bersalah dikenakan pidana penjara paling lama sembilan tahun.
- (3) Jika mengakibatkan mati , dikenakan pidana penjara paling lama dua belas tahun.
- (4) Pidana yang ditentukan dalam pasal ini berlaku juga bagi orang yang dengan sengaja memberi tempat untuk perampasan kemerdekaan yang melawan hukum.

Dalam **Putusan Hoge Raad** tanggal 9 April 1900 pengertian perampasan kemerdekaan dirumuskan sebagai berikut :

“Barang siapa dikurung dalam suatu ruangan dan tanpa melakukan kekerasan atau mengalami kekerasan, tidak dapat keluar dari ruangan itu melalui pintu yang tersedia, telah dirampas kemerdekaan.”

Sesuai Jurisprudensi dari Hoge Raad 1900, maka yang dimaksud dengan delik merampas kemerdekaan adalah melakukan pengurungan (penahanan) tanpa digunakan kekerasan atau ancaman kekerasan lebih dahulu.

Pelanggaran berat berupa penahanan secara tidak sah terhadap orang-orang yang dilindungi, *identik* dengan delik dalam Pasal 333 KUHP, yaitu melakukan perampasan kemerdekaan secara melawan hukum *atau* meneruskan perampasan kemerdekaan. Kedua instrumen hukum tersebut, bertujuan melindungi hak asasi

sesorang dari perbuatan perampasan kemerdekaan secara melawan hukum atau sewenang-wenang.

(j) Penyanderaan

Pengertian penyanderaan ini dapat dilihat dalam Pasal 1 Konvensi tentang Pencegahan Penyanderaan tahun 1979, yaitu :

Setiap orang yang menahan orang dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, dengan maksud menenpatkan orang tersebut secara melawan hukum di bawah kekuasaannya atau kekuasaan orang lain untuk menempatkan orang-orang tersebut dalam keadaan tidak berdaya (kursif penulis)

Sesuai dengan ketentuan dalam Konvensi di atas, penyanderaan merupakan tindakan menahan seseorang dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, istilah “menahan” hakekatnya sama dengan melakukan perampasan kemerdekaan, namun perampasan kemerdekaan yang dimaksud dalam penyanderaan adalah dilakukan dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, terhadap seseorang untuk ditempatkan di bawah kekuasaannya. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa penyanderaan identik dengan tindak pidana perampasan kemerdekaan Pasal 333 KUHP.

Selanjutnya berdasarkan pada uraian –uraian tersebut di atas, dapat dikemukakan sebagai berikut :

- (a) *wilful killing* identik dengan delik pembunuhan Pasal 338 KUHP jo Pasal 340 KUHP;
- (b) *Wilfully causing great suffering or serious injury to body or health* identik dengan delik penganiayaan berat Pasal 354 KUHP;
- (c) *Torture or inhuman treatment including biological experiments* identik

dengan delik penganiayaan Pasal 422 KUHP;

- (d) Penahanan secara tidak sah dan penyanderaan identik dengan delik merampas kemerdekaan secara tidak sah Pasal 333 KUHP;
- (e) Penyanderaan identik dengan delik Pasal 333 KUHP yaitu sebagai tindak pidana perampasan kemerdekaan;
- (f) Pemusnahan gedung medis dan perampasan hak milik, identik dengan delik Pasal 200 KUHP mengenai perusakan bangunan yang dapat menimbulkan bahaya bagi nyawa atau barang;
- (g) Perampasan hak milik di waktu perang identik dengan Pasal 363 ayat (1) ke 2 KUHP jo Pasal 365 ayat (1) KUHP.

Delik-delik dalam KUHP tersebut di atas, dikatakan identik dengan pelanggaran-pelanggaran berat yang diatur oleh Konvensi Jenewa 1949 karena hakekatnya mempunyai kesamaan dengan pelanggaran-pelanggaran berat. Disamping itu terdapat pula beberapa pelanggaran berat yang tidak diatur delik-delik KUHP yaitu : (a) deportasi; (b) pemaksaan seorang tawanan perang untuk berdinasi di ketenteraan pihak musuh (asing) dan; (c) merampas hak tawanan perang untuk memperoleh peradilan yang wajar dan adil.

Lebih lanjut di bawah ini akan diuraikan hubungan delik-delik KUHP dengan pelanggaran-pelanggaran berat yang diatur Protokol Tambahan I-1977.

3 Hubungan delik-delik KUHP dengan pelanggaran berat dalam Protokol Tambahan I -1977

Pelanggaran berat dalam Protokol Tambahan I - 1977 meliputi perbuatan perbuatan sebagai berikut :

(1) Pelanggaran Pasal 11 Protokol Tambahan I-1977 yaitu :

- (a) pengudungan anggota tubuh,
- (b) pencakokakan anggota badan ,
- (c) pencakokan syaraf yang tidak sesuai dengan standart kesehatan.,

Hakekat pelanggaran berat berupa; *pengudungan anggota tubuh, pencakokan tubuh dan pencakokan syarat, yang tidak sesuai standar kesehatan*, merupakan tindakan yang mengakibatkan luka berat pada tubuh atau kesehatan seseorang, Ke tiga jenis pelanggaran berat tersebut hakaketnya mempunyai kesamaan dengan delik penganiayaan berat Pasal 354 KUHP.

(2) Pelanggaran berat dalam Pasal 85 ayat (3) berupa :

(a) penyerangan terhadap penduduk sipil

Pengertian "*Penyerangan*" menurut Pasal 49 Porotokol Tambahan I adalah :

"Tindakan kekerasan terhadap Pihak musuh, baik dalam menyerang atau dalam mempertahankan diri". Selanjutnya yang dimaksud dengan "*penduduk sipil*"

menurut Pasal 50 ayat (1) adalah :

Orang-orang sipil adalah seorang yang tidak termasuk salah satu kategori, golongan yang disebut dalam Pasal 4 A 1 sub , 2, 3 dan sub 6 dari Konvensi Ketiga dan Pasal 43 dari Protokol ini. Apabila timbul keragu-raguan apakah seorang tergo- long orang sipil, maka orang tersebut dianggap sebaai orang sipil.

Sesuai dengan ketentuan di atas, prinsipnya *orang-orang sipil* adalah ; orang – orang yang tidak memperoleh status tawanan perang. Apabila mereka di tangkap pihak lawan , sebagaimana disebut dalam Pasal 4 A sub 1, 2, 3 dan sub 6 Konvensi-Jenewa III mengenai perlindungan Tawanan Perang dan Pasal 43 Protokol Tambahan I tentang status Angkatan perang. (kombatan)

Angkatan bersenjata ini mempunyai status sebagai kombatan, yaitu berhak melakukan penyerangan dan boleh dijadikan obyek penyerangan. Lebih lanjut dalam Article 1,2, dan 3 Haque Regulation 1907, telah ditetapkan golongan-golongan kombatan yaitu :

- (1) Tentara (*reguler armies*);
- (2) Milisi dan *Volunteer Corps* (*ireguler armies*) yang merupakan bagian dari angkatan bersenjata dan memenuhi syarat :
 - a. dipimpin seorang komandan yang bertanggungjawab terhadap bawahannya
 - b. mempunyai tanda pengenal yang dapat dilihat dari jauh
 - c. membawa senjata secara terang-terangan;
 - d. melakukan operasi militer sesuai dengan hukum dan kebiasaan perang;
- (3) *Leeve en Masse* yaitu suatu Perlawanan rakyat yang dilakukan secara spontan terhadap musuh yang belum memasuki wilayahnya ;

Selanjutnya dalam Pasal 13 Konvensi Jenewa III-1949 dan Pasal 43 jo Pasal 46 Protokol Tambahan I-1977 golongan kombatan ini ditambahkan yaitu :

- (4) Gerakan perlawanan yang terorganisir (*organizer resistance movement*)
- (5) Para militer/ badan penegak hukum yang mengikuti angkata perang dan telah diberitahukan pada Pihak Lawan;
- (6) Gerilyawan, dengan syarat selalu dapat dibedakan dengan penduduk sipil pada waktu melakukan operasi militernya dan paling tidak membawa senjata secara terang-terangan.

Sesuai dengan ketentuan di atas, ada 6 golongan yang dapat dikategorikan sebagai *kombatan* (pihak peserta tempur). Status kombatan adalah berbeda dengan penduduk sipil yang tidak boleh melakukan serangan dan tidak boleh dijadikan sasaran serangan. *Penyerangan penduduk sipil* hakekatnya identik dengan delik pembunuhan dalam Pasal 338 KUHP atau pembunuhan berencana Pasal 340 KUHP.. Penyerang penduduk sipil merupakan kesengajaan untuk merampas nyawa orang lain secara melawan hukum. Perbuatan tersebut bersifat melawan hukum, karena penduduk sipil bukanlah orang yang dapat dijadikan sasaran serangan.

(b) Serangan yang membabi buta :

Suatu penyerangan dianggap membabi buta, menurut Pasal 51 ayat (4) Protokol

Tambahan I-1977 meliputi tindakan-tindakan sebagai berikut :

- serangan –serangan yang tidak ditujukan terhadap sarana khusus militer;
- serangan yang mempergunakan suatu cara atau alat-alat tempur yang tidak dapat ditujukan terhadap sasaran khusus militer;
- serangan yang mempergunakan suatu cara atau alat-alat tempur yang akibatnya tidak dibatasi sebagaimana dituntut oleh Protokol ini; Penyerangan secara membabi buta, pada hakekatnya merupakan penyerangan yang tidak membedakan antara obyek militer dan obyek sipil.

Berdasarkan pada pengertian di atas, maka yang dimaksud *penyerangan yang membabi buta*, adalah melakukan penyerangan tanpa membedakan antara *obyek sipil* dengan *obyek militer* atau antara *penduduk sipil* dan *kombatan*. Penyerangan secara membabi buta dan mengakibatkan kerugian pada penduduk sipil ataupun obyek-obyek sipil,. identik dengan delik pembunuhan Pasal 338 KUHP ataupun delik perusakan bangunan yang dapat menimbulkan bahaya bagi barang atau nyawa orang lain, dalam

Pasal 200 KUHP. Hal ini didasarkan pemikiran bahwa akibat yang timbul dalam penyerangan secara membabi buta yaitu dapat menyebabkan kerugian bagi barang atau nyawa penduduk sipil.

(b) serangan yang ditujukan pada Instalasi-Instalasi yang mengandung kekuatan berbahaya:

Dalam Pasal 56 ayat (1) disebutkan bangunan yang mengandung kekuatan berbahaya meliputi :

1. bendungan atau tanggul; dan
2. Pusat Pembangkit Tenaga Listrik Nuklir;

Penyerangan terhadap instalasi-instalasi yang mengandung kekuatan berbahaya identik dengan delik Pasal 187 yang berbunyi sbb :

Barang siapa dengan sengaja menimbulkan kebakaran, ledakan, atau banjir, diancam :

- ke-1: dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun, jika karenanya timbul bahaya umum bagi barang;
- ke-2: dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun, jika karenanya timbul bahaya bagi nyawa orang lain;
- ke-3: dengan pidana penjara seumur hidup atau selama waktu tertentu paling lama dua puluh tahun, jika karenanya timbul bahaya bagi nyawa orang lain dan mengakibatkan matinya orang.

Kesamaan antara pelanggaran berat berupa larangan penyerangan terhadap instalasi yang mengandung kekuatan berbahaya dengan delik Pasal 187 KUHP, hakekatnya kedua instrumen hukum tersebut bertujuan melindungi nyawa dan barang orang lain, akibat dilakukannya penyerangan terhadap instalasi yang mengandung kekuatan berbahaya.

(c) larangan melakukan serangan terhadap daerah yang tidak dipertahankan (demiliterisasi);

Larangan melakukan serangan terhadap daerah yang tidak dipertahankan atau “demiliterisasi”, merupakan pelaksanaan dari berlakunya prinsip “*open city doctrine*” (dokrin kota terbuka), yang diatur Pasal 25 Konvensi Den Haag IV tentang Tata Cara Perang di Darat. Daerah demiliterisasi merupakan suatu wilayah yang dilepaskan dari pertahanan militer, daerah tersebut hanya dijaga oleh polisi sebagai pemelihara ketertiban. Penyerangan terhadap wilayah yang tidak dipertahankan dalam Konvensi Den Haag 1907 dikualifikasikan sebagai perbuatan yang tidak satria.

Dalam KUHP, tidak ada satupun ketentuan yang mengatur tentang larangan dilakukan penyerangan terhadap wilayah yang tidak dipertahankan., sehingga pelanggaran berat tersebut tidak dapat diidentikan dengan delik KUHP.

(e) Melakukan penyerangan terhadap Hors de combat

Penyerangan terhadap anggota angkatan perang yang menyerah atau tidak mampu lagi melakukan perlawanan (*hors de combat*), merupakan tindakan yang sangat keji dan tidak manusiawi. Tindakan tersebut di dalam hukum dan kebiasaan perang digolongkan sebagai tindakan yang tidak berperikemanusiaan dan tidak satria., sebab hors de combat merupakan kombatan yang tidak lagi mempunyai kemampuan untuk melakukan perlawanan. *Penyerangan terhadap hors de combat* hakekatnya identik dengan delik pembunuhan Pasal 338 KUHP jo Pasal 340 KUHP, yaitu merampas nyawa orang lain secara melawan hukum. Hal ini didasarkan pemikiran *hors de*

combat merupakan kombatan yang sudah tidak lagi mempunyai hak untuk diserang atau menyerang.

(f) Pemakian lambang Palang Merah secara Licik dan lambang-lambang pelindung lain yang diakui oleh Konvensi dan Protokol.

Penggunaan lambang-lambang Pelindung secara licik dalam konflik bersenjata ini merupakan tindakan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran berat. Tindakan ini antara lain adalah pemasangan tanda pelindung pada markas angkatan bersenjata, tujuannya agar pihak lawan tidak melakukan penyerangan pada obyek militer tersebut.. Dalam KUHP tidak ada ketentuan yang melarang pemakian lambang pelindung secara licik dalam peperangan.

Selanjutnya berdasarkan pada uraian-uraian tersebut di atas, pelanggaran-pelanggaran berat yang tersebut dalam Pasal 85 ayat (3) ini, yaitu :

- a. penyerangan terhadap penduduk sipil;
- b. melukan penyerangan yang membabi buta;
- c. penyerangan terhadap bangunan atau instalasi yang mengandung kekuatan berbahaya;
- d. . penyerangan terhadap wilayah yang tidak dipertahankan;
- e. melakukan serangan terhadap *hors de combat* dan
- f. pemakaian secara licik lambang pelindung.

Hakekat dari tindakan-tindakan yang dilarang dalam Pasal 85 ayat (3) di atas, merupakan penerapan dari *prinsip pembedaan* yang diadopsi dari Konvensi Den Haag 1907. Prinsip pembedaan merupakan prinsip utama di dalam Hukum Humaniter ,

sebagaimana dikemukakan oleh ICRC bahwa Hukum Humaniter didasarkan pada dua prinsip yang utama yaitu :¹⁰³

1. Selalu harus dibedakan antara penduduk sipil dan peserta tempur, antara sarana sipil dan sarana militer, sehingga serangan harus diarahkan ke-sasaran militer;
2. Selalu harus dipertimbangkan keseimbangan antara kebutuhan perikemanusiaan dan kepentingan militer, sehingga korban dan kerusakan akibat operasi militer tidak bersifat berlebihan dibandingkan dengan keuntungan militer yang didapat dari operasi militer tersebut.

Prinsip ke dua di atas di dalam hukum dan kebiasaan perang dikenal sebagai “**asas kepentingan militer**”. artinya setiap pihak yang bersengketa diperbolehkan menggunakan semua kekuatan militernya untuk mengalahkan pihak lawan dalam waktu yang sesingkat-singkatnya dan dengan korban yang sekecil-kecilnya. Berlakunya prinsip **kepentingan militer** ini harus seimbang dengan **prinsip kemanusiaan**., sebagaimana dikemukakan oleh Jean Pictet sbb :

*“Military necessity principle and the maintenance of public order must always be compatible with respect for the human person”*¹⁰⁴

(3) Pelanggaran –pelanggaran berat Pasal 85 ayat (4) yaitu :

(a) Pemindahan penduduk ke dalam wilayah yang didudukinya

Pelanggaran berat ini berbeda dengan pelanggaran berat yang diatur dalam Konvensi Jenewa 1949, berupa larangan melakukan pengusiran (*deportation*). penduduk sipil ke luar dari wilayah yang didudukinya. Pemindahan penduduk ke dalam wilayah yang didudukinya merupakan tindakan yang bertentangan dengan sifat

¹⁰³ Anne Sophie Gindroz, *Sejarah dan Sumber Hukum Humaniter Internasional, dalam Course Materials on International Humanitarian Law*, (Jakarta : PSHM-Trisakti- ICRC, 1996) halm 5

¹⁰⁴ Lihat Frits Kalshoven, 1987 *Opcit* halm 56 dan Lihat pula Jean Pictet , 1985, *Opcit*, hal 58.

“pendudukan militer”., sebab pemerintah pendudukan tidak mempunyai kewenangan untuk memasukan warganegaranya sendiri ke dalam wilayah negara lain yang didudukinya. Dalam Konvensi Den Haag IV-1977 tentang Pendudukan dikatakan; pendudukan militer dalam wilayah suatu negara tidak secara otomatis hak dan kedaulatan negara didudukinya akan berpindah ke dalam penguasa (militer) yang didudukinya..

Dikaitkan dengan delik KUHP, Pelanggaran berat berupa *pemindahan penduduk sipil ke dalam wilayah yang didudukinya* oleh penguasa pendudukan. tidak diatur dalam KUHP.

(b) Keterlambatan/ penundaan dalam repatriasi tawanan perang dan interniran

Pemulangan kembali tawanan perang atau interniran merupakan hak dari setiap tawanan perang atau interniran, dalam memperoleh kebebasannya setelah berakhirnya pendudukan atau konflik bersenjata. *Penundaan atau keterlambatan dalam pemulangan tawanan perang atau interniran, hakekatnya merupakan perbuatan yang dapat dikualifikasikan sebagai perampasan kemerdekaan secara tidak sah atau melawan hukum.* Berkaitan dengan hal tersebut dapat dikatakan penundaan repatriasi tawanan perang atau interniran, identik dengan delik perampasan kemerdekaan Pasal 333 KUHP.

(c) Praktek-Praktek Apartheid dan praktek-praktek tidak berperikemanusiaan lainnya yang melibatkan perkosaan terhadap kehormatan pribadi, yang didasarkan atas perbedaan warna kulit.

Kejahatan apartheid ini diadopsi "*International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid 1973*, yang dapat dilakukan dalam masa konflik bersenjata. Kejahatan apartheid ini digolongkan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan, sebagaimana tercantum dalam *Convention on the Non Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, 1968* yang menyatakan "*Inhumane acts resulting from the policy of apartheid are qualified as crime against humanity*"

Dalam Article II Konvensi Pemberantasan dan Penghukuman kejahatan apartheid 1973, pengertian apartheid dirumuskan sebagai berikut :

For the purpose of the present Convention, the term " the crime of apartheid" which shall include similar policies and practice of racial segregation and discrimination as practised in Southern Africa, shall apply to the following inhuman acts committed for the purpose of establishing and maintaining domination by one racial group of persons over any other racial group of persons and systematically oppressing them:

- (a) denial to member or members of a racial group or groups of the right to life and liberty of person:*
 - (i) by murder of members of a racial group or groups;*
 - (ii) by infliction upon members of a racial group or groups of serious bodily or mental harm. By the infringement of their freedom or dignity, or by subjecting them to torture or to cruel, inhuman of degrading treatment or punishment;*
 - (iii) By arbitrary arrest and illegal imprisonment of the members of a racial group;*
- (b) deliberate imposition on a racial group or person or groups of living conditions calculated to cause its or their physical destruction inwhole or in part:..*

Berdasarkan pada pengertian di atas, kejahatan apartheid ini dilatar belakangi dengan praktek-praktek "*apartheid*" (perbedaan ras) di Afrika selatan. Kejahatan apartheid adalah perbuatan-perbuatan yang tidak manusiawi yang dilakukan dalam konteks kekuasaan suatu rejim kelembagaan, tindakan tersebut berupa ; penindasan dan dominasi sistematis oleh satu kelompok rasial atas suatu kelompok ras lain dan dilakukan dengan maksud untuk mempertahankan rejim itu.¹⁰⁵ Dalam kejahatan *apartheid* terdapat unsur penyalahgunaan kekuasaan dari suatu rezim, dengan melakukan penindasan terhadap golongan lainnya, dan bertujuan untuk mempertahankan dominasi kekuasaan.

Delik-delik KUHP, tidak mengatur mengenai Kejahatan *apartheid* atau praktek-praktek *apartheid*. sebagai penyalahgunaan kekuasaan, namun bentuk- bentuk kejahatan berupa pembunuhan dan penyiksaan merupakan delik-delik yang diancam dalam KUHP.

(d) Melakukan serangan terhadap obyek-obyek budaya termasuk tempat-tempat ibadah

Larangan dilakukannya penyerang benda-benda budaya dalam Protokol Tambahan I-1977 ini diadopsi dari ketentuan dalam Konvensi Den Haag 1954 tentang Perlindungan benda-benda budaya dalam Konflik bersenjata. Benda budaya hakekatnya merupakan warisan bersama umat manusia (*common heritage mankind*) yang harus dilestarikan, dan dilindungi, baik dalam masa damai maupun konflik bersenjata.

¹⁰⁵ Lihat Pasal 7 (h) Statute Rome 1998.

Selanjutnya yang dimaksud dengan benda budaya menurut Article 1 Konvensi

Den Haag 1954, digolongkan dalam :

- a Benda bergerak ataupun tidak bergerak yang sangat penting bagi warisan budaya setiap orang, seperti monumen-monumen dari para arsitektur, benda-benda seni ataupun benda bersejarah yang bersifat keagamaan ataupun bersifat sekuler; tempat-tempat arkeologi, sekelompok bangunan yang secara keseluruhan merupakan kepentingan kesenian atau kebudayaan, sejarah arkeologi lainnya, seperti koleksi buku ilmu pengetahuan dan koleksi-koleksi buku-buku penting, arsip-arsip atau reproduksi dari benda-benda tersebut.
- b Bangunan-bangunan yang tujuan efektif dan tujuan utamanya adalah menjaga dan memamerkan benda-benda budaya bergerak; sebagaimana ditentukan dalam paragraf a tersebut, seperti museum, perpustakaan besar dan tempat-tempat penyimpanan arsip-arsip, dan tempat-tempat perlindungan yang dimaksud untuk melindungi benda kebudayaan yang bergerak dalam masa konflik bersenjata, sebagaimana ditentukan dalam paragraf a.
- c Pusat-pusat yang berisi sejumlah besar benda-benda budaya yang dikenal sebagai "Pusat-pusat yang berisi monumen-monumen".

Dalam Konvensi Den Haag 1954, terdapat kewajiban bagi semua pihak untuk memberikan "tanda pelindung" terhadap bangunan-bangunan bersejarah sejak masa damai, tujuannya adalah menghindarkan bangunan-bangunan atau tempat-tempat penyimpanan benda budaya terhindar dari sasaran serangan. Konvensi Den Haag 1954 ini telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia dengan Keppres no 234 tahun 1968.

Selanjutnya dikaji dari delik Pasal 200 KUHP tentang tindak pidana perusakan dan penghancuran gedung atau bangunan, merupakan ketentuan yang mengancam pidana terhadap perusakan gedung atau bangunan secara umum.. Dalam arti delik tersebut tidak dibedakan apakah yang dihancurkan termasuk bangunan yang bernilai sejarah atau tempat-tempat ibadah, sehingga delik Pasal 200 KUHP berbeda dengan

pelanggaran berat berupa penyerangan obyek budaya termasuk tempat ibadah. *Larangan ini tidak berlaku*, apabila obyek atau benda-benda budaya tersebut sebelumnya tidak diberikan tanda pelindung khusus yang diatur oleh Konvensi Den Haag 1954.

Di Indonesia perlindungan obyek-obyek budaya, diatur dalam UU no 5 tahun 1992 tentang Benda Cagar Budaya, namun ketentuan ini tidak dikhususkan untuk mencegah dilakukannya perusakan dan penghancuran benda-benda budaya pada masa konflik bersenjata. UU no 5 tahun 1992 hanya mengatur mengenai "penguasaan, pemilikan, pendaftaran dan pengalihan benda-benda budaya dan tidak dimaksudkan untuk memberikan perlindungan benda-benda budaya dari tindakan perusakan pada masa sengketa bersenjata.

(e) Merampas hak-hak seseorang untuk memperoleh peradilan yang jujur dan teratur

Pelanggaran berat ini merupakan penegasan kembali dari pelanggaran berat dalam Konvensi Jenewa 1949, mengenai hak-hak tawanan perang untuk memperoleh, jaminan peradilan yang wajar dan teratur. Hak untuk memperoleh jaminan peradilan yang wajar ini diatur dalam Pasal 75 Protokol Tambahan I-1977 yaitu :

- ◆ Orang-orang yang ditangkap, ditahan harus diberitahukan mengenai alasan penangkapan dan penahanannya. Setelah alasan tersebut tidak ada lagi, orang harus segera dibebaskan;
- ◆ Hukuman hanya dapat dijatuhkan dan dilaksanakan, apabila hukuman tersebut diputuskan terlebih dahulu oleh pengadilan yang sah dan yang dapat memberikan jaminan mengenai kebebasannya;
- ◆ Dalam proses peradilan, harus diberlakukan jaminan mutlak antara lain sbb:

- tersangka harus diberitahu mengenai tuduhannya dalam bahasa yang dipahami, agar ia dapat mempersiapkan pembelaannya;
- tanggungjawab pidana hanya dapat diterapkan secara perorangan;
- Pelanggaran hanya dapat ditentukan dan hukuman hanya dapat dijatuhkan berdasarkan hukum pidana yang pada waktu pelanggaran tersebut dilakukan (*asas legalitas*)
- Setiap tersangka dianggap tidak bersalah sebelum kesalahannya dibuktikan oleh pengadilan yang berwenang; (*equality before the law*)
- Tidak seorangpun dapat dipaksakan untuk mengakui kesalahannya;
- Kejahatan tidak dapat dihukum dua kali untuk kejahatan yang sama; (*asas ne bis in idem*)
- Sidang pengadilan pada prinsipnya terbuka untuk umum
- Setiap orang yang dinyatakan bersalah berhak untuk mengajukan banding.

Pelanggaran berat berupa merampas hak-hak seseorang untuk memperoleh *jaminan peradilan yang wajar dan teratur*. tidak diatur dalam KUHP.

(4) Pelanggaran berat berupa tidak melakukan kewajiban-kewajiban yang ditetapkan oleh Konvensi Jenewa 1949

Dalam Konvensi Jenewa 1949 telah ditetapkan beberapa kewajiban berkaitan dengan perlindungan korban-korban sengketa bersenjata, yaitu antara lain :

- (1) Kewajiban untuk melakukan perawatan mereka yang luka dan sakit tanpa perlakuan yang diskriminatif;
- (2) Kewajiban menghormati hak-hak tawanan perang;
- (3) Kewajiban untuk melindungi penduduk sipil;
- (4) Kewajiban melindungi hak-hak orang-orang yang dilindungi untuk memperoleh jaminan peradilan yang wajar dan teratur;
- (5) Kewajiban untuk menghormati tanda pelindung;

Pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban yang ditetapkan dalam Konvensi Jenewa 1949 tersebut, identik dengan delik "*ommissionis*" yang diatur dalam KUHP

yaitu delik yang merupakan pelanggaran terhadap perintah dengan tidak melakukan sesuatu yang diwajibkan, namun pelanggaran terhadap kewajiban yang ditetapkan oleh Konvensi Jenewa 1949, tidak seluruhnya identik dengan delik-delik KUHP.

Berdasarkan pada uraian-urain tersebut di atas, dapat dikemukakan. Pelanggaran berat dalam Pasal 11 jo Pasal 85 ayat (3) berbeda dengan Pasal 85 ayat (4) Protokol Tambahan I-1977. Perbedaan ini menyangkut tujuan dari pengaturan pelanggaran-pelanggaran berat , yaitu :

(1) Pelanggaran berat dalam Pasal 11 Jo Pasal 85 ayat (3) berkaitan dengan Konvensi Jenewa 1949, bertujuan mencegah terjadinya perbuatan sewenang-wenang atau melanggar HAM selama berlangsungnya **sengketa bersenjata;**

(2) Pelanggaran Pasal 85 ayat (4) berkaitan dengan Konvensi Den Haag 1907. bertujuan mencegah tindakan yang sewenang-wenang **sebelum terjadinya konflik bersenjata.**

Lebih lanjut hubungan delik-delik KUHP dengan pelanggaran-pelanggaran Berat yang diatur dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977, dapat dibuat dalam bentuk tabel sebagai berikut :

Tabel I :

Pelanggaran -pelanggaran berat Konvensi Jenewa 1949	Delik-Delik KUHP
1. Wilful Killing 2. Torture or inhumane treatment, including biological experiments 3. Wilfully causing great suffering or	1.Pasal 338 Jo Pasal 340 KUHP 2. Pasal 422 KUP

<p>serious injury to body or health</p> <p>4. Extensice destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out and watonly ;</p> <p>5. Compelling a prisioner of war to serve in the forces of the hostile power</p> <p>6. Wilfully depriving a prisioner of war of the rights of fair and reguler trial prescribed in convention</p> <p>7. Deportation</p> <p>8. Unlawfully detention</p> <p>9. Taking of hostage</p>	<p>3.Pasal 354 KUHP</p> <p>4 Pasal 200 KUHP dan Pasal 363 ayat (1) sub ke 2 Jo Pasal 365 KUHP ayat (1)</p> <p>5 Tidak diatur</p> <p>6 Tidak diatur</p> <p>7 tidak diatur</p> <p>8 Pasal 333 KUHP</p> <p>9 Pasal 333 KUHP</p>
<p>Pelanggaran berat dalam Protokol tambahan I-1977</p> <p>1) Pelanggaran Pasal 11 yaitu melakukan tindakan di bidang medis berupa : (a) pengudungan anggota badan, (b) pencakokan anggota badan dan pencakokan syaraf yang tidak sesuai standart medis</p> <p>2) Pelanggaran Pasal 85 ayat (3) yang terdiri dari :</p> <p>(a) Penyerangan terhadap penduduk sipil</p> <p>(b) serangan secara membabi buta yang merugikan penduduk sipil dan obyek sipil</p> <p>(c) serangan terhadap instalasi yg mengandung kekuatan berbahaya</p> <p>(d) penyerangan terhadap daerah yang tidak dipertahankan</p>	<p>Delik-delik KUHP</p> <p>1) Pasal 354 KUHP</p> <p>(a) Pasal 338 Jo Pasal 340 KUHP</p> <p>(b) Pasal 338 jo Pasal 200 KUHP</p> <p>(c) Pasal 187 KUHP</p> <p>(d) Tidak diatur</p>

(e) serangan terhadap hors de combat	(e) Pasal 338 KUHP
(f) penggunaan secara licik lambang Pelindung	(f) tidak diatur
(3) Pelanggaran berat Pasal 85 ayat (4) yaitu :	
(a) pemindahan penduduk sipil ke dalam wilayah yang didudukinya oleh penguasa pendudukan	(a) tidak diatur
(b) keterlambatan/ penundaan repatriasi tawanan perang dan interniran	(b) Pasal 333 KUHP
(c) praktek-praktek apartheid	(c) tidak diatur
(d) serangan terhadap obyek-obyek budaya	(d) tidak diatur
(e) merampas hak-hak orang yang dilindungi untuk memperoleh peradilan yang wajar dan teratur	(e) tidak diatur
(4) Pelanggaran kewajiban-kewajiban yang ditetapkan oleh Konvensi Jenewa 1949	(4) berkaitan dengan <i>delik ommissionis</i>

Pelanggaran-pelanggaran berat dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977 merupakan "kejahatan perang", sebagaimana di tegaskan dalam Pasal 85 (5) Protokol Tambahan I-1977 sebagai berikut :

Tanpa mengurangi penerapan Konvensi dan Protokol ini, pelanggaran-pelanggaran berat atas piagam-piagam tersebut harus dianggap sebagai kejahatan perang

Pelanggaran-pelanggaran berat dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol tambahan I-1977 yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang, adalah kejahatan

internasional, yang bersumber pada ketentuan-ketentuan internasional di bidang perlindungan HAM. Kejahatan perang mempunyai karakteristik khusus, antara lain yaitu:

- (1) Kejahatan perang ini merupakan kejahatan yang cenderung dilakukan dalam konteks kekuasaan militer. (adanya penyalahgunaan kekuasaan militer). Dalam arti kejahatan tersebut, merupakan tindakan yang bertentangan dengan prinsip kepentingan militer dan prinsip kemanusiaan.
- (2) Disebut sebagai kejahatan perang, karena kejahatan yang dilakukan ditujukan pada *orang-orang yang dilindungi* oleh Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977, yang berlaku dalam masa sengketa bersenjata. Misalnya melakukan perampasan hak milik penduduk sipil atau benda-benda publik secara melawan hukum yang dilakukan dengan menggunakan fasilitas militer, selama konflik bersenjata;
- (3) Kejahatan perang cenderung menimbulkan korban yang bersifat massal atau meluas, misalnya melakukan penyerangan yang membabi buta atau melakukan serangan terhadap wilayah yang tidak dipertahankan, melakukan penyerangan terhadap instalasi-instalasi yang mengandung kekuatan berbahaya, dan mengakibatkan korban yang bersifat massal di kalangan penduduk sipil;
- (4) Pelaku-pelaku kejahatan perang secara individual dapat diadili di hadapan pengadilan nasional maupun internasional, berdasarkan penerapan yurisdiksi atas asas universal.

Karakteristik kejahatan perang tersebut, berbeda dengan karakteristik delik-delik dalam KUHP antara lain yaitu :

- (1) Pelaku dalam melakukan kejahatannya atau tindak pidana cenderung dilakukan secara individual dan bersifat kasuistis dengan korban yang relatif individual ;
- (2) Pelaku-pelaku kejahatan terhadap tindak pidana dalam KUHP tidak dapat diadili secara individual di hadapan pengadilan internasional;
- (3) Asas universal dalam KUHP tidak dimaksudkan untuk mengadili kejahatan perang.¹⁰⁶

Sesuai dengan uraian-uraian tersebut di atas, dapat dikemukakan meskipun delik-delik KUHP hakekatnya mempunyai kesamaan dengan pelanggaran-pelanggaran berat, namun tidak berarti delik-delik KUHP dapat digunakan untuk memidana pelanggaran-pelanggaran berat yang diatur oleh Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol tambahan I-1977 sebagai delik kejahatan perang. Di samping itu tidak semua jenis-jenis pelanggaran-pelanggaran berat yang tercantum dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977, tercakup (identik) dengan delik-delik KUHP, seperti penggunaan lambang pelindung secara licik, pemaksaan untuk menjadi anggota angkatan bersenjata pihak lawan dan deportasi, maupun kejahatan apartheid.

Selanjutnya di bawah ini akan diuraikan hubungan antara delik-delik KUHP dengan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan II -1977 dalam konflik bersenjata non internasional.

¹⁰⁶ Lihat Pasal 4 sub 2 dan Pasal 4 sub 4 KUHP.

A.2 Hubungan delik-delik KUHP dengan Pelanggaran HAM yang diatur

Protokol Tambahan II-1977

Protokol Tambahan II-1977 mengatur mengenai *Perlindungan Korban-korban akibat konflik bersenjata non internasional (internal)*, yang berbeda dengan Protokol Tambahan I-1977 mengenai *Perlindungan korban-korban akibat sengketa bersenjata non Internasional*. Ketentuan Protokol Tambahan II-1977 dimaksudkan untuk mengembangkan Pasal 3 *common article* Konvensi Jenewa 1949 yang mengatur “pertikaian bersenjata yang tidak mempunyai karakter internasional”. Istilah yang digunakan oleh Pasal 3 *common article* Konvensi Jenewa 1949 adalah “*armed conflict not international chracter*”. Berbeda dengan Protokol Tambahan II-1977 yang menggunakan istilah “Konflik bersenjata non internasional” (*non international armed conflict*)¹⁰⁷ Pengertian “non international armed conflict” menurut Commentary Protocol adalah :¹⁰⁸

Situasi dimana terjadi pertempuran antara angkatan bersenjata dengan kelompok bersenjata terorganisir (*organized armed group*) di dalam wilayah suatu negara, kemungkinan lainnya non international armed conflict dapat berupa suatu peristiwa pertikaian antara faksi-faksi bersenjata tanpa melibatkan Angkatan bersenjata yang sah.

Selanjutnya Pasal 1 Ayat (1) Protokol Tambahan II-1977 ditetapkan syarat-syarat berlakunya protokol yaitu :

1. Pertikaian bersenjata antara Pihak Peserta Agung dengan pemberontak yang teroganisir atau kelompok-kelompok pemberontak di dalam wilayah Pihak Peserta Agung.
2. Pemberontak di bawah komandan yang bertanggungjawab dan melaksanakan kekuasaannya atas suatu bagian dari wilayahnya, sehingga memungkinkan

¹⁰⁷ Lihat Pasal 3 Common Article Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 1 ayat (1) Protokol Tambahan II-1977.

¹⁰⁸ Lihat **GPH Haryomataram**, 1999, Opcit, halm 130

pemberontak dapat melaksanakan operasi-operasi militer secara terus menerus dan teratur.

3. Pihak pemberontak kemungkinan dapat melaksanakan Protokol ini.

Selanjutnya dalam Pasal 1 ayat (2) ditetapkan bahwa protokol ini tidak dapat diterapkan pada situasi **kekacauan dalam negeri** (*internal tension*) dan **ketegangan politik**, seperti *huru-hara* dan tindakan kekerasan *sporadis* yang tidak dapat dikategorikan sebagai konflik bersenjata non internasional.. Menurut Commentary Protocol, yang dimaksud dengan *internal tension* adalah sebagai berikut¹⁰⁹ :

As regards internal tensions, these could be said to include in particular situations of serious tension (political, religious, racial, social, economic, etc), but also the sequels

of armed conflict or of internal disturbances. Such situations have one or more of the following characteristic, if not all at the same time :

- ◆ *larger scale arrests;*
- ◆ *a larger number of political prisoners*
- ◆ *the probable existence of ill treatment or inhumane conditions of detention;*
- ◆ *the suspension of fundamental judicial quaranties, either as part of the promulgation of the state of emergency or simply as a matter of fact;*
- ◆ *allegation of disappearance.*

Sesuai dengan *Commentary Protocol* tersebut, yang dimaksud dengan *situasi kekacauan dalam negeri* atau *ketegangan politik*, apabila dalam suatu negara terdapat salah satu atau lebih karakteristik berikut ini yaitu: (a) adanya penahanan yang meluas, b adanya sejumlah besar tahanan politik, (c) adanya perlakuan tidak manusiawi pada kondisi penahanan; (d) penundaan jaminan dasar peradilan sebagai bagian dari pernyataan keadaan darurat negara ; (e) adanya penghilangan secara paksa. Berdasarkan pada kondisi-kondisi tersebut, ketentuan dalam Protokol Tambahan II-1977 tidak dapat

diberlakukan.. Ketegangan politik dan kekacauan politik tidak dapat dikategorikan sebagai situasi konflik bersenjata non Internasional, menurut Pasal 1 (1) Protokol Tambahan II-1977.

1. Jenis-jenis Pelanggaran HAM dalam Protokol Tambahan II-1977

Pelanggaran-pelanggaran HAM yang diatur dalam Protokol Tambahan II-1977, meliputi pelanggaran jaminan-jaminan dasar (kemanusiaan) yang diatur dalam Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977, dapat dilihat dalam bentuk tabel di bawah ini yaitu:

Tabel II

Pelanggaran-pelanggaran Jaminan dasar dalam Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977

Pelanggaran Jaminan-jaminan dasar Pasal 3 Common Article Konvensi Jenewa 1949 yaitu :

- (1). tindakan kekerasan terhadap jiwa dan raga berupa :
 - a. pembunuhan;
 - b. pengudungan;
 - c. perlakuan kejam dan penganiayaan;
- (2) penyanderaan;
- (3) perkosaan;
- (4) menghukum dan menjalankan hukuman mati tanpa didahului keputusan pengadilan yang dibentuk secara teratur;

Pelanggaran Jaminan-Jaminan dasar Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977 yaitu :

- (1) kekerasan terhadap jiwa dan kesehatan jasmani ataupun rohani berupa :
 - a. pembunuhan;
 - b. perlakuan kejam seperti pengudungan atau
 - c. setiap bentuk penghukuman jasmaniah

¹⁰⁹ **Fadilah Agus**, *Bentuk-Bentuk Sengketa Bersenjata dalam Hukum Humaniter suatu Perspektif*, kerjasama ICRC dengan PSHM Trisakti, Jakarta, 1999, hal 11.

- | | |
|---|---------------------------------------|
| (2) hukuman kolektif; | merendahkan martabat wanita, |
| (3) penyanderaan; | perkosaan dan pelacuran. |
| (4) tindakan terorisme; | (6) perbudakan dan perdagangan budak; |
| (5) perkosaan atas kehormatan pribadi terutama perlakuan yang | (7) perampokan |

Sesuai dengan Tabel II di atas, beberapa jenis pelanggaran jaminan –jaminan dasar yang diatur dalam Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949, diatur lagi dalam Pasal 4 Protokol Tambahan II yaitu : (a) *kekerasan terhadap jiwa dan raga, berupa pembunuhan, pengudungan dan setiap tindakan penghukuman yang tidak manusiawi*, (b) *penyanderaan* dan (c) *perkosaan*. Adapun jenis pelanggaran jaminan dasar yang hanya tercantum dalam Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949 adalah *menjalankan hukuman mati tanpa didahului keputusan pengadilan yang dibentuk secara teratur*. Sedangkan pelanggaran berat yang ditambahkan oleh Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977 adalah : *hukuman kolektif, terorisme, perbudakan dan perampokan*.

2. Hubungan Delik-delik KUHP dengan Pelanggaran Jaminan Dasar dalam Protokol Tambahan II-1977

Hubungan delik-delik KUHP dengan Pelanggaran Jaminan Dasar Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977 adalah sebagai berikut :

- (a) **Tindakan kekerasan terhadap jiwa raga berupa pembunuhan, pengudungan, perlakuan kejam, dan penganiayaan;**

Pembunuhan, pengudungan ,perlakuan kejam dan penyiksaan , merupakan pelanggaran jaminan dasar (kemanusiaan) yang dilarang dalam Pasal 3 *common article*

Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977 . Pelanggaran tersebut merupakan pelanggaran terhadap *principle of Inviolability* dalam Hukum Jenewa 1949. dalam arti setiap individu mempunyai hak untuk dihormati jiwanya, integritasnya baik fisik maupun mental yang tidak dapat dipisahkan dari personalitasnya, seseorang hanya dapat dibunuh kalau ia berstatus sebagai kombatan.¹¹⁰

Pelanggaran HAM berupa pembunuhan, pengudungan dan penyiksaan serta perlakuan kejam lainnya, yang ditujukan terhadap orang-orang yang sudah tidak lagi aktif dalam pertempuran dan penduduk sipil¹¹¹ Pelanggaran tersebut identik dengan delik pembunuhan dalam Pasal 338 KUHP Jo Pasal 340 KUHP tentang pembunuhan dengan rencana., Pasal 422 tentang penyiksaan dan Pasal 354 KUHP tentang penganiayaan berat. Delik-delik dalam KUHP tersebut berkaitan dengan perlindungan nyawa dan kesehatan seseorang, identik dengan pelanggaran HAM yang diatur dalam Protokol Tambahan II-1977.

(b) Penyanderaan

Penyanderaan merupakan pelanggaran jaminan-jaminan dasar yang dilarang dalam Pasal 3 common Article Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977, diatur juga dalam Protokol Tambahan I-977 sebagai pelanggaran berat. *Penyanderaan* adalah tindakan menahan seseorang yang didahului dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, untuk menempatkan seseorang di bawah kekuasaannya.¹¹² Hakekat

¹¹⁰ Jean Pictet, *Op cit*, hal 67.

¹¹¹ Dalam Protokol Tambahan I menggunakan istilah "protected persons"

¹¹² Lihat Article 1 Konvensi Pencegahan penyanderaan 1979.

penyanderaan adalah melakukan perampasan kemerdekaan secara tidak sah, sehingga penyanderaan identik dengan delik perampasan kemerdekaan Pasal 333 KUHP..

Dikaitkan dengan asas hukum jenewa, *penyanderaan* merupakan pelanggaran terhadap *Principle of Security*, dalam artian *setiap orang berhak memperoleh perlindungan atas keamanannya*. Penerapan dari prinsip ini adalah;

“ *seseorang tidak boleh dipertanggungjawabkan atas perbuatan yang tidak dilakukannya, larangan melakukan reprisal, larangan melakukan penyanderaan, larangan melakukan hukuman kolektif dan perampasan hak-hak mereka.*¹¹³

© Perkosaan

Perkosaan atas kehormatan pribadi, terutama perlakuan menghinakan dan merendahkan martabat wanita, merupakan pelanggaran jaminan-jaminan dasar yang dilarang dalam Pasal 3 *common article* Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977. Perkosaan merupakan perbuatan yang bertentangan dengan penerapan *principle of inviolability*, artinya “setiap individu harus dihormati jiwanya, integritas fisik maupun mental yang tidak dapat dipisahkan dari personalitasnya” Penerapan dari prinsip ini adalah penghormatan terhadap integritas seseorang.”¹¹⁴

Tindakan perkosaan identik dengan delik perkosaan Pasal 285 KUHP yang berbunyi sebagai berikut :

“Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seseorang wanita bersetubuh dengan dia diluar perkawinan, diancam kerana melakukan per-kosaan, dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun”

¹¹³ Jean Pictet Loccit.

Menurut **Christa Rottensteiner**, dikemukakan bahwa kasus-kasus perkosaan yang terjadi di dalam konflik bersenjata di **Yugoslavia** dan di Rwanda cenderung dilakukan secara massal. Kasus perkosaan di Yugoslavia dilakukan oleh angkatan bersenjata Serbia yang ditujukan pada kaum muslim Bosnia. Kasus perkosaan di dalam konflik bersenjata di **Rwanda** dilakukan *suku Hutu* terhadap penduduk sipil *Tutsi*. Kejahatan perkosaan tersebut dikategorikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan, dalam Pasal 5 Statute International Criminal Tribunal for Yugoslavia 1993 dan Statute International Criminal Tribunal for Rwanda 1994.¹¹⁵

Pelanggaran HAM berupa perkosaan yang dilarang dalam Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977, hakekatnya mempunyai kesamaan dengan delik perkosaan Pasal 285 KUHP yaitu perbuatan dengan kekerasan atau ancaman kekerasan untuk memaksa seseorang wanita bersetubuh dengannya di luar perkawinan yang sah. Di samping larangan melakukan *perkosaan*, dalam Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977 terdapat tambahan tentang larangan melakukan *pemaksaan pelacuran*. Pemaksaan pelacuran identik dengan delik *menyerang kehormatan kesusilaan* dalam Pasal 289 KUHP, yang berbunyi sebagai berikut :

“Barangsiapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang untuk melakukan atau membiarkan dilakukannya perbuatan cabul, diancam karena melakukan *perbuatan yang menyerang kehormatan kesusilaan*, dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun.”

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Christa Rottensteiner, Opcit, hal 546 dan Lihat Statute ICTY 1993 dan Statute ICTR 1994.

(d) Menghukum dan menjalankan hukuman mati tanpa didahului keputusan Pengadilan yang dibentuk secara Teratur.

Pelanggaran HAM berupa menghukum dan menjalankan hukuman mati tanpa didahului keputusan pengadilan yang dibentuk secara teratur. (*extra judicial killing*). tercantum dalam Pasal 3 Common Article Konvensi Jenewa 1949.. Penarapan *extra judicial killing* , merupakan pelanggaran terhadap penerapan *principle of security* dalam arti “merampas hak seseorang untuk memperoleh jaminan peradilan yang wajar”¹¹⁶ Jaminan memperoleh peradilan yang wajar diatur pula dalam Pasal 8 UDHR 1948 dan Pasal 6 jo Pasal 14 ICCPR 1966. Larangan melakukan *extra judicial killing* ini dimaksudkan pada kewajiban untuk dibentuk peradilan secara teratur terlebih dulu, sebelum dijatuhkannya hukuman mati dan dilaksanakannya hukuman mati. Jadi tidak menitikberatkan pada larangan untuk menjatuhkan hukuman mati atau melaksanakan hukuman matinya.

Dilihat dari hakekatnya *extra judicial killing* dapat dikatakan sebagai tindakan pembunuhan secara sewenang-wenang di luar proses peradilan yang wajar, tindakan ini dapat diidentikan dengan delik merampasan nyawa orang lain secara melawan hukum Pasal 338 KUHP dan delik pembunuhan dengan rencan Pasal 340 KUHP.

(e) Hukuman kolektif

Hukuman kolektif atau *collective punishmen* dalam pasal 33 Keempat Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol II ditegaskan sbb :

¹¹⁶ Jean Pictet Loccit halm 54

“ as penalties of any kinds inflicted on person or entire groups of person in defiance of the most elementary principle of humanity, for acts that these persons have not committed”. Berkaitan dengan ketentuan tersebut dalam Commentary Protocol II publisher by ICRC sbb :¹¹⁷ *“ stresses the fact that the term “collective punishment” should be understood in its widest sense and as including any kind of sanction”*

Sesuai dengan pengertian di atas, melakukan hukuman kolektif adalah menghukum sekelompok orang akibat dari perbuatan yang dilakukan oleh salah satu orang, dan perbuatan ini bertentangan dengan prinsip kemanusiaan. Melaksanakan hukuman kolektif tidak dapat disamakan dengan melaksanakan putusan dari pengadilan, yang telah memperoleh kekuatan hukum yang pasti, sebab hukuman kolektif ini dilakukan di luar putusan pengadilan. Salah satu bentuk penghukuman kolektif dalam konflik bersenjata di Rwanda ini adalah penghentian suplai obat-obatan yang dibutuhkan penduduk sipil dalam konflik bersenjata, atau tidak memberikan makanan pada para tawanan, yang dapat menyebabkan penderitaan.¹¹⁸

Hukuman kolektif merupakan tindakan yang bertentangan dengan penerapan *principle of security*, dalam arti seseorang tidak boleh dipertanggungjawabkan terhadap perbuatan yang tidak dilakukannya¹¹⁹. Penerapan hukuman kolektif, merupakan pelanggaran terhadap *prinsip tiada pidana tanpa kesalahan* yang merupakan prinsip fundametal dalam hukum pidana, meskipun dalam delik-delik KUHP tidak terdapat ketentuan yang secara tegas mengatur larangan melakukan hukum secara kolektif.

¹¹⁷ Christa Rottenstiener, *Op cit*, hal 569.

¹¹⁸ Ibid,

¹¹⁹ Ibid.

(d) Tindakan terorisme

Pengertian “*terrorisme*” berasal dari kata terror atau “ketakutan”, atau “ketakutan yang mencekam atau kengerian.”¹²⁰ Menurut Suryo Sumarwoto¹²¹ dikemukakan bahwa pangkal tolak terorisme adalah kekerasan atau ancaman kekerasan dengan tujuan menimbulkan suasana mencekam atau ketakutan, dan tujuan akhir adalah merubah tatanan politik. Salah satu konvensi internasional yang melarang kejahatan terorisme ini adalah *Convention for Repression of International Terrorism 1937*. dalam Konvensi tersebut yang dikategorikan sebagai tindakan terorime adalah sebagai berikut:

- (1) Setiap serangan yang ditujukan terhadap Kepala Negara atau Pejabat Negara;
- (2) Setiap tindakan sabotase yang ditujukan kepada negara atau kepentingan umum;
- (3) Setiap tindakan yang membahayakan kehidupan manusia;
- (4) Setiap tindakan persiapan, menghimpun dan mengirimkan orang-orang bersenjata dan peralatan lain untuk kegiatan terror;
- (5) Setiap tindakan yang mendorong terlaksananya terror atau setiap bentuk bantuan untuk terlaksananya terror.

Berdasarkan pada kategori yang disebutkan dalam Konvensi Pemberantasan Terorism 1937 tersebut, dalam tindakan terror ini mengandung elemen sbb:

- (a) unsur politis karena tindakan ini ditujukan kepada kepala negara atau pejabat negara;
- (b) unsur kekejaman, kerana bentuk bentuk terror ini selalu dikatikan dengan tindakan-tindakan yang dapat membahayakan umat manusia; (Misal pembajakan pesawat, peledakan, pembunuhan dan penyanderaan)

¹²⁰ Lihat John M Echols dan Hassan Shadily .Kamus Inggris-Indonesia, Jakarta Gramendi, 1998, hal 590

¹²¹ Suryo Sumarwoto, *Hukum Poleomologi*, Buku Pegangan Mahasiswa, (Semarang: 1986 Fisip-Undip) hal 4.

(c) Unsur menyerang kepentingan umum (misalnya peledakan sarana-sarana kepentingan umum).

Selanjutnya Pasal 302 Konsep KUHP tahun 2000 tindak pidana terorisme ini dirumuskan sebagai berikut :

- (1) Setiap orang yang menggunakan kekerasan atau ancaman kekerasan terhadap fasilitas umum dengan maksud menimbulkan suasana teror atau ketakutan yang besar dan mengadakan intimidasi pada masyarakat, dengan tujuan akhir melakukan perubahan dalam sistem politik yang berlaku, dipidana kerana melakukan terorisme dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 3 (tiga) tahun;
- (2) Jika perbuatan terorisme sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) menimbulkan bahaya bagi nyawa orang lain, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan paling singkat 5 (lima) tahun.

Berdasarkan pada uraian-uraian di atas, tindakan terorisme tersebut dimaksudkan sebagai kejahatan yang dilakukan dalam masa damai (bukan pada masa konflik bersenjata). Tindakan terorisme yang dimaksud dalam Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977 di atas, merupakan teror yang dilakukan pada masa sengketa bersenjata non internasional, khususnya yang ditujukan pada penduduk sipil dengan tujuan menimbulkan rasa ketakutan pada penduduk sipil. Berbagai bentuk perbuatan *terrorisme* ini dapat dilakukan misalnya dengan melakukan penculikan-penculikan pada penduduk sipil, melakukan *perkosaan massal* dengan maksud menimbulkan ketakutan yang mencekam pada penduduk sipil.

Menurut **John Dugard** larangan melakukan tindakan teror ini dimaksudkan untuk melindungi penduduk sipil dalam memperoleh jaminan keamanan, sebagai hak asasi mereka di waktu konflik bersenjata non internasional.. Sehingga tindakan teror ini

dimasukan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan dalam konflik bersenjata di Yugoslavia dan Rwanda.¹²² Dalam delik KUHP, tidak ada ketentuan yang secara khusus mengatur tindakan terorisme ini, delik KUHP hanya dapat digunakan untuk memidana bentuk –bentuk dari perbuatan terorisme, misalnya peledakan terhadap bangunan publik. Perbuatan ini diatur dalam delik Pasal 187 KUHP, yaitu larangan menimbulkan *kebakaran, ledakan atau banjir*.

(f) Perbudakan dan perdagangan budak

Perbudakan merupakan tindakan yang tidak berperikemanusiaan, dan merendahkan harkat manusia. Pengertian “perbudakan” (slavery) dan perdagangan budak terdapat dalam Pasal 1 Slavery Convention tahun 1926 yang berbunyi sbb :

For the purpose of the present Convention, the following defenitions are agreed upon :

- (1) Slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised.*
- (2) The slavery trade includes all acts involved in the capture, acquisition or disposal or a person with intent to reduce him to slavery; all acts involved in the acquisition of a slave with a view to selling or exchanging him; all acts of disposal by sale or exchange of a slave acquired with a view to being sold or exchange, and in general every act of trade or transport in slaves.*

Sesuai definisi di atas, perbudakan merupakan suatu kondisi atau status seseorang di bawah suatu kekuasaan yang mengikat hak dirinya.. Perdagangan budak merupakan semua tindakan yang meliputi penangkapan, penambahan, pertukaran ,penjualan dan perdagangan atau pengangkutan budak . Perbudakan dan perdagangan budak ini

¹²² John Dugard, *Bridging the Gap between human right and humanitarian law, Punishment offender, International review of the Red Cross, September 1998, Thirty Eighth Year, No 324 Geneva 1988, hal 455.*

bertentangan dengan *principle of inviolability*, dan *principle of protection*, dalam Hukum Jenewa 1949.

Dikaitkan dengan delik dalam KUHP perbudakan dan perdagangan budak diatur dalam Pasal 324 KUHP. sampai Pasal 327 KUHP, namun Pasal-Pasal tersebut dipandang tidak perlu lagi berdasarkan Pasal V Undang-Undang No 1 tahun 1946.¹²³

(g) Perampokan

Perampokan merupakan perampasan hak milik yang dilakukan secara melawan hukum dengan kekerasan atau ancaman kekerasan terhadap harta benda milik orang-orang yang dilindungi konvensi Jenewa 1949. Perampokan ini merupakan tindakan yang bertentangan dengan *principle of inviolability*, yaitu perlindungan terhadap hak milik pihak musuh.¹²⁴ Di samping itu perampokan merupakan tindakan yang bertentangan dengan *principle of security*, artinya dalam suatu peperangan, setiap orang harus dijamin keamanannya dan tidak boleh dilakukan perampasan hak-haknya.¹²⁵ Perampokan hakekatnya identik dengan delik Pasal 362 ayat (1) ke-2 tentang pencurian di waktu perang dan Pasal 365 ayat (1) KUHP tentang pencurian yang dilakukan dengan kekerasan atau ancaman kekerasan.

Selanjutnya berdasarkan pada uraian-uraian tersebut di atas, pelanggaran jaminan-jaminan dasar kemanusiaan sebagaimana diatur dalam Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977, hakekatnya merupakan pelanggaran HAM dalam konflik bersenjata non internasional. Hal ini didasarkan pemikiran bahwa

¹²³ Sunarko, 1982, *Opcit* halm. 158

¹²⁴ Lihat Jean Pictet *Opcit*, hal 67

¹²⁵ *Ibid.* hal 67

ketentuan –ketentuan dalam Protokol Tambahan II-1977 dimaksudkan untuk membatasi tindakan sewenang-wenang dari Pemerintah terhadap warganegarannya sendiri (pemberontak), jadi adanya perlindungan HAM secara tradisional.¹²⁶

Selanjutnya Pelanggaran HAM yang dimaksud dalam Protokol Tambahan II-1977. merupakan pelanggaran **hak asasi manusia yang tidak dapat ditunda pelaksanaannya** atau *non derogable rights*, sebagaimana dimaksud Pasal 4 ayat (2) ICCPR 1966. Hak-hak asasi manusia yang tidak dapat ditunda pelaksanaannya atau *non derogation rights*, meliputi

- (1) Pasal 6 ICCPR yaitu hak untuk hidup yang identik dengan larangan melakukan pembunuhan; dan melakukan hukuman mati di luar putusan pengadilan dan larangan melakukan hukum secara kolektif.
- (2) Pasal 7 ICCPR tentang larangan melakukan penyiksaan yang identik dengan larangan melakukan torture, larangan melakukan hukuman yang tidak manusiawi, termasuk percobaan biologis;
- (3) Pasal 8 ayat (1) larangan perbudakan dan perdagangan budak dalam segala bentuk, ketentuan ini identik dengan larangan perbudakan dan perdagangan budak ;
- (4) Pasal 8 ayat (2) larangan melakukan pemaksaan pelayanan, hal ini dapat diidentikan dengan larangan melakukan pemaksaan pelacuran , dan perkosaan yang merendahkan martabat manusia.

Berkaitan dengan uraian di atas, dalam Pasal 3 Common Article Konvensi Jenewa 1949 Jo Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977. mempunyai peranan penting

¹²⁶ Lihat Anne Sophie Gindrose, 1996, Opcit. Halm 23.

sehubungan dengan perlindungan *non derogation rights* dalam konflik bersenjata, yaitu memberikan kewajiban kepada Pihak Peserta Agung untuk tetap menjamin perlindungan individu, dengan mengesampingkan status : "belligerent" menurut hukum atau sifat dari konflik bersenjata yang terjadi.¹²⁷ Menurut **Djamchid Momtaz**, dikemukakan bahwa Article 3 merupakan *general principle of humanitarian law*¹²⁸ Jadi dapat dikatakan bahwa Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 dan telah dilengkapi dengan Pasal 4 Protokol Tambahan II merupakan prinsip umum dalam hukum humaniter internasional.

Berdasarkan uraian-uraian di atas, hubungan antara delik-delik KUHP dengan Pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan II-1977 dapat dibuat Tabel sebagai berikut :

TABEL III :

Hubungan delik-delik KUHP dengan Pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan II-1977

Pelanggaran Pasal 3 Common article 1949	Pelanggaran Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977	Delik-Delik KUHP
1. pembunuhan, penganiayaan, pengudungan dan segala bentuk kekerasan jasmani	1. Pembunuhan, penganiayaan, pengudungan dan segala bentuk kekerasan jasmani	1. Pasal 338, Pasal 354 KUHP
1. penyanderaan 2. Perkosaan atas kehormatan pribadi, terutama perlakuan	2 Penyanderaan 3 perkosaan atas kehormatan pribadi, terutama perlakuan	2. Pasal 333 KUHP 3. Pasal 285 KUHP jo

¹²⁷ Mochtar Kusumaatmadja, *Opcit*, hal 34.

¹²⁸ Djamchid Momtaz, *The Minimum Humanitarian Rules Applicable in periods of Internal Tension and Strife*, International Review Of the Red Cross, No 324, Thirty Eighth Year, Geneva, 1988, hal 455.

<p>yang menghinakan dan merendahkan martabat manusia;</p> <p>4. menghukum dan menjalankan hukuman mati tanpa didahului keputusan pengadilan yang dibentuk secara teratur</p>	<p>yang menghinakan dan merendahkan martabat, perkosaan terhadap wanita, pelacuran dan setiap bentuk serangan tidak senonoh;</p> <p>5 tindakan terorisme 6 hukuman kolektif 7 perbudakan dan segala bentuk perdagangan budak 8 perampokan</p>	<p>Psl 289 KUHP</p> <p>4. Pasal 338 KUHP.</p> <p>5. Tidak diatur 6. tidak diatur 7. Psl. 324 KUHP-327 KUHP 8 Pasal 365 ayat (1) KUHP</p>
--	---	--

Delik-delik KUHP dapat dikatakan identik dengan pelanggaran HAM dalam Protokol Tambahan II-1977, hal ini dikarenakan delik KUHP identik dengan perlindungan HAM yaitu :

- (1) Pasal-Pasal 338-340, 333-334 tentang Pembunuhan, dan perampasan kemerdekaan, identik dengan Pasal 3 UDHR 1948 yang berbunyi sebagai berikut : “ *Setiap orang berhak atas penghidupan, kemerdekaan dan keselamatan seseorang*”
- (2) Pasal 422 dan Pasal 351-354 tentang torture dan penyiksaan identik dengan Pasal 5 UDHR 1948 yang berbunyi sebagai berikut : “ *tiada seorangpun yang boleh dianiaya, dengan tidak mengingat kemanusiaan ataupun jalan perlakuan atau hukum yang menghinakan.*”
- (3) Pasal 324-327 tentang perbudakan dan perdagangan budak, identik dengan Pasal 4 UDHR yang berbunyi : “ *tiada seorang juapun yang boleh diperbudak atau perhambakan; perhambaan dan perdagangan budak dalam bentuk apapun dilarang.*”¹²⁹.

¹²⁹ Lihat Barda Nawawi Arief, 1996, Opcit. haln 73

Lebih lanjut pelanggaran Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II dikualifikasikan sebagai **kejahatan perang** dalam sengketa bersenjata non internasional,¹³⁰ sehubungan dengan hal tersebut, dapat dikatakan meskipun delik-delik KUHP identik dengan pelanggaran HAM, namun pelanggaran HAM Protokol Tambahan II, sebagai kejahatan perang, tidak dapat dipidana berdasarkan delik –delik KUHP. Hal ini dikarenakan antara delik-delik KUHP dengan kejahatan perang yang dilakukan dalam sengketa bersenjata non internasional mempunyai perbedaan karakteristik yaitu :

1. Pelanggaran HAM berat sebagai kejahatan perang merupakan kejahatan yang cenderung dilakukan dalam konteks kekuasaan pemerintah (militer), sedangkan kejahatan dalam delik KUHP cenderung bersifat individual;
2. Korban akibat Kejahatan perang cenderung bersifat meluas atau massal, sedangkan korban akibat kejahatan dalam delik KUHP cenderung bersifat kasuistis dengan korban relatif bersifat individuil;
3. Pelaku kejahatan perang dapat diadili secara nasional maupun internasional, sedangkan pelaku tindak pidana dalam KUHP, hanya dapat diadili secara nasional.

Perbedaan karakteristik tersebut di atas, menyebabkan delik-delik dalam KUHP tidak sesuai digunakan untuk memidana pelanggaran HAM dalam Protokol Tambahan II-1977, meskipun delik-delik KUHP sarat dengan perlindungan HAM.

¹³⁰ Lihat Article 8 © Statute Rome 1998.

A.3.. Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur dalam Protokol Tambahan I dan II-1977 sebagai *extra ordinary crimes*.

Di samping adanya perbedaan karakteristik antara delik-delik KUHP dengan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, sebagaimana tersebut di muka , pada dasarnya terdapat perbedaan prinsipil antara delik-delik KUHP dengan pelanggaran-pelanggaran berat dalam Protokol Tambahan I dan II-1977. Delik-delik KUHP sebagai “ *ordinary crimes*” (kejahatan biasa), sedangkan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam Protokol Tambahan II-1977 yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang merupakan” *extra ordinary crimes*” (kejahatan luar biasa).

Kejahatan perang sebagai *extra ordinary crimes*, hal ini dilatar belakangi pemikiran bahwa kejahatan perang secara prinsipil merupakan pelanggaran terhadap prinsip fundamental dalam hukum humaniter yaitu berlakunya prinsip keseimbangan antara *asas kemanusiaan* dan *asas kepentingan militer*. Pelanggaran terhadap keseimbangan antara asas kemanusiaan dan asas kepentingan militer, menunjukkan ruang lingkup kejahatan perang merupakan kejahatan di bidang HAM atau pelanggaran HAM berat, dalam arti adanya penyalahgunaan kepentingan militer (kekuasaan) yang mengakibatkan penderitaan berlebihan terhadap manusia yang sebenarnya tidak perlu atau dilarang dalam peperangan itu sendiri.

Berkaitan dengan uraian tersebut, dapat dikatakan bahwa pelanggaran HAM merupakan delik/ tindak pidana yang bernuanas politik atau "*abuse of power*" sebagaimana dikemukakan oleh **Frank E Hagen**¹³¹ sebagai berikut :

Pelanggaran HAM mempunyai nuansa khusus yakni penyalahgunaan kekuasaan dalam arti para pelaku berbuat dalam konteks pemerintahan dan difasilitasi oleh kekuasaan pemerintah (*committed within a govermental context, and facilitated by govermental power*). Bahkan dapat dikemukakan bahwa perbuatan tidak sah tersebut disertai asosiasi dengan pemerintahan (*within or in association with govermental status*).

Sesuai dengan pendapat di atas, dapat dikemukakan bahwa kejahatan perang sebagai *extra ordinary crimes*, dimaksudkan agar pelaku dalam arti mereka yang memerintahkan atau merencanakan kejahatan perang (sebagai pejabat negara yang mempunyai kewenangan untuk mengeluarkan kebijakan) dapat dipertanggungjawabkan secara individual. Di samping itu dikaji dari unsur perbuatannya, maka kejahatan perang merupakan salah satu bentuk kejahatan internasional, karena perbuatan-perbuatan yang dilarang dan dikualifikasikan sebagai kejahatan perang bersumberkan pada instrumen hukum internasional. Kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide sebagai *extra ordinary crimes*, menurut hukum kebiasaan internasional digolongkan sebagai *delic jure gentium*,¹³² Artinya setiap pelaku kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejaatan genocide (*delic jure gentium*) dapat diadili oleh setiap negara, dimanapun pelaku berada dengan mendasarkan berlakunya yurisdiksi universal.

¹³¹ Lihat Muladi, 20000, *Opcit*, halm 8

¹³² Lihat JG. Strarke, *Opcit*, halm 67

Sesuai dengan uraian tersebut dapat dikatakan bahwa *delict extra ordinary crimes* sebenarnya merupakan perkembangan dari *delict jure gentium* yang diakui dalam hukum kebiasaan internasional, dengan mendasarkan pada perbuatan yang dilakukannya dalam konteks kekuasaan pemerintah atau difasilitasi oleh pemerintah. Jadi dapat dikatakan kejahatan perang sebagai *extra ordinary crimes*, dikarenakan kejahatan perang sebagai *delict jure gentium* dan perbuatan tersebut dilakukan dalam konteks kekuasaan pemerintah atau penguasa, sehingga memungkinkan pelaku kejahatan perang untuk diadili secara internasional.

Kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide sebagai bagian dari kejahatan internasional yang bersumber pada konvensi-konvensi internasional, mempunyai perbedaan dengan kejahatan-kejahatan internasional lainnya. Perbedaan ini dalam arti bahwa hanya kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide, yang memungkinkan pelaku dapat diadili di hadapan pengadilan internasional. Berbeda dengan kejahatan narkoba, dan kejahatan penerbangan, meskipun sama sebagai kejahatan internasional, namun tidak dapat diadili di hadapan pengadilan internasional.

Suatu kejahatan dapat digolongkan sebagai *extra ordinary crimes*, menurut **Muladi**¹³³ yang mengutip pendapat **Bassiouni**, dikatakan bahwa perbuatan tersebut mengandung karakteristik:

1. Perbuatan tersebut mengakibatkan berlakunya yurisdiksi universal (universal jurisdiction);
2. Adanya karakteristik khusus yaitu :

¹³³ **Muladi**, *Pengadilan Pidana bagi Pelanggar HAM berat di era Demokrasi*, Majalah Analisis, Vol I/No 1: Mei-Juni 2000, , hal 43.

- a. *the prohibited conduct affects a significant international interest;*
- b. *the prohibited conduct constitutes egregious conduct deemed offensive to commonly shared values of the world community;*
- c. *the prohibited conduct involves more than one state in its planning, preparations, or commission, either through the diversity of nationality of its perpetrators or victim, or because the means employed transcend national boundaries;*
- d. *the effect of the conduct bear upon an internationally protected interest that is not sufficient to all other a. or b. above, but requires international criminalization in order to ensure its prevention, control and suppression cause it is predicated on "state action police" without which it could not be performed*

Di samping memenuhi unsur-unsur tersebut di atas, maka kejahatan internasional, menurut M. Cherif Bassiouni, paling tidak mengandung salah satu dari 10 karakteristik di bawah ini :

- (1) adanya pengakuan secara eksplisit tindakan-tindakan yang dipandang sebagai kejahatan berdasarkan hukum internasional;
- (2) pengakuan secara implisit sifat –sifat pidana dari tindakan-tindakan tertentu dengan menetapkan suatu kewajiban untuk menghukum, mencegah, dan menjatuhkan hukuman ;
- (3) kriminalisasi dari tindakan-tindakan tersebut;
- (4) kewajiban untuk menuntut;
- (5) kewajiban atau hak untuk memidana;
- (6) kewajiban atau hak untuk mengekstradisi;
- (7) kewajiban atau hak untuk bekerjasama dalam penuntutan, pemidanaan, termasuk bantuan judicial di dalam proses pemidanaan;
- (8) penetapan suatu dasar-dasar yurisdiksi kriminal;
- (9) referensi pembentukan suatu pengadilan pidana internasional;
- (10) penghapusan alasan-alasan perintah atasan;¹³⁴

Sesuai dengan ke 10 kharakteristik dari Bassiouni di atas, salah satu perbedaan mendasar dalam pertanggungjawaban pidana antara delik-delik KUHP dengan pelanggaran berat atau pelanggaran Ham, yaitu *tidak adanya alasan penghapus pidana yang didasarkan pada perintah atasan*. Berbeda dengan KUHP, melakukan *perintah*

atasan dapat dijadikan sebagai alasan penghapus pidana, sebagaimana diatur dalam Pasal 51 ayat (1) KUHP yang berbunyi sebagai berikut :

.”Tidak boleh dihukum barang siapa melakukan perbuatan untuk menjalankan perintah jabatan yang diberi oleh pembesar yang berhak untuk itu “

Berdasarkan pada Pasal 51 KUHP tersebut, seseorang tindak pidana tidak dapat dijatuhi pidana, apabila perbuatan yang dilakukan karena melaksanakan perintah jabatan secara sah. Jadi dalam hal ini adanya alasan pembenar yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan,

Salah satu contoh dari penerapan prinsip tidak adanya alasan penghapus pidana berdasar perintah atasa, adalah Kasus **Letnan Calley** yang diadili oleh pengadilan Amerika Serikat., atas tuduhan melakukan kejahatan perang selama ditugaskan di Vietnam. Pengadilan terhadap letnan Calley disebut dengan istilah “ *the United States Court-Martial of Lieutenant Calley*” 1971 dan secara ringkas kasus ini diuraikan sebagai berikut:

Letnan Calley adalah seorang komandan angkatan perang yang ditugaskan oleh pemerintah Amerika Serikat dalam Perang di Vietnam tahun 1969. Letnan Calley memperoleh perintah dari atasannya yaitu Capten Medina melalui radio, dalam perintah tersebut Letnan Calley diperintahkan untuk melakukan pembunuhan terhadap orang tua , wanita dan anak-anak, berdasarkan perintah atasannya tersebut, maka pada bulan maret 1969, letnan Calley melakukan pembantaian terhadap penduduk sipil di desa *May Lai*. wilayah Vietnam Selatan, sehingga kasus ini dikenal dengan “ *the massacre in May*

4. Lihat Romli Atmasasmita, 1995 Opcit halm 47-48

Lai"¹³⁵ Pada tahun 1971 Letnan Calley telah diadili oleh pengadilan Amerika Serikat, dengan tuduhan melakukan kejahatan perang selama perang Vietnam, yaitu melakukan kejahatan pembunuhan penduduk sipil di desa May Lai Vietnam Selatan. Atas tuduhan tersebut Letnan Calley melakukan pembelaan bahwa tindakan yang dilakukannya adalah untuk menjalankan perintah atasan yaitu Kapten Medina. Pembelaan ini tidak dapat dijadikan oleh hakim, sebagai alasan menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan dari Letnan Calley, sebagaimana dikemukakan dalam pertimbangan pengadilan sebagai berikut :

*Calley would have know that the order to kill innocent civilians was unlawful and that to carry it out was an illegal act of war.
That soldiers are not always criminally responsible for illegal acts carried out on the orders of their military superior.
They are only criminally responsible if the superior's order is obviously illegal to the ordinary person, like the alleged order was in Calley case.*

Atas kesalahannya mematuhi perintah atasannya yang bersifat melawan hukum (illegal) tersebut, akhirnya pengadilan memutuskan hukuman pidana seumur hidup terhadap Letnan Calley.

Selanjutnya di samping adanya perbedaan tersebut, maka dalam pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku kejahatan perang, dikenal pula adanya pertanggungjawaban komandan akibat kegagalannya dalam mencegah kejahatan perang. Ketentuan tersebut diatur dalam Pasal 86 ayat (2) Jo Pasal 87 Ayat (1) Protokol Tambahan I-1977 sebagai berikut :

¹³⁵ Kasus ini dikutip dari Course Materials on International Humanitarian Law, (Jakarta : kerjasama PSHM Trisakti dan ICRC, 1996), hal 456.

Pasal 86 Ayat (2) berbunyi sbb :

2. Kenyataan bahwa suatu pelanggaran atas Konvensi atau Protokol ini dilakukan oleh seorang bawahan sama sekali tidak membebaskan atasan-atasannya dari tanggungjawab pidana atau disipliner, maka dalam hal ini dapat terjadi, apabila para atasannya mengetahui atau telah mendapat keterangan yang seharusnya memungkinkan mereka dalam keadaan pada saat itu untuk menyimpulkan bahwa bawahannya itu tengah melakukan atau akan melakukan pelanggaran demikian dan apabila mereka itu tidak mengambil tindakan yang dapat dilakukan dalam batas kekuasaan mereka untuk mencegah atau menindak pelanggaran itu;

Pasal 87 tentang Kewajiban Komandan berbunyi sebagai berikut :

1. Pihak-pihak Peserta Agung dan Pihak-pihak dalam pertikaian harus meminta komandan-komandan militer, berkenaan dengan anggota-anggota angkatan perang yang berada di bawah perintah mereka dan orang-orang lainnya yang berada dibawah pengawasan mereka, untuk mencegah dan di mana perlu, untuk menindak dan melaporkan kepada penguasa yang berwenang menindak pelanggaran-pelanggaran Konvensi dan Protokol ini.

Berdasarkan pada uraian-uraian tersebut di atas, kejahatan perang sebagai *extra ordinary crimes*, mempunyai karakteristik yang berbeda dengan delik dalam KUHP yaitu:

- (1) Tidak adanya alasan perintah atasan sebagai dasar penghapus sifat melawan hukumnya perbuatan;
- (2) Adanya pertanggungjawaban atasan atau komandan akibat tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya. Sebagai akibat kegagalan komandan dalam mencegah terjadinya tindak pidana yang dilakukan bawahannya;
- (3) Memungkinkan dibentuknya peradilan internasional untuk mengadili pelaku kejahatan perang, berdasarkan asas universal.

(4) Di samping itu pelaku-pelaku kejahatan perang , secara individual dapat diajukan di pengadilan Internasional, karena didakwa melakukan kejahatan internasional.¹³⁶

Selanjutnya berdasarkan uraian-uraian yang telah dikemukakan terdahulu, dapat dikemukakan bahwa pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur dalam Protokol Tambahan I dan II- 1977, merupakan *extra ordinary crimes*, yang berbeda dengan delik KUHP sebagai *ordinary crimes*.

Adanya perbedaan antara kejahatan perang sebagai *extra ordinary crimes* delik KUHP sebagai *ordinary crimes*., dapat dikemukakan meskipun pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM hakekatnya identik dengan delik-delik KUHP, namun delik-delik dalam KUHP tidak sesuai digunakan untuk mengadili pelaku-pelaku kejahatan perang, sebagai *extra ordinary crimes*. Kejahatan perang sebagai deli *extra ordinary crimes*, mempunyai unsur esensial bahwa pelaku secara individual dapat dikatakan melakukan kejahatan perang, apabila dia mengetahui bahwa perbuatan yang dilakukannya merupakan bagian dari kebijakan penguasa (militer).

Berkaitan dengan hal tersebut dapat dikemukakan bahwa seorang anggota angkatan perang yang sedang stress telah membunuh penduduk sipil, maka tindakan dari orang tersebut tidak dapat dikatakan sebagai kejahatan perang, pelaku dapat diadili berdasarkan delik pembunuhan Pasal 338 KUHP.

¹³⁶ Lihat Sub bab A.5 tentang Peradilan internasional kejahatan perang

B Hubungan Pelanggaran-Pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM dengan Delik-delik Dalam UU no 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM

1. Hubungan Hukum Humaniter Internasional dengan HAM

Pengertian Pelanggaran HAM secara umum dapat dilihat pada Pasal 1 sub 6 UU no 39/1999 tentang HAM yaitu:

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 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.

Batasan tentang pelanggaran HAM sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 sub 6 UU no 39/1999 tersebut di atas, menunjukkan bahwa pelanggaran HAM cenderung dilakukan pada masa damai (bukan konflik bersenjata). Pelanggaran HAM sebenarnya tidak terbatas pada konflik bersenjata saja, pelanggaran HAM juga terjadi pada masa konflik bersenjata, sebagaimana yang dimaksudkan dalam Protokol Tambahan I dan II-1977. Pelanggaran dalam konflik bersenjata internasional maupun non internasional disebut juga sebagai pelanggaran serius Hukum Humaniter Internasional, dan dikualifikasikan sebagai kejahatan perang.

Sebenarnya berbicara mengenai hukum HAM dan hukum humaniter internasional merupakan dua konsepsi hukum yang berbeda satu sama lainnya. Pelanggaran HAM terjadi pada masa damai, sedangkan pelanggaran serius hukum humaniter internasional terjadi pada masa konflik bersenjata internasional maupun non

internasional. Di samping perbedaan tersebut, instrumen hukum perlindungan HAM didasarkan pada *the International Bill of Human rights* yang terdiri dari: (a) *Universal Declaration of Human rights 1948* dan (b) *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) 1966* dan dua *Optional Protocols*; serta (c) *International Covenant on Economic Social and Cultural Rights (ICESCR) 1966*. Sedangkan instrumen hukum perang atau Hukum Humaniter Internasional meliputi ketentuan dalam (a) Konvensi Den Haag 1907 tentang Tata Cara Perang; (b) Konvensi Jenewa 1949 tentang Perlindungan Korban akibat Konflik bersenjata dan dua protokol Tambahan I dan II-1977 tentang perlindungan korban-korban akibat pertikaian bersenjata Internasional maupun non internasional. Di samping adanya perbedaan-perbedaan tersebut, maka perbedaan antara hukum humaniter internasional dan hukum HAM dapat dilihat dari pendapat-pendapat di bawah ini :

Menurut **Calogeropolus** dikemukakan; ada tiga pandangan atau teori mengenai perbedaan Hukum humaniter Internasional dan HAM yaitu :

a. *Aliran Integrationiste*¹³⁷

Menurut aliran *integrationiste* hukum HAM adalah dasar Hukum Humaniter atau sebaliknya hukum humaniter internasional merupakan dasar hukum HAM.

b. *Aliran Separatiste*

Kedua sistem hukum HAM dan Hukum Humaniter Internasional tidak ada kaitannya satu sama lain karena keduanya mengandung beberapa perbedaan dilihat dari segi :

1. **Objek** : Hukum Humaniter mengatur konflik bersenjata antar negara atau antar negara dengan entitas lainnya; Hukum HAM mengatur

¹³⁷ Lihat **Anne Sophie Gindroz**, 1999, *Op-cit.* Halaman 34.

hubungan antara pemerintah dengan warganegaranya dalam negaranya sendiri

2. **Sifat** : Hukum Humaniter bersifat *mandatory apolitical* dan *peremptory characteristic*, sedangkan HAM bersifat *declaratory political character*;
3. **Masa berlakunya** : Hukum Humaniter Internasional berlaku pada masa konflik bersenjata, sedangkan HAM berlaku pada masa damai

c. Aliran Complementarist

Menurut aliran *Complementaris* HAM dan Hukum Humaniter Internasional melalui proses bertahap berkembang sejajar dan saling melengkapi.

Selanjutnya menurut **Kalins**¹³⁸ ada perbedaan antara HAM dan Hukum Humaniter Internasional, perbedaan ini didasarkan pada pendekatan sebagai berikut :

Human rights :

- *the right to life is granted a high degree of protection*
- *the right to be tried rather than detained without trial is protection*
- *the appears to be a continuing obligation to prosecute human right violations*
- *the primary responsibility to ensuring compliance is imposed on the States.*

Law of Armed Conflict

- *the rights to shoot combatant is formally recognized*
- *the rights of combatants to be detained but not tried is protected*
- *there is a tendency to grant an amnesty when the conflict is over for most conflict - - related crimes;*
- *Individuals as well as States may be held responsible for ensuring compliance*

¹³⁸ Kalins, Human rights and International Humanitarian Law, dalam Course Materials On International Humanitarian Law, Jakarta, Kerjasama ICRC dan PSHM FH Trisakti, 1996. Hal 190.

Didasarkan pendapat **Kalins** di atas, terdapat pertentangan antara hukum HAM dengan Hukum Humaniter Internasional, salah satu contoh yaitu dalam HAM hak untuk hidup merupakan hak yang mempunyai tingkat tertinggi untuk memperoleh perlindungan., sedangkan dalam hukum humaniter *membunuh kombatan* merupakan tindakan yang sah dalam peperangan.

Sesuai dengan pendapat Kalins tersebut di atas, menurut **Marion Muskhat** dinyatakan bahwa ada beberapa perbedaan prinsipil antara Hukum Humaniter Internasional dengan hukum HAM yaitu :¹³⁹

In general, the difference between humanitarian law and the law of human rights is that the humanitarian law deals with the consequences of conflicts among the states or between states and some other specifically defined belligerent, but the law of human rights is concerned with the controversies between the government and individuals inside the state borders”

Sesuai pendapat **Marion Muskhat** di atas, antara Hukum Humaniter Internasional dan hukum HAM terdapat beberapa perbedaan prinsipil, perbedaan tersebut antara lain bahwa hukum humaniter internasional mengatur konflik antar negara dengan negara atau negara dengan “ *belligerent*”.dan konflik antara pemerintah dengan Individu diatur dengan *hukum tentang HAM*.

Selanjutnya meskipun terdapat perbedaan antara hukum humaniter internasional dengan HAM. namun dalam hubungan antara HAM dan hukum humaniter internasional, kedua sistem hukum tersebut mempunyai hubungan yang

¹³⁹ Lihat GPH Haryomataram, Opcit, hal 21.

saling melengkapi dan mengisi, sebagaimana dikemukakan oleh **Drapper** sebagai berikut :¹⁴⁰

.....the two bodies of law have met, are fusing together at some speed, and that in number of practical instances the regime of human rights is setting general direction, as well as providing the main impetus, for the revision of the law of War.

Mengacu pada pendapat **Drapper** di atas, perlindungan hukum humaniter internasional mencakup pula perlindungan HAM yang meliputi hak yang tidak dapat ditunda pelaksanaannya atau *non derogation rights*., sebagaimana hak tersebut dimaksud dalam Pasal 4 sub. 2 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) 1966. Menurut **Yoram Dinstein**¹⁴¹ dikemukakan bahwa dalam suatu konflik bersenjata HAM dapat dibedakan menjadi dua kategori yaitu :

- *Rights granted to lawful or privilege combatants, i.e. combatants respecting the law of war and meeting the conditions which that body of law establishes;*
- *Rights accorded to civilians;*

Esensi dari “ *the human rights lawful combatants* meliputi dua hal yaitu :

- (1) *They have rights to the status of prisoners of war once they are placed hors de combat by force of circumstance (being wounded, sick, or shipwrecked) or by choice (laying down their arms);*
- (2) *Lawful combatants also have the rights not to be target of biological or chemical weapons, poisons, and severed types of bullets or projectiles;*

Adapun yang dimaksud dengan “ *the human rights accorded to civilians* “ adalah:

- (1) *The civilians populations anywhere;*
- (2) *Civilian enemy in the territory of a belligerent states;*

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Lihat **Andrey Sudjatmiko**, *Perlindungan HAM dalam Hukum HAM dan Hukum Humaniter Internasional*, Makalah dalam Hukum Humaniter (kumpulan tulisan), PSHM-FH Trisakti, Jakarta, 1999, hal 90-91.

(3) *The civilian population in occupied territory*¹⁴²

Sesuai pandangan **Yoram Dinstein** tersebut di atas, perlindungan HAM dalam konflik bersenjata (Hukum Humaniter Internasional) meliputi hak yang diberikan pada kombatan ataupun *hors de combat* serta hak bagi penduduk sipil.

Dikaitkan dengan berlakunya *asas-asas Hukum Jenewa 1949* dan *Asas-asas Universal Declaration of Human right 1948*, hubungan antara Hukum Humaniter Internasional dengan hak asasi manusia menurut **Jean Pictet**.¹⁴³ dapat dijelaskan melalui hubungan antara asas-asas dalam UDHR 1948 dan asas-asas dalam Hukum Jenewa 1949 sebagai berikut :

Prinsip UDHR 1948 :

1. Principles of Inviolability →
2. Principles of Security →
3. Principles of non Discrimination →
4. Principle of social well being
5. Principle of Liberty

Prinsip HKm Jenewa 1949:

1. Principles of liability
2. Principles of security
3. Principle of non Discrimination
4. Principles of Neutrality
5. Principles of Normality
6. Principles of Protection

Menurut **Jean Pictet** ke tiga prinsip dalam UDHR 1948 berlaku pula dalam Hukum Jenewa 1949, yaitu “ **principle of inviolability**”, **principle of non discrimination**” dan **principle of security**. Ke tiga prinsip tersebut merupakan perlindungan hak-hak asasi manusia yang tidak dapat ditunda pelaksanaannya, (*non derogable rights*) meskipun negara dalam keadaan perang. Di samping itu terdapat tiga prinsip hukum jenewa 1949 yang khusus hanya berlaku dalam masa konflik bersenjata, meliputi *principle of neutrality*, *principle of normality* dan *principle of*

¹⁴² Ibid.

protection. Ketiga prinsip ini hanya dapat diterapkan dalam keadaan konflik bersenjata saja dan tidak berlaku pada masa damai.

Demikian halnya prinsip *social well being* dan *liberty* , yang diatur dalam UDHR 1948 , hanya berlaku pada masa damai dan tidak dapat diterapkan pada masa masa sengketa bersenjata. Prinsip-prinsip hukum jenewa 1949 disebut sebagai *Principle of humanity* (prinsip kemanusiaan), sedangkan prinsip-prinsip dalam UDHR 1948 disebut sebagai *Principle of Human Rights* (prinsip hak asasi manusia).

Berdasarkan pada uraian-uraian tersebut di atas, pengaturan Hukum Humaniter Internasional mencakup semua perlindungan HAM bagi korban-korban perang maupun kombatan itu sendiri. Perlindungan HAM ini antara lain berupa :

- (1) larangan dan pembatasan mengenai cara dan metode peperangan yang hanya menimbulkan penderitaan yang berlebihan/ tidak perlu dalam perang itu sendiri. Misalnya penggunaan senjata kimia dan juga menggunakan metode yang menimbulkan penduduk sipil kelaparan;
- (2) Larangan melakukan penyerangan terhadap penduduk sipil dan obyek-obyek sipil;
- (3) Larangan melakukan penyerangan terhadap *hors de combat*.

Sesuai dengan uraian-uraian tersebut, hubungan antara HAM dan Hukum Humaniter dapat dibedakan tetapi tidak dapat dipisahkan, prinsip-prinsip dalam UDHR dapat berlaku dalam hukum humaniter internasional, namun beberapa prinsip UDHR dan Hukum Humaniter terbatas hanya berlaku pada masa damai dan masa sengketa bersenjata saja.

¹⁴³ Jean Pictet, *Opcit*, hal 70

2. Hubungan kejahatan Genocide dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan dalam UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM dengan Kejahatan Perang

Undang-undang no 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM merupakan ketentuan nasional yang dimaksudkan untuk mengadili “pelanggaran-HAM yang berat”. “Pelanggaran HAM yang berat”, menurut Pasal 7 UU no 26 tahun 2000 meliputi *kejahatan genocide* dan *kejahatan terhadap kemanusiaan*. Kejahatan-kejahatan tersebut diancam pidana dalam Pasal 36, Pasal 37, Pasal 38, Pasal 39, Pasal 40 dan Pasal 41. Kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan *extra ordinary crimes*.

Delik *extra ordinary crimes* tidak sama dengan delik-delik KUHP. sebagaimana disebutkan di *Penjelasan Umum alinea 9* UU no 26 tahun 2000 yang berbunyi sbb :

Pembentukan Undang-undang Pengadilan Hak Asasi Manusia didasarkan pada pertimbangan sebagai berikut :

1. Pelanggaran hak asasi manusia yang berat merupakan “extra ordinary-crimes” dan berdampak luas baik pada tingkat nasional maupun internasional dan bukan merupakan tindak pidana yang diatur di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Berdasarkan Penjelasan umum alinea 9 di atas, dinyatakan “pelanggaran HAM yang berat” merupakan *extra ordinary crimes*, yang berdampak luas pada tingkat nasional maupun internasional dan pelanggaran HAM berat bukan merupakan tindak pidana yang diatur dalam KUHP. (*ordinary crimes*). Sesuai penjelasan tersebut, delik-delik KUHP tidak dapat digunakan untuk mengadili kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Kejahatan genocide diatur dalam Pasal 8 Undang-undang no 26 tahun 2000

dirumuskan sebagai berikut :

Kejahatan genocide sebagaimana dimaksud Pasal 7 huruf a 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 ke kelompok lain.

Kejahatan terhadap kemanusiaan , diatur Pasal 9 berbunyi sebagai berikut :

Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang diketahuinya, bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa:

- a. pembunuhan;
- 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 setara;
- h. penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan yang lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional;
- i. penghilangan orang secara paksa atau;
- j. kejahatan apartheid.

Rumusan delik kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam UU no 26 tahun 2000 adalah identik dengan *Statute International Criminal Court (ICC) 1998*.

Selanjutnya di samping mempunyai kesamaan sebagai *delik extra ordinary crimes*, hubungan antara kejahatan genocide ,kejahatan terhadap kemanusiaan dengan kejahatan perang adalah sebagai berikut :

a. Hubungan Kejahatan Genocide dengan kejahatan perang dalam konflik bersenjata Internasional

Kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan, dapat dilakukan dalam sengketa bersenjata (internasional atau internal) dan masa damai. Kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan tidak diatur dalam Protokol Tambahan I-1977, meskipun kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan dapat diadili secara bersamaan dengan kejahatan perang.¹⁴⁴

Unsur esensial dari kejahatan genocide yaitu; adanya niat untuk menghancurkan atau memusnahkan sebagian atau seluruh kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan melakukan kejahatan yang disebutkan secara limitatif dalam Pasal 8 UU no 26 tahun 2000. Dalam Konvensi Genocide 1948, Statute Roma 1998 maupun dalam Pasal 8 UU no 26 tahun 2000, tidak dibedakan mengenai apa yang dimaksud dengan; “kelompok : “bangsa”, etnik, “rasial maupun agama”.

¹⁴⁴ Lihat Statute ICTY 1993 dan Statute ICTR 1994

Sehubungan dengan hal tersebut dalam *International Criminal Tribunal for the Rwanda*, yang berkaitan dengan kasus *Akayesu* telah dibedakan pemakaian istilah-istilah tersebut yaitu :

A national group is defined as a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of right and duties.

An ethnic group is generally defined as a group whose members share a common language or culture.

A racial group is based on the hereditary physical traits often identified geographical region, irrespective of linguistic, cultural, national, or religious factors.

The religious group is one whose members share the same religion, denomination or mode of worship.¹⁴⁵

Dikaitkan dengan kejahatan perang, kadangkala hakim akan kesulitan untuk menentukan apakah suatu perbuatan termasuk sebagai kejahatan genocide, kejahatan perang atau kejahatan terhadap kemanusiaan, sebab suatu kejahatan dapat dikategorikan ke dalam tiga jenis kejahatan tersebut, sebagai contoh kasus **Dusko Sikirica** yang diadili oleh International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, tanggal 13 Nopember 2000.

Dusko Sikirica didakwa melakukan penyiksaan dan perkosaan, serta pembunuhan terhadap muslim Bosnia dan penduduk sipil Croatia di kamp tawanan Karaterm, tanggal 24 Mei sampai dengan 5 Agustus 1993. Atas perbuatan tersebut *Dusko Sikirica sebagai komandan kamp tawanan*, dituduh melakukan:

- (1) kejahatan genocide yaitu melakukan pembunuhan dan perkosaan terhadap Kaum muslim Bosnia dan penduduk sipil Croatia berdasarkan agama;
- (2) Kejahatan terhadap Kemanusiaan yaitu melakukan pembunuhan dan perkosaan penduduk sipil dan;

¹⁴⁵ Lihat *Christa Rottensteiner, 2000, Opcit, halm 577 dan lihat pula Article III © Genocide Convention 1948*

- (3) pelanggaran berat atas Konvensi Jenewa 1949 berupa pembunuhan dan perkosaan dalam konflik bersenjata Internasional.

Dari ketiga jenis kejahatan yang didakwakan, ternyata hanya kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang terbukti dilakukannya. Adapun dakwaan melakukan kejahatan genocide berupa pembunuhan muslim bosnia dan penduduk Croasia tidak terbukti sebagai kejahatan genocide, karena terdakwa tidak terbukti berniat untuk memusnahkan golongan penduduk berdasarkan agama dan etnik.¹⁴⁶

Berkaitan dengan contoh kasus di atas, dapat dikemukakan kejahatan genocide merupakan perluasan dari kejahatan perang, dalam arti kejahatan perang dapat dikualifikasikan sebagai kejahatan genocide, apabila kejahatan perang yang dilakukan memenuhi unsur-unsur delik kejahatan genocide. Di samping itu kejahatan genocide dapat dibedakan dengan kejahatan perang, apabila kejahatan perang yang dilakukan tidak dimaksudkan untuk memusnahkan sebagian atau seluruh kelompok bangsa, ras, etnik dan agama.

b. Hubungan Kejahatan terhadap Kemanusiaan dengan Kejahatan Perang dalam Konflik bersenjata Internasional

Sama halnya dengan kejahatan genocide tersebut di atas, kejahatan terhadap kemanusiaan, merupakan perluasan dari kejahatan perang, apabila kejahatan perang yang dilakukan memenuhi unsur-unsur delik kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu ; kejahatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis, yang diketahui bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung pada penduduk sipil,

¹⁴⁶ A. Sikirica et al-Sentencing Judgment fil...Microsoft Internet explorer.

serta perbuatan-perbuatan yang dilakukan merupakan perbuatan yang dimaksud dalam Pasal 9 UU No 26/2000. Menurut Penjelasan Pasal 9 UU No 26 tahun 2000, yang dimaksud dengan “penyerangan yang ditujukan langsung pada penduduk sipil”, adalah suatu rangkaian perbuatan yang dilakukan terhadap penduduk sipil sebagai kelanjutan kebijakan penguasa atau akibat kebijakan yang berhubungan dengan organisasi”. Jadi unsur esensial dari kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu adanya pengetahuan dari pelaku bahwa kejahatan yang dilakukan merupakan bagian dari kebijakan penguasa atau organisasi. Selanjutnya kejahatan perang dapat dibedakan dengan kejahatan terhadap kemanusiaan, apabila kejahatan perang yang dilakukan tidak memenuhi unsur-unsur delik kejahatan terhadap kemanusiaan.

2. Hubungan Kejahatan Genocide dengan Kejahatan perang dalam konflik bersenjata non internasional

Tidak berbeda dengan pelanggaran-pelanggaran berat dalam konflik bersenjata internasional di atas, kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan perluasan kejahatan perang selama konflik bersenjata non internasional, apabila kejahatan perang memenuhi unsur-unsur delik kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Kejahatan perang dapat berbeda dengan kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan, apabila delik-delik kejahatan perang yang dilakukan tidak memenuhi unsur-unsur delik kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Di samping itu dapat dikemukakan bahwa kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai perluasan kejahatan perang, karena kedua kejahatan tersebut dapat dijadikan target dari kejahatan perang.

3. Hubungan kejahatan Perang dengan Kejahatan terhadap Kemanusiaan dan Kejahatan Genocide dalam Praktek Peradilan Internasional

Berkaitan dengan *hubungan antara kejahatan perang dengan kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide*, maka secara historis dapat diuraikan beberapa praktek peradilan internasional yang dibentuk secara ad hoc untuk mengadili pelaku-pelaku kejahatan perang sejak perang dunia II sampai dibentuknya international tribunal di Rwanda tahun 1994. Peradilan internasional kejahatan perang telah mengadili secara bersamaan kejahatan perang dengan kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide, adapun peradilan-peradilan internasional tersebut adalah sebagai berikut :

1. International Military Tribunal at Nuremberg 1946.

Pengadilan internasional militer Nuremberg ini dibentuk secara ad hoc oleh Tentara Sekutu dalam mengadili para pelaku kejahatan perang Jerman , masa perang dunia II Pengadilan militer Nuremberg ini didirikan berdasarkan pada *London Agreement 1945* (perjanjian London 1945).

Article I berbunyi sebagai berikut :

In pursuant of the Agreement signed on the 8th day of August 1945 by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics, there shall be established and International Military Tribunal (here after called "the Tribunal) for the just and prompt trial and punishment of the major war criminal of the European Axis.

Sesuai dengan Article 1 tersebut, terdapat lima negara yang menandatangani Persetujuan London, sebagai upaya untuk mengadili pelaku kejahatan perang di Poros

Eropa. Selanjutnya dalam Article 6 mengatur yurisdiksi atau kompetensi International Military Tribunal at Nuremberg, yang berbunyi sebagai berikut :

The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for trial and punishment of major war criminals of European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(a) **CRIMES AGAINST PEACE:** *namely, planning, preparation, initiation or waging or a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreement or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;*

(b) **WAR CRIMES:** *namely, violation of the laws or customs of war, Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation no justified by military necessity;*

© **CRIME AGAINST HUMANITY:** *namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.*

Sesuai Pasal 6 London Agreement 1945 tersebut di atas, tiga jenis kejahatan yang dapat diadili oleh pengadilan perang yaitu : a. *kejahatan terhadap perdamaian*; b *kejahatan terhadap hukum dan kebiasaan perang* dan c *kejahatan terhadap kemanusiaan*. Dalam definisi mengenai kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan, sebagaimana tersebut di atas, terdapat *overlapping* antara perbuatan yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Rumusan *kejahatan terhadap kemanusiaan* yang diatur dalam Article 6 ©, tersebut yang berbunyi ; *kejahatan terhadap kemanusiaan meliputi tindakan pembunuhan, pemusnahan, perlakuan tidak manusiawi, perbudakan dan deportasi, yang dilakukan sebelum atau selama masa perang, dan ditujukan pada penduduk sipil dengan dasar pada persamaan politik, agama dan ras.* Perumusan kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut *overlapping* dengan definisi kejahatan perang yang dirumuskan pada article 6 (b). Hal tersebut sebagaimana dikemukakan oleh **M. Cherif Bassiuni**¹⁴⁷ sbb :

Thus, for example, crime committed against civilian population in occupied territories would be war crime. At the same time this offences also would fall within the definition of crimes against humanity if the civilian population of or in occupied territory is included within the meaning of the phrase "any civilian population." Similarly "deportation to slave labor" is a war crimes and is included within the term "enslavement" which is also defined as a crime against humanity."

Berkaitan dengan pendapat **M chherif Bassiuni** di atas, mengenai adanya *overlapping* antara pengertian kejahatan perang dan pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan, menurut **Maria Claude Roberge**¹⁴⁸ dikemukakan sbb :

"As a result, convictions were pronounced by the Nuremberg Tribunal on charges of crimes against humanity. Nonetheless the concept of crimes against humanity remained vague, often overlapping with that of war crimes. The former was used as an accessories crime and almost exclusively to protect inhabitants of a foreign country from authorities of the occupying power. The tribunal interpreted Article 6© in such a way that these crime fell under the definition of crimes against humanity only when committed in execution of, or in connection with, a crime against peace or a war crimes"

¹⁴⁷ **M. Cherif Bassiuni**, *Opcit* hal 57.

¹⁴⁸ **Maria Claude Roberge**, *Jurisdiction of the ad hoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda over crimes against humanity and genocide, International Review*, no321-1977, ICRC Publisher, Geneva 1977, hal 535.

Dari pendapat di atas, keracuan tersebut disebabkan kejahatan terhadap kemanusiaan meliputi perbuatan yang dilakukan sebelum atau selama masa perang. Selanjutnya menurut **M Cherif Bassiouni**¹⁴⁹ dalam memberikan komentar terhadap *kasus Goering* dikemukakan sebagai berikut :

Twenty four individuals were named in indictment as defendants, they were charged with ten categories of war crimes in count three, and with three categories of crimes against humanity in count four. The facts alleged by the prosecution as constituting war crime were also relied on as constituting crimes against humanity under count four.....

For example Goering according to the indictment, had authorized, directed and participated In war crimes.....and crimes against humanity....., including a wide variety of crimes against person and property.

Such crimes could fall within any of the ten categories of war crimes or the the three categories of crimes against humanity, such as crimes against civilian population committed before the war, and persecution on political, racial or religious grounds.

The confusion between war crimes and crimes against humanity could also be seen in the Tribunal's judgment which did not distinguish between war crimes and crimes against humanity. **The assumption was that they saw no need to do so because crimes against humanity included war crimes committed against civilian population."**

This was reflected in the case of the sixteen defendants who were charged with and tried for both the commission of war crimes and crimes against humanity; each was found guilty of both charges or innocent of both charges"

Berdasarkan pada pendapat M Cherif Bassiouni , dikemukakan bahwa yurisprudensi dari Pengadilan Internasional Militer Tribunal Nuremberg, yang mengadili terhadap Goering, hakim tidak membedakan antara *kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang*. Menurut asumsi hakim, kejahatan terhadap kemanusiaan ini termasuk kejahatan perang yang ditujukan terhadap penduduk sipil.

¹⁴⁹ M. Cherif Bassiouni, *Opcit*, hal 59

Sesuai dengan jurisprudensi pengadilan dalam kasus Goering , maka dapat dikatakan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan perluasan dari kejahatan perang, akibatnya kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan sejak masa damai dapat diadili oleh pengadilan kejahatan perang di Nuremberg 1946.

Selanjutnya menurut Brandley¹⁵⁰ berkaitan dengan diadilinya kejahatan terhadap kemanusiaan oleh pengadilan perang, dikemukakan sebagai berikut :

“Is the logical consequent of total war, but contains the seeds of serious legal controversy”

Dari pendapat Brandley di atas, dapat dikatakan bahwa diadilinya pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan, merupakan konsekuensi logis dari adanya perang total, sebagai perang yang dilarang oleh hukum dan kebiasaan perang. Pendapat ini didasarkan pemikiran bahwa perang total merupakan peperangan yang tidak memperhatikan prinsip kemanusiaan, sehingga kejahatan tersebut dikualifikasikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan.

Secara historis dasar penuntutan penjahat perang masa Perang Dunia II didasarkan pada Konvensi Den Haag 1907 tentang Tata Cara Perang dan Konvensi Jenewa 1929. Pada waktu itu hukum perang hanya dapat diterapkan apabila perang tersebut terjadi antara negara dengan negara dan adanya pernyataan perang lebih dahulu. Pernyataan perang tersebut harus lebih dahulu diakui oleh pihak lawannya, pernyataan perang sah diakui, apabila dilakukan oleh suatu negara..¹⁵¹ Akibatnya

¹⁵⁰ F. Smith Brandley Reaching Judgment an Nuremberg Basic Books Inc. Publisher New York 1984, halm 89.

¹⁵¹ Lihat Pasal 3 *Konvensi Den Haag II 1907* tentang Hukum dan Kebiasaan Perang.

banyak terjadi konflik bersenjata yang tidak diakui sebagai status perang, dan tidak diberlakukannya hukum perang.

Selanjutnya di bawah ini dipaparkan beberapa pelaku kejahatan perang yang telah diadili oleh Mahkamah Militer Internasional Nuremberg 1946 yaitu sebagai berikut :

Disposition and Outcome of the Nuremberg Trial¹⁵²

Defendant	Count I Common Plan	Count II Crime against Peace	Count III war Crime	Count IV Crime against Humanity	Sentence
1. GOERING:	Guilty	guilty	guilty	guilty	death
2 HESS.	Guilty	guilty	acquitted	acquitted	Life imprisonment
3. Von. R	guilty	guilty	guilty	guilty	death
4. G Keittel	guilty	guilty	guilty	guilty	death
5. Kantelbruner	acquitted	-----	guilty	guilty	death
6 Rosenberg	guilty	guilty	guilty	guilty	death
7 Frank	acquitted	-----	guilty	guilty	death
8 FRIK	acquitted	guilty	guilty	guilty	death
9 STREICER	acquitted	-----	-----	guilty	deat
10 Funk	acquitted	guilty	guilty	guilty	Life imprisonment
11 Schacht	acquitted	Acquitted	-----	-----	NONE
12 Doenit	acquitted	guilty	-----	-----	Ten Years
13 Reader	guilty	guilty	guilty	-----	Life Imprisonment
14 Von. S	acquitted	-----	-----	guilty	Twenty Years
15 Suucel	acquitted	acquitted	guilty	guilty	death
16 Gen Jodi	guilty	guilty	guilty	guilty	death
17V. Papen	acquitted	acquitted	-----	-----	NONE
18 Seyess	acquitted	guilty	guilty	guilty	death
19 Speer	acquitted	acquitted	guilty	guilty	death
20 Nuerath	guilty	guilty	guilty	guilty	Fifteen Years
21 Fritszhe	acquitted	-----	acquitted	acquitted	NONE

Dalam putusan Internasional Militer Tribunal di atas, para pelaku kejahatan perang dipertanggungjawaban secara individual, meskipun perbuatan yang dilakukannya dalam konteks pemerintahan atau negara, mereka secara individual telah dijatuhi pidana penjara ataupun pidana mati. Di samping itu dapat dikatakan bahwa International Military Tribunal Nuremberg ini telah mengesampingkan asas *legalitas* dan *asas non retroaktif* dalam hukum pidana yang berlaku sebagai prinsip umum hukum.¹⁵³

Diadilinya pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan pada masa perang dan di masa damai melalui pengadilan kejahatan perang, hal ini didasarkan berlakunya *asas au punere au judicare*, sebagai hukum kebiasaan internasional. Adapun yang dimaksud dengan *asas au punere au judicare* adalah : suatu kejahatan harus diadili dimanapun kejahatan tersebut dilakukan. Pengadilan kejahatan perang di Nuremberg 1946 ini mempengaruhi perkembangan hukum internasional, dalam arti untuk pertamakalinya seorang individu dapat diadili di hadapan pengadilan internasional, sehingga dapat dikatakan bahwa individu merupakan subjek hukum internasional dalam arti yang terbatas.¹⁵⁴

¹⁵² Ibid. hal 127

¹⁵³ Lihat Mochtar Kusumaatmadja, 1984 Opcit, hal 154

¹⁵⁴ Ibid.

2. International Military Tribunal ad hoc Tokyo 1948

Peradilan Militer Internasional Tokyo ini dibentuk atas prakarsa *Jendral Mac Arthur* yang didasarkan pada "Proclamation" yang ditandatangani oleh *Jendral Mac Arthur* selaku panglima Pasukan Sekutu di Timur Jauh, tanggal 19 Januari 1946.

Dalam Article 1 *proclamation* dinyatakan sebagai berikut :

Their shall be established an International Military Tribunal for the Far East for Trial of those persons charged individual, or as members of Organizations, or in both capacities, which include crimes against Peace.

Article 2:

" The Constitution, jurisdiction and functions of this Tribunal are set forth in the Charter of International Military Tribunal for the Far East, at proved by me this day"

Selanjutnya yurisdiksi International Militer Tribunal di Tokyo dirumuskan dalam Article 5 , yang berbunyi sebagai berikut :

Jurisdiction over persons and offences. The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organizations are charge with offences which include crime against Peace. The following acts or any of them are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility :

- (a) Crime against Peace : Namely, the planning , preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression or a war in violation of International law, treaties, agreement of assurances, or participation n a common plan or conspiracy for the accomplishment of any or the foregoing;*
- (b) Conventional War Crimes : Namely, violations of the law or customs of war*
- (c) Crime against Humanity : Namely, murder, extermination., enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against civilian population, before or during the war, or persecution on political or racial grounds in execution of or not in violation of the domestic law of the country where*

perpetrated leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan:

Article 5 tersebut di atas, mengadopsi dari Article 6 London Agreement 1945.

Selanjutnya pelaku-pelaku kejahatan perang Jepang yang diadili oleh International Military Tribunal Tokyo adalah sebagai berikut :¹⁵⁵

1. Empat orang mantan Perdana Menteri yaitu : Hiranuma, Hiroto, Kaisei dan Tojo
2. Tiga mantan Menteri Luar Negeri yaitu : Matsuoka, Shigemitsu, dan Togo
3. Dua mantan Menteri Angkatan Laut yaitu : Nagano dan Shimada
4. Enam mantan Jendral yaitu : Doihara, Rimura, Matsui, Muto, Sato dan Umezumi
5. Dua mantan Dubes yaitu : Oshima dan Shiratori
6. Tiga mantan pemimpin ekonomi dan keuangan yaitu : Hoshino, Kaya dan Suzuki
7. Seorang bangsawan dan penasihat Kaisar yaitu : Kido (anggota teroris radikal) dan Okawa
8. Seorang laksamana Oka dan seorang Kolonel Hashimoto.

Kejahatan yang dituduhkan dibagi dalam tiga golongan yaitu :

1. Klas A : mereka yang dituduh merencanakan, mulai dan melaksanakan perang yang bertentangan dengan perjanjian internasional
2. Klas B : mereka yang melanggar hukum dan kebiasaan perang
3. Klas C : mereka yang melaksanakan penaganiayaan dan pembunuhan berdasarkan perintah atasan.

Berkaitan dengan tuduhan tersebut dikutip dari *Minear*¹⁵⁶ sebagai berikut

There were 55 specific counts to the indictment; 36 represented crimes against peace 16 represented murder (being at the same time crimes against peace , conventional war crimes and crime against humanity) and 3 represented conventional war crimes and crimes against humanity"

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Ibid.

Berdasarkan pada uraian –uraian di atas, secara prinsipil tidak ada perbedaan antara peradilan kejahatan perang di Nuremberg 1946 dengan peradilan kejahatan perang di Tokyo 1948.

Selanjutnya pada tahun 1948 setelah munculnya “*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime Genocide 1948* (Genocide Convention), Konvensi Genocide 1948 ini kemudian diadopsi ke dalam kejahatan perang melalui Resolusi Majelis Umum PBB No 260 A (III) of 9 -December 1948. Pengertian Genocide terdapat dalam Article II yang berbunyi sebagai berikut :

In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) killing members of the group;*
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;*
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;*
- (e) Forcibly transferring children to prevent of the group to another group;*

Article III :

The following acts shall be punishable:

- (a) genocide;*
- (b) conspiracy to commit genocide;*
- (c) direct and public incitement to commit genocide;*
- (d) attempt to commit genocide*
- (e) complicity in genocide;*

Lebih lanjut setelah dibentuknya Konvensi Jenewa 1949 yang berkaitan dengan pengaturan pelanggaran-pelanggaran berat, maka definisi kejahatan perang yang terdapat dalam “*Charter of the International Military Tribunal Nuremberg 1945*”, ditambah dengan *Kejahatan Genocide* yang diatur dalam konvensi genocide 1948 dan

Kejahatan apartheid , serta pelanggaran-pelanggaran berat Konvensi Jenewa 1949. Penambahan tersebut dapat dilihat dalam “ **Convention on the Non Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity 1968**”. yang tersebut dalam Article I sbb:

No statutory limitation shall apply to the following crimes, irrespective of the date of their commission:

- (a) War Crimes as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal Nuremberg of 8 August 1945 and confirmed by resolutions 3 (1) of 13 February 1946 and 95 (1) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations, particularly the " Grave Breaches" enumerated in the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of war victims;*
- (b) Crime against Humanity with committed in time of war or in time of peace as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal Nuremberg , of August 1945 and confirmed by resolutions 3 (1) of 13 February 1946 and 95 (1) of 11 December 1946 of the General Assembly of the United Nations, eviction by armed attack or occupation and inhumane acts resulting from police of apartheid, and crime of genocide as defined in the 1948 Convention and Punishment of the Crime of Genocide, even if acts do not constitute a violation of to domestic law the country in which they were committed.*

Dibentuknya *Convention on the non Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity*” tersebut diatas, merupakan pengakuan terhadap perumusan kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang diterapkan pada International Military Tribunal ad Hoc di Nurembeg dan di Tokyo Di samping itu terdapat perkembangan dalam pengaturan tentang *Kejahatan Perang* yang tidak terbatas pada Konvensi Den Haag 1907 saja , melainkan ditambah dengan “*grave breaches* “ dalam Konvensi Jenewa 1949. Selanjutnya dalam kejahatan terhadap Kemanusiaan , selain kejahatan terhadap kemanusiaan yang dirumuskan oleh kedua

International Tribunal tersebut, juga ditambahkan mengenai *kejahatan apartheid dan kejahatan genocide*, baik yang dilakukan pada masa damai maupun masa sengketa bersenjata.

Kedua bentuk pengadilan kejahatan perang di atas yaitu International Military Tribunal Nuremberg 1946 dan International Military Tribunal Tokyo, merupakan pengadilan kejahatan perang yang dibentuk oleh negara-negara yang menang perang, sehingga disebut sebagai "*Victor Justice*". Kelemahan dari bentuk peradilan *Victor Justice* ini antara lain adalah :

- (1) Pelaku kejahatan yang diadili hanya terbatas pada individu-individu dari pihak lawan atau pihak yang kalah perang ;
- (2) Pelaku kejahatan dari pihak yang menang perang tidak diadili oleh negara-negara yang menang perang.

Terlepas dari kelemahan tersebut, menurut **Mochtar Kusumaatmadja**¹⁵⁷ dikemukakan sebagai berikut :

Pengadilan kejahatan perang di Nuremberg 1946 dan Tokyo 1948, telah mengesampingkan pandangan hukum nasional tentang:

- (1) seorang pejabat tidak dapat dihukum karena kebijakan yang dilakukan dalam jabatannya;
- (2) Seorang pejabat tidak dapat dituntut sebagai perorangan bagi tindakan yang dilakukan sebagai pejabat negara;
- (3) Seseorang tidak dapat dituntut melakukan kejahatan yang baru ditentukan sebagai kejahatan setelah perbuatan dilakukan (asas legalitas);

Pengecualian-kecualian tersebut menunjukkan kejahatan perang merupakan *extra ordinary crimes*.

¹⁵⁷ Mochtar Kusumaatmadja 1984, *Opcit* halm 78.

3 International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)

International Tribunal ini didirikan di Den Haag yang dibentuk atas dasar *Resolusi Dewan Kamanan PBB, nomor : SC/RES/ 808/ 1993 yang berbunyi sebagai berikut :*

“Decides that an international tribunal shall be established for the prosecution of person responsible for serious violation of International humanitarian law committed in territory of the former Yugoslavia 1991”

Selanjutnya sebagai pelaksanaan dari Resolusi Dewan Keamanan PBB no 808 tahun 1993 tersebut, maka disusun Statute (anggaran Dasar), bagi pendirian *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)* dengan istilah : *“Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Person Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, 25 May 1993” yang berbunyi sbb :*

Having been established by security council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, the international Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (here in after to as “ the International Tribunal) shall function in accordance with the provisions of the present Statute”

Dalam Article 1 Statute mengatur kewenangan ICTY untuk mengadili orang-orang yang melakukan kejahatan serius hukum humaniter internasional sejak tahun 1991, sebagaimana dirumuskan sebagai berikut :

The International Tribunal shall have the power to prosecute to persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute.

Selanjutnya Article 2 sampai 6 mengatur yurisdiksi kejahatan-kejahatan yang dapat diadili oleh International Tribunal , yaitu

Article 2 : Grave breaches of the Geneva Convention 1949

The International Tribunal shall have the power to persecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Conventions 12 August 1949 the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention :

- (a) willful killing'*
- (b) torture or inhuman treatment, including biological experiments;*
- (c) willfully causing great suffering or serious injury to body or health;*
- (d) extensive destruction and appropriation of property, not justice by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;*
- (e) compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power;*
- (f) willfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial;*
- (g) unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian;*
- (h) taking civilian as hostages.*

Article 3 : Violations of the laws or customs of war

The international Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to:

- (a) employment of poisonous weapon or other weapons calculated to cause unnecessary suffering;*
- (b) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;*
- (c) attack or bombardment by whatever means. of undefended towns, villages, dwellings, or building ;*
- (d) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monument and works of art and science;*
- (e) plunder of public or private property.*

Article 4: Genocide

1. *the International Tribunal shall have the power to persecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this Article.*
2. *Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:*
 - (a) *killing members of the group;*
 - (b) *causing serious bodily or mental harm to members of the group;*
 - (c) *deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*
 - (d) *imposing measures intended to prevent births within the group;*
 - (e) *forcibly transferring children of the group to another group.*
3. *The following acts shall be punishable;*
 - (a) *genocide*
 - (b) *conspiracy to commit genocide;*
 - (c) *direct and public incitement to commit genocide;*
 - (d) *attempt to commit genocide;*
 - (e) *complicity in genocide.*

Article 5 : Crimes against Humanity

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:

- (a) *murder*
- (b) *extermination;*
- (c) *enslavement;*
- (d) *deportation;*
- (e) *imprisonment;*
- (f) *torture;*
- (g) *rape;*
- (h) *persecutions on political, racial and religious grounds;*
- (i) *other inhuman acts*

Sesuai Article 2 di atas, perbuatan-perbuatan yang dikualifikasikan sebagai **pelanggaran-pelanggaran berat (grave breaches)**, adalah pelanggaran –pelanggaran

berat yang tercantum dalam ke empat Konvensi Jenewa 1949 tanpa disebutkan pelanggaran berat dalam Protokol Tambahan I-1977.

Article 3 tentang **kejahatan terhadap Hukum dan Kebiasaan perang** , meliputi perbuatan-perbuatan yang diadopsi dari *Konvensi Den Haag 1907* tentang Tata Cara. Perang (Hukum Perang) dan Pelanggaran berat dalam Pasal 85 ayat (3) Protokol Tambahan I-1977. Kejahatan terhadap hukum dan kebiasaan perang tersebut antara lain meliputi; larangan pemakian senjata beracun, larangan melakukan bombardir di wilayah pedesaan , perkotaan, larangan melakukan bombardir terhadap gedung-gedung budaya dan tempat ibadah, serta melakukan penghancuran dan perusakan yang dilakukan sewenang-wenang, dan bertentangan dengan kepentingan militer , dan larangan melakukan perampokan hak milik publik atau perorangan.

Article 4 tentang kejahatan **Genocide**, yang didasarkan pada *Konvensi Genocide 1948*, yaitu 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 ke kelompok lain.

Article 5 **Kejahatan terhadap Kemanusiaan**, meliputi ; pembunuhan, torture, perbudakan, perkosaan, penahanan sewenang-wenang, deportasi, dan

penyiksaan yang didasarkan pada persamaan politik agama dan ras, serta tindakan-tindakan lainnya yang sejenis, yang ditujukan pada penduduk sipil, pada masa sengketa bersenjata internasional maupun internal.

Kejahatan-kejahatan di atas, diancam dengan pidana, yang dibatasi dengan pidana perampasan kemerdekaan, sebagaimana hal tersebut diatur dalam Article 24 ayat (1) sebagai berikut :

1. *The penalty imposed by the Trial Chamber shall be limited to imprisonment, in determining the term of imprisonment the Trial Chambers shall have recourse to the general practice regarding prison sentences in the Court of the former Yugoslavia.*

Konflik bersenjata di Yugoslavia merupakan konflik bersenjata non internasional yang berkembang menjadi konflik Internasional, atau sebagai konflik bersenjata internasional sekaligus internal, sebagaimana hal ini dikemukakan oleh Dewan Keamanan PBB sebagai berikut :

The Conflict in the former Yugoslavia could have been characterized as both internal and international, or alternative, as an internal conflict alongside an internal one, or as internal conflict that had become internationalized because external support, or as an international conflict that had subsequently been replaced by one or more Yugoslavia had been rendered international by the involvement of the Croatian Army in Bosnia-Herzegovina and by the involvement of the Yugoslavia National Army (JNA) in hostilities in Croatia, as well as in Bosnia-Herzegovina at least until its formal withdrawal on May 1992. To the extent that the conflict had been limited to clashes between Bosnian Government forces and Bosnian Serb rebel forces in Bosnia-Herzegovina, as well as between the Croatian Government and Croatian Serb Rebel forces in Krajina (Croatia), the had been internal (unless direct involvement of the Federal Republic of Yugoslavia/ Serbia-Montenegro could be proven)¹⁵⁸

Selanjutnya ICTY ini dapat mengesampingkan berlakunya asas *ne bis in idem*, terhadap kejahatan perang yang telah diadili oleh pengadilan nasional, sebagai *ordinary*

crimes, dan pengadilan tersebut dinilai tidak jujur, ketentuan ini diatur dalam Article 10 yang berbunyi sbb :

- 1 *No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal.*
2. *A person who has been tried by a national court for acts constituting serious Serious violations of international humanitarian law may be subsequently Tried by The International Tribunal only if :*
 - (a) *the act for which he or she was tried was characterized as an ordinary crime; or*
 - (b) *the national court proceedings were not impartial or independent, were designed to shield the accused from international criminal responsibility, or the case was not diligently prosecuted.*
3. *In considering the penalty to be imposed on a person convicted of a crime under the present Statute, the International Tribunal shall take into account the extent to which any penalty imposed by a national court on the same person for the same act has already been served.*

Article 7 Statute mengatur tentang *Individual Criminal Responsibility* , yang berbunyi sebagai berikut :

1. *A person who planned, instigated , ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in article 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.*
- 2 *the official position of any accused person, whether as Head of State or government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment;*
- 3 *the fact that any of the acts referred to in article 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to knew that the subordinate was about to commit such acts or had or done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measure to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof;*

¹⁵⁸ *Ibid.* hal 1171.

- 4 *the fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government of a superior shall not relieve him a criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires;*

Ketentuan mengenai pertanggungjawaban pidana secara individual tersebut, diatur pula dalam *Statute International Tribunal for the Rwanda (ICTR)* yang tercantum dalam Article 6.

Berdasarkan pada Ketentuan di atas, maka mereka yang dipertanggungjawabkan secara individual di hadapan International Tribunal adalah mereka yang dikualifikasikan sebagai perencana, penghasut, memerintahkan dan melakukan kejahatan-kejahatan dalam Pasal 2 sampai pasal 6 Statute. Di samping itu, seorang terdakwa yang berkedudukan pejabat negara atau kepala negara yang melakukan kejahatan dalam statute ini, maka status pejabat negara tidak dapat digunakan dasar memperingan hukuman.

Dalam Article 7 ayat (3) seorang komandan atau atasan dapat dipertanggungjawabkan atas kesalahan yang dilakukan bawahannya, apabila ia mengetahui dan tidak melakukan penindakan atau gagal dalam mencegah terjadinya pelanggaran yang dilakukan oleh bawahannya. Ketentuan ini merupakan pelaksanaan dari Pasal 86 tentang “ Tidak melakukan Kewajiban” dan 87 tentang Kewajiban Komandan yang diatur dalam Protokol Tambahan I-1977.

Article 7 ayat (4) Statute berisi ketentuan mengenai tidak adanya alasan penghapus pidana terhadap seorang bawahan yang melakukan kejahatan atas perintah atasan atau komandan, namun dapat dipertimbangkan sebagai pengurangan hukuman.

Ketentuan –ketentuan dalam statuta ICTY tersebut diadopsi dari *London Agreement 1945* yang telah dijadikan dasar pembentukan pengadilan penjahata perang di Nuremberg 1946 dan Tokyo Trial 1948.

Selanjutnya untuk memperjelas uraian –uraian tersebut di atas, maka di bawah ini akan dipaparkan beberapa kasus yang telah diperiksa oleh International tribunal for the former Yugoslavia yaitu sebagai berikut :

Decisions by the International Criminal for the Former Yugoslavia :

1. **Kasus Tadic:** (Case no 160, ICTY Prosecutor V Tadic)
(**Source : United Nations, international Tribunal for the Persecution of persons Responsibility for serious violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia, Since 1991, Case No (T-94-1-AR 72, October 2, 1995)**)

Tadic ditangkap atas wewenang Makamah pada tanggal 5 April 1995, dan didakwa karena melakukan kejahatan serius Hukum humaniter Internasional. Dakwaan yang diajukan oleh Penuntut adalah :¹⁵⁹

That the accused participated with Serb Forces in the attack destruction and plunder of Bosnia Muslim and Croatia residential areas, the seizure and imprisonment of Muslim and Croats in the Omarska keraterm and Trnopolje camps, and deportation and expulsion by force or threat of force of the majority of muslim Bosnia and Croat resident from opstina prijedor, since 1992. The Accused is charge with participating in killings, torture, sexual assaults and other physical and psychological abuse of muslims and Croats both within the camps and outside.

Pertimbangan Hukum:

By his participation in these acts, the accused is charged with persecution on political racial and / or religious grounds, a crime against humanity under article 5(h) of the Statute

¹⁵⁹ **Marco Sassoli and Antonie A Bouvier**, How Does Law Protection in War, cases, document and teaching materials on contemporary Practice, In cooperation Laura M Olson with ICRC, Geneva 1999, hal 1187.

Relates to the beating of numerous prisoners and incident of sexual mutilation at "the Omasrka Camp", It is charge that all but died as a result of the assaults. The Accused is alleged to have been an active participant and is charge with willful killing, a grave breaches recognized by Article 2 of the Statute ; murder, as a violation of the law or customs of war recognized by Article 3; murder as a crime against Humanity recognized by Article 5 (a) of the Statute; torture or inhuman treatment, a grave breaches under article 2(b) of the Statute; willfully causing grave suffering or serious injury to body and health, a grave breaches under article 2 (c) of the Statute ; cruel treatment , a violation of the law or customs of war under article 3 of the Statute; and inhumane acts, a crime against humanity under article 5 (I) of the Statute.

Putusan Pengadilan :

The Trial Chamber of the accused, who was charge with grave breaches, crimes against humanity and violation of the law or customs of war, began 1992. A Judgement finding the accused was found guilty of crimes against humanity. The Trial Chamber imposed to Tadic a single sentence of life imprisonment.

Analisis Kasus :

Tadic dituduh melakukan konspirasi dengan angkatan bersenjata Serbia, berupa kejahatan yang dikualifikasikan sebagai:

- 1 Pelanggaran-pelanggaran berat** yaitu pembunuhan , penahanan dan pengusiran terhadap warga muslim Bosnia dan Croatia dari wilayah Osmarka. Melakukan tindakan-tindakan yang menyebabkan penderitaan berlebihan;
- 2 Kejahatan terhadap kemanusiaan** ; meliputi pembunuhan, penyiksaan, kekerasan seksual di camp-camp tawanan terhadap warga muslim Bosnia dan Croatia,
- 3 Kejahatan terhadap hukum dan kebiasaan perang** yaitu pembunuhan terhadap penduduk sipil.

Dalam pertimbangan hukum di atas, hakim berpendapat bahwa kejahatan-kejahatan yang dilakukan Tadic adalah merupakan *kejahatan terhadap kemanusiaan*, khususnya melakukan perampasan hak (*persecution*) berdasarkan persamaan politik, racial dan atau agama., sesuai dengan Article 5 (h). yaitu melakukan pembunuhan, perkosaan dan penyiksaan dan penahan secara sewenang-wenang terhadap penduduk muslim Bosnia dan Croatia di Kamp Tawanan Perang.

Terhadap dakwaan melakukan pelanggaran-pelanggaran berat, hakim berpendapat bahwa perbuatan yang dilakukan Tadic tidak sesuai dengan Article 2 tentang pelanggaran-pelanggaran berat Konvensi Jenewa, sebab pengertian kaum muslim Bosnia dan Croatia, tidak dapat disamakan dengan pengertian "*protected person*" yang diatur dalam Konvensi Jenewa 1949. Dalam Konvensi Jenewa 1949 ditegaskan bahwa *protected person* merupakan orang-orang yang dilindungi oleh Keempat Konvensi Jenewa 1949 yang berwarganegara lain, dan berada dibawah kekuasaan negara pendudukan.(asing), sebagaimana diatur Pasal 4 Konvensi Jenewa IV sebagai berikut::

" Persons protected by the Convention are those who, at given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in hands of a Party to the Conflict or Occupying Power of which they are not nationals. "

Sesuai Pasal 4 Konvensi Jenewa IV-1949 mengenai "*protected persons*" maka perbuatan yang dilakukan Tadic tidak dikualifikasikan sebagai pelanggaran berat Konvensi Jenewa 1949, namun dikualifikasikan sebagai kejahatan terhadap

kemanusiaan yaitu "persecution" atau perampasan hak dari warga muslim Bosnia. Warga muslim Bosnia waktu itu masih merupakan negara bagian dari Federal Yugoslavia, sehingga tidak dapat disamakan sebagai warga negara asing, dan persecution berkaitan dengan perampasan hak-hak kaum muslim Bosnia, sebagaimana tampak dalam pertimbangan hakim tentang persecution, sbb :

*From the above it is evident that what is necessary is some form of discrimination that is intended to be and results in an infringement of an individuals fundamental rights. Additionally, this discrimination must be on specific grounds, namely race, religion or politics. Because the persecution type is separate from the murder type of crimes against humanity it is not necessary to have separate act of an inhumane nature to constitute persecution; the discrimination it self makes the act inhumane*¹⁶⁰

2. Kasus Milan Martić: (Case No 161, Prosecutor V Martić, rule 61 decision)¹⁶¹

(Source: International Tribunal for the Prosecutor of persons responsibility for serious violationsof international Humanitarian Law, in territory of former Yugoslavia since 1991, Case no IT-95-11, March 1996)

Charge :

Milan Martić is accused of having knowingly and waifully ordered the shelling of zagreb with Orkan Rocket on May 2 and 3 1995. The Attact allegedly killed and wounded civillians in the city. Milan Martić is also accused of being responsible of the shelling because of his position of authority and his alleged failure to prevent the attack or to punish the perpetrators.

The Facts :

As regard the military and political situation prevail at the time of the attacks on Zegrab in May 1995, there can be no question that the armed forces of the Republic of Croatia and the armed forces of the self proclaimed Republic of Serbian Krajina were engaged in an armed conflict. It was also made clear that the armed forces of the Federal Republic of Yugoslavia supported the self proclaimed Republic of Serbian

¹⁶⁰ Macro Sassoli and Antonie A Bouvier, Opcit, hal 1235.

¹⁶¹ Ibid. hal 1226

Krajina at the time. The evidence submitted shows that on 1 May 1995 the Croatian army launched a massive attack against the territory held by the Serbs in western Slavonia, a region located directly along the Zegrab-Belgrade highway which is the main east-west artery in Croatia. During the fighting in this region of eastern Slavonia, the city of Zagreb was shelled on 2 and 3 May 1995.

The relevant part of the record and the testimony heard during the hearing demonstrate that the shelling of Zegrab was ordered by Milan Martić. At the time these acts occurred, Milan Martić was president of the self proclaimed Republik of Serbian Krajina. The president commands the armed forces in time of peace and war, commands the national resistance in time war, orders partial or general mobilization, and organizes military preparations in accordance with the provisions of the law. After the shelling, in television and radio interview and in interviews with newspaper journalist, Milan Martić admitted several times that he was the person who gave the order.

Pertimbangan Hukum:

Ketentuan yang dilanggar adalah : Article 3 tentang Hukum dan Kebiasaan perang. Dengan pertimbangan :

" As regard customary law the rule that the civilian population as such, as well as individuals civilian shall no be object of attack, is a fundamental rule of International humanitarian law applicable to all armed conflict"

Even if an attack is directed against a legitimate military target, the choice of weapon and its use are clearly delimited by the rules of international humanitarian law. There exists no formal provision forbidding the use of cluster bombs in armed conflict. Article 35 (2) of Additional Protocol I prohibit the employment of weapons, projectile and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury. In addition paragraph 4 (b) of Article 51 of that same protocol states that indiscriminate attacks are prohibited. These include attack which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective. Last under the terms of paragraph 5 (b) of that same article attacks must not cause damage and harm to the civilian population disproportionate in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.

Seven people died in the two attacks, more than 1000 were seriously wounded, and equal number were slightly wounded. All the testimony corroborates the assertion that none of these people was, or could be presumed to have been, performing a military duty. On 3 May 1995 during the lunch hour, two rocket again fell on the center of the city and three others nearby neighborhood.

Putusan pengadilan :

The Trial Chamber who was charged with violations against law and customary law. The accused was found guilty of violations against law and customary law. The Trial Chamber imposed on Milan Martić a single sentence of life imprisonment.

Analisis Kasus :

Konflik bersenjata yang terjadi antara “*Self Proclaimed Republic of Serbia Krajina*” dengan “*Armed Force Croatia*” yang mendapat dukungan dari “*Armed force Federal Republik Yugoslavia*” digolongkan sebagai konflik bersenjata internasional . Sebenarnya sifat konflik tersebut merupakan konflik bersenjata non internasional, namun dengan adanya dukungan dari angkatan bersenjata Republik Federal Yugoslavia, konflik bersenjata tersebut berubah menjadi konflik bersenjata Internasional. Di samping itu, tindakan bombardir di kota Zegrab telah menimbulkan kerugian di wilayah negara tetangganya , sehingga menimbulkan korban di wilayah negara lain.

Dalam putusan pengadilan tersebut **Milan Martić** sebagai pejabat negara (presiden Serbia Krajina), dipertanggungjawabkan pidana secara individual , karena terbukti bersalah memerintahkan dilakukan penyerangan/bombardir terhadap kota Zegrab.. Tindakan Milan Martić ini dikualifikasikan sebagai pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang, sebab penyerangan kota Zegrab merupakan pelanggaran terhadap Protokol Tambahan I Pasal 35 ayat (2) mengenai larangan bombardir di wilayah perkotaan, yang dapat merugikan penduduk sipil atau obyek-obyek sipil,

4. International Criminal Tribunal for the Rwanda

Mahkamah Internasional Pidana untuk Rwanda didirikan berdasarkan Resolusi DK. PBB : SC / RES/ 955 (1994) , 8 Nopember 1994. Pembentukan Mahkamah Internasional untuk Rwanda ini, secara khusus dimaksudkan untuk mengadili orang-orang yang bertanggungjawab atas pelanggaran serius terhadap Hukum humaniter internasional, khususnya kejahatan **genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan** yang dilakukan antara tanggal 1 januari 1994 sampai dengan 31 Desember 1994 di Rwanda dan wilayah tetangganya.

Konflik bersenjata di Rwanda digolongkan sebagai konflik bersenjata non internasional, (internal). Konflik ini terjadi antara *suku Hutu dan Tutsis di dalam wilayah Rwanda*, yang melibatkan antara Forces Army Rwanda (FAR) dengan Rwanda Patriotic Army (Tutsi-led Army which came down from Uganda/ RPA)

Selanjutnya kejahatan-kejahatan yang berada di bawah yurisdiksi International Tribunal for Rwanda meliputi :

Article 2 : Genocide

1. *The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this article.*
1. *Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such;*
 - (a) *killing members of the group;*
 - (b) *Causing serious bodily or mental harm to members of the group;*
 - (c) *Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*
 - (d) *Imposing measures intended to prevent births within the group;*
 - (e) *Forcibly transferring children of the group to another group.*

2. *The following acts shall be punishable:*

- (a) genocide;*
- (b) conspiracy to commit genocide;*
- (c) direct and public incitement to commit genocide;*
- (d) attempt to commit genocide;*
- (e) complicity in genocide;*

Article 3: Crime Against Humanity

The international Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population, political, ethnic, racial or religious grounds:

- (a) Murder;*
- (b) Extermination;*
- (c) Enslavement;*
- (d) Deportation;*
- (e) Imprisonment;*
- (f) Torture;*
- (g) Rape;*
- (h) Persecution on political, racial, and religious grounds;*
- (i) Other inhumane acts;*

Article 4: Violations of Article 3 common to the Geneva Convention and of Additional Protocol II:

The international Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977, These violations shall include, but shall not be limited to :

- (a) Violence to life, health and physical or mental well being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment;*
- (b) Collective punishment;*
- (c) Taking of hostages;*
- (d) Acts of terrorism;*
- (e) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape enforced prostitution and any form of indecent assault;*
- (f) Pillage;*

- (g) *The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regular constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples;*
(h) *Threats to commit any of the foregoing acts.*

Kejahatan-kejahatan yang berada di bawah yurisdiksi International Criminal Tribunal for the Rwanda ini berbeda dengan kejahatan-kejahatan yang berada di bawah yurisdiksi International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Perbedaan ini disebabkan karena adanya perbedaan sifat konflik bersenjata di Yugoslavia sebagai konflik bersenjata Internasional dan sifat konflik bersenjata di Rwanda sebagai konflik bersenjata non internasional. Konflik di Rwanda merupakan konflik antara *suku Hutu dengan suku Tutsi*, suku Hutu yang memperoleh dukungan dari angkatan bersenjata Rwanda, dalam melakukan pemusnahan terhadap penduduk sipil suku Tutsi. Jadi dalam konflik ini bersifat internal.

Berkaitan dengan hal tersebut, dalam statuta International Tribunal Rwanda tidak dirumuskannya adanya kejahatan terhadap hukum dan kebiasaan perang dan pelanggaran-pelanggaran berat Konvensi Jenewa 1949. Hal ini dikarenakan kedua jenis kejahatan tersebut hanya dapat dilakukan pada masa sengketa bersenjata internasional saja. Selanjutnya di bawah ini dipaparkan contoh kasus dalam Konflik bersenjata non internasional di Rwanda.

The Jean Paul Akayesu Case :

Charge :¹⁶²

As Bourgmestre Jean Paul Akayesu was responsible for maintaining law and public order in his commune. At least 2000 Tutsis were killed in Taba, between April

¹⁶² Macro Sassoli and Antonio A Bausier, *Opcit*, hal 1325-1327.

7 and the end June 1994, while he was still in power. The killing in Taba were openly committed and so widespread that as bourgmestre. Jean Paul Akayesu must have know about them. Although he had the authority and responsibility to do so, Jean Paul Akayesu never attempted to prevent the killing of Tutsis in the commune in any way or called for assistance from regional or national authorities to quell the violence.

Jean Paul Akayesu knew that the acts of sexual violence, beating and murders were being committed and was at time present during their commission. Jean Paul Akayesu facilitated the commission of the sexual violence, beating and murder by allowing the sexual violence and beating and murder to occur or near the bureau communal premises. By virtue of his presence during the commission of the sexual violence, beating and murders and by failing to prevent the sexual violence, beatings and murders, Jean Paul Akayesu encouraged these activities.

Decisions by the ICTR : ¹⁶³

The trial of Jean Paul Akayesu commenced on 9 January 1997 and ended on 28 March 1998. Akayesu was charged with several counts, ranging from genocide to serious violation of international humanitarian law, and was found guilty, in a judgement rendered on 2 September 1998, of several counts of genocide, incitement to commit genocide, and other crimes against humanity. He was sentenced to a single term of life imprisonment. Akayesu appealed the judgement. During the period under view, he filed several motions relating to his appeal which the appeals Chamber disposed of.

Analisis Kasus :

Akayesu sebagai pejabat pemerintah telah gagal mencegah dilakukannya kejahatan Genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan, yang dilakukan *Suku Hutu* terhadap *suku Tutsi*. Terdakwa sebagai pejabat pemerintah telah memberikan fasilitasnya untuk terjadinya kekerasan seksual, penyiksaan dan pembunuhan yang mengakibatkan kematian 2000 suku Tutsi di Taba oleh Suku Hutu.

Pengadilan berpendapat bahwa terdakwa terbukti bersalah karena telah memberikan fasilitasnya dalam kapasitas sebagai pejabat negara untuk terjadinya

¹⁶³ United Nations, General Assembly Council, *OpCit*, hal 45.

kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide yang mengakibatkan matinya 2000 suku Tutsi di Taba. Atas kesalahan dilakukannya tersebut, maka Akayesu dijatuhi pidana penjara seumur hidup, dan terdakwa mengajukan banding.

Berkaitan dengan praktek-praktek peradilan kejahatan perang tersebut di atas, maka dapat dikatakan adanya hubungan antara kejahatan perang dengan kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide, dalam arti kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide merupakan perluasan dari kejahatan perang atau pelanggaran-pelanggaran berat.

Selanjutnya, dapat dikemukakan *International Tribunal di Yugoslavia* dan *International Tribunal di Rwanda*, merupakan peradilan Internasional yang dibentuk secara ad hoc, namun kedua International Tribunal ini berbeda dengan "victor justice", yang dibentuk oleh negara-negara pemenang perang dunia II. Kedua International Tribunal ini dibentuk oleh Dewan Keamanan PBB bukan sebagai negara pemenang perang atau konflik bersenjata.

Prinsip-prinsip peradilan kejahatan perang di Nuremberg dan di Tokyo telah diadopsi ke dalam ICTY dan ICTR yaitu :

- (1) Pertanggungjawaban pidana individual. terhadap mereka yang merencanakan, menghasut, menyuruh lakukan atau memerintahkan dan pelaku kejahatan-kejahatan yang berada di bawah yurisdiksi mahkamah internasional tersebut;
- (2) Adanya pertanggungjawaban atasan atau komandan akibat kejahatan yang dilakukan oleh bawahannya, sebagai keagalannya dalam mencegah dan menghukum pelaku;

- (3) Tidak adanya alasan penghapusan pidana berdasarkan pada perintah atasan;
- (4) Peradilan Internasional tersebut dibentuk secara ad hoc, dimaksudkan untuk mengadili kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide yang dilakukan sebelum dibentuknya ICTY dan ICTR, dengan mengesampingkan berlakunya asas non retroaktif;
- (5) Kejahatan –kejahatan yang diadilinya sebagai *extra ordinary crimes*, dengan mengesampingkan yurisdiksi dari negara Yugoslavia dan Rwanda, untuk mengadili kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide sebagai *ordinary crimes*. (kedua negara tersebut telah mengkriminalisasikan kejahatan perang, kejahatan kemanusiaan dan kejahatan genocide dalam KUHPnya).

Prinsipnya kedua internasional tribunal yang dibentuk oleh Dewan Keamanan PBB ini, memang tidak banyak perbedaannya dengan peradilan kejahatan perang masa perang dunia II, yang dibentuk oleh negara-negara pemenang perang (*victor justice*, namun terdapat suatu perkembangan dalam penegakan hukum humaniter internasional, yaitu secara khusus yaitu pelaku-pelaku pelanggaran HAM yang dilakukan dalam konflik bersenjata non internasional (internal) di Rwanda, dapat diadili secara internasional. Di samping itu istilah yang digunakan dalam International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia dan International Criminal Tribunal for the Rwanda, adalah pelanggaran serius hukum humaniter, penggunaan istilah ini menunjukkan adanya keterkaitan antara kejahatan perang dengan pelanggaran HAM.

C. Kebijakan Hukum Pidana Dalam Mengantisipasi Pelanggaran-Pelanggaran

Berat dan Pelanggaran HAM Yang Diatur Oleh Protokol Tambahan I dan II-

1977

1 Fungsi Hukum Pidana

Sudarto¹⁶⁴ dalam Bukunya *Hukum dan Hukum Pidana* mengemukakan bahwa:

Hukum pidana memuat dua hal ialah syarat-syarat untuk memungkinkan pen-jatuhan pidana dan pidana. Apabila hal yang pertama itu diperinci lebih lanjut, maka dapat dikatakan bahwa dalam hukum ada tiga pokok persoalan.

Persoalan : pertama tentang perbuatan yang dilarang, kedua tentang orang yang melanggar larangan itu, dan ketiga tentang pidana yang diancamkan kepada si-pelanggar itu.

Lebih lanjut dalam buku tersebut, beliau mengemukakan bahwa :¹⁶⁵

Fungsi dari hukum pidana dengan sanksinya yang berupa pidana ialah pertama-tama sebagai sarana dalam menanggulangi kejahatan atau sebagai sarana kontrol sosial (pengendalian masyarakat) . Dalam hal ini hukum pidana adalah bagian dari politik kriminal, ialah usaha yang rasionil dari masyarakat untuk menanggulangi kejahatan. Fungsi yang primer ini adalah wajar dan secara relatif dapat dikatakan tidak menimbulkan masalah, dalam arti bahwa tidak mungkin ada suatu masyarakat yang hidup tanpa itu. Yang khas dari hukum pidana ialah fungsi sekundernya, ialah pengaturan tentang kontrol sosial sebagaimana dilaksanakan secara spontan atau secara dibuat oleh negara dengan alat perlengkapannya. Tugas yuridis dari hukum pidana bukanlah "*policing society*", akan tetapi "*policing the policy.*"

Sesuai dengan fungsi sekunder dalam Hukum pidana, Packer mengingatkan sebagai berikut:

"Penggunaan sanksi pidana secara sembarangan/ tidak pandang bulu / menyamaratakan ("*indiscriminately*") dan digunakan secara paksa ("*coercively*")

¹⁶⁴ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung : Alumni, 1981, halm 158

¹⁶⁵ *Ibid.*

akan menyebabkan sarana pidana itu menjadi suatu pengancam utama “ (*prime threatener*”).¹⁶⁶ Berkaitan dengan pendapat **Herber L Packer** tersebut, menurut **Jeremy Betham** dikemukakan bahwa pidana janganlah diterapkan atau digunakan apabila “ *groundless, needless, unprofitable or inefficacious*”¹⁶⁷

Berdasarkan pada pendapat-pendapat tersebut di atas, maka hukum pidana pada dasarnya identik dengan perlindungan HAM. Penggunaan hukum pidana haruslah dipergunakan secara hati-hati apabila sarana lain sudah tidak memadai. Inilah sebabnya mengapa hukum pidana harus dianggap sebagai “ *Ultimum remidium*” yakni “*obat terakhir*” apabila sanksi atau upaya-upaya hukum pada cabang lainnya tidak mempan atau dianggap tidak mempan.¹⁶⁸ Sehubungan dengan hal tersebut, **Nigel Walker**¹⁶⁹ mengingatkan adanya “prinsip-prinsip pembatas” (“*the limiting principles*”) sebagai berikut :

- (a) janganlah hukum pidana (HP) digunakan semata-mata untuk tujuan pembalasan;
- (b) jangan menggunakan HP untuk memidana perbuatan yang tidak merugikan/ membahayakan ;
- (c) jangan menggunakan HP untuk mencapai suatu tujuan yang dapat dicapai secara lebih efektif dengan sarana-sarana lain yang lebih ringan;
- (d) jangan menggunakan HP apabila kerugian / bahaya yang timbul dari pidana lebih besar daripada kerugian/ bahaya dari perbuatan / tindak pidana itu sendiri;
- (e) larangan-larangan HP jangan mengandung sifat lebih berbahaya daripada perbuatan yang akan dicegah;
- (f) HP jangan memuat larangan –larangan yang tidak mendapat dukungan kuat dari publik. Ketiga masalah dasar dalam hukum pidana di atas pada dasarnya berkaitan erat dengan persoalan dasar manusia, yaitu HAM.

¹⁶⁶ **Barda Nawawi Arief**, *Batas-Batas Kemampuan Hukum Pidana Dalam Penanggulangan Kejahatan*, Makala dalam Seminar Nasional Pendekatan Non Penal Dalam Penanggulangan Kejahatan, Semarang, 2 september 1996, hal 10

¹⁶⁷ **Ibid.**

¹⁶⁸ **Sudarto**, *opcit*, hal 13.

¹⁶⁹ **Barda Nawawi Arief**, *Loc.cit*

Menurut **Muladi**, kesadaran untuk selalu mengkaitkan ketiga masalah pokok hukum pidana dengan HAM perlu selalu digalakkan, sebab pertumbuhan hukum pidana sendiri merupakan tahap-tahap perjuangan untuk membebaskan manusia dari pengekangan terhadap hak-hak asasinya.¹⁷⁰ Identik dengan pendapat tersebut dapat dikatakan bahwa penegakan hukum pidana dengan sanksi berupa pidana, merupakan penegakan hak asasi manusia dari akibat pelanggaran-pelanggaran kepentingan hukum. Hal ini sesuai pendapat **Barda Nawawi Arief**; bahwa keseluruhan HAM masyarakat tersebut dilihat dari sudut hukum pada hakikatnya merupakan “kepentingan hukum” yang sepatutnya mendapat perlindungan antara lain perlindungan lewat hukum pidana¹⁷¹ Beliau membedakan bahwa HAM pada hakikatnya mengandung dua wajah yaitu **HAM dalam arti “Hak Asasi Manusia”** dan **HAM dalam arti “Hak Asasi Masyarakat”**, kedua aspek ini merupakan karakteristik dan sekaligus identitas hukum yaitu aspek kemanusiaan dan aspek kemasyarakatan¹⁷² Sesuai dengan pendapat tersebut, penegakan hukum pidana dalam menanggulangi pelanggaran – pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, pada dasarnya merupakan perlindungan kepentingan hukum dari :

(1) Orang-orang yang menjadi korban akibat konflik bersenjata, yaitu :

- (a) . penduduk sipil; dan
- (b) hors de combat.

(2) Pelaku perang atau konflik bersenjata yaitu :

¹⁷⁰ **Muladi**, Opcit 1992, halm 17

¹⁷¹ **Barda Nawawi Arief**, 1996 Opcit, halm 85

¹⁷² Ibid halm 63

(a) combatan (angkatan perang reguler dan ireguler);

(b) gerakan-gerakan pembebasan nasional dan pemberontak (insurgent).

Dilihat dari aspek kemanusiaan, baik kombatan, maupun hors de combat dan penduduk sipil harus selalu memperoleh perlindungan HAM pada saat terjadinya konflik bersenjata. Aspek kemanusiaan ini muncul dalam perlindungan HAM yaitu adanya pengaturan tentang tata cara perang yang terkait dengan larangan penggunaan senjata yang hanya menimbulkan penderitaan berlebihan dalam peperangan, misalnya penggunaan senjata beracun, senjata kimia dan senjata-senjata yang tidak mengenal diskriminatif. (misalnya bom atom, dan nuklir). Di samping itu larangan melakukan penyerangan terhadap penduduk sipil dan obyek-obyek sipil atau obyek yang mengandung kekuatan berbahaya, dan dapat merugikan penduduk sipil, sebagaimana diatur dalam Protokol Tambahan I-1977.

Larang-larangan tersebut dimaksudkan untuk memberikan perlindungan HAM atau mencegah pelanggaran HAM sebelum terjadinya Konflik bersenjata, dan merupakan keseimbangan antara prinsip kepentingan militer dengan prinsip kemanusiaan.

Ditinjau dari aspek HAM kemasyarakatan, perlakuan *tawanan perang* atau *inteniran* yang tercantum dalam Konvensi Jenewa III dan IV-1949, dalam arti mereka tidak dapat dianggap sebagai kriminal oleh Pihak Penawan. Hal ini merupakan penghormatan dari hak dasar bela negara, atau hak untuk menentukan nasib sendiri yang harus dihormati secara universal tanpa melihat alasan-alasan terjadinya perang/konflik bersenjata. Berbeda dengan "*mercenary*" (tentara bayaran), apabila mereka

tertangkap oleh pihak lawan tidak akan memperoleh perlakuan sebagai tawanan perang, dan mereka diperlakukan sebagai kriminal. Kewajiban setiap negara untuk mengkriminalisasi dan kewajiban melakukan penangkapan serta melakukan proses peradilan secara nasional. Hal tersebut bukan berarti masyarakat internasional melalui Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I dan II-1977, menganggap bahwa hukum pidana merupakan satu-satunya **sarana penal**, yang efektif dalam perlindungan HAM pada masa konflik bersenjata internasional maupun non internasional. Kedua instrumen internasional tersebut, mengenal pula adanya **sarana non penal** yang harus dilakukan atau dipersiapkan oleh negara sejak masa damai atau belum terjadinya konflik bersenjata.

Sarana non penal tersebut adalah “*diseminasi*” prinsip-prinsip Hukum Humaniter internasional” (penyebarluasan prinsip-prinsip Hukum Humaniter Internasional). Diseminasi Hukum Humaniter Internasional dapat dikatakan sebagai sarana non penal dalam upaya pencegahan timbulnya kejahatan perang ataupun pelanggaran-pelanggaran HAM dalam konflik bersenjata, yang dilakukan sejak masa damai. Sesuai dengan uraian-uraian tersebut di atas, hukum pidana hendak digunakan untuk menanggulangi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang.

Garis kebijakan penanggulangan pelanggaran –pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I dan II-1977, terlihat cukup komperhensif, tidak hanya penanggulangan melalui kebijakan penal tetapi juga kebijakan non penal.

2. Kebijakan Hukum Pidana dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol

Tambahan I dan II -1977

Dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977, ditetapkan kewajiban bagi pihak peserta agung untuk melakukan kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat ke dalam hukum nasionalnya. Ketentuan-ketentuan tersebut terdapat pada Article 49 Konvensi- I, Article 50 Konvensi II, Article 129 Konvensi III , Article 146 Konvensi IV dan Article 85 ayat (1) Protokol I-1977. Ke empat ketentuan dalam Konvensi Jenewa 1949 secara bersamaan berbunyi sebagai berikut :

Pihak Peserta Agung berjanji untuk menetapkan undang-undang yang di perlukan untuk memberikan sanksi pidana efektif terhadap orang-orang yang melakukan atau memerintahkan untuk melakukan salah satu diantara pelanggaran berat terhadap Konvensi ini seperti ditentukan di dalam Pasal berikut

Tiap Pihak Peserta Agung berkewajiban untuk mencari orang-orang yang disangka telah melakukan atau memerintahkan melakukan pelanggaran-pelanggaran berat yang dimaksudkan, dan harus mengadili orang-orang demikian, dengan tidak memandang kebangsaannya.

Pihak Peserta Agung dapat juga, jika dikehendakinya dan sesuai dengan ketentuan ketentuan perundang-undangannya sendiri menyerahkan orang-orang demikian kepada Pihak Peserta Agung lain yang berkepentingan untuk diadili, asal saja Pihak Peserta Agung itu dapat menunjukkan suatu suatu perkara prima facie.....

Pasal 85 ayat (1) Protokol Tambahan I-1977 berbunyi sebagai berikut :

“Ketentuan-ketentuan dari Konvensi mengenai penindakan pelanggaran-pelanggaran dan pelanggaran berat, yang ditambahkan dengan Seksi ini , harus berlaku pada penindakan pelanggaran-pelanggaran dan pelanggaran-pelanggaran berat.”

Berdasarkan pada ketentuan di atas, maka kewajiban-kewajiban bagi setiap Pihak Peserta Agung dalam Konvensi Jenewa 1949 maupun Protokol Tambahan 1977 adalah sebagai berikut :

- (1) Kewajiban melakukan kriminanalisis pelanggaran-pelanggaran berat yang tercantum dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977, melalui pembentukan undang-undang nasionalnya;
- (2) Kewajiban untuk menangkap dan mengadili pelaku pelanggaran berat dan mereka yang memerintahkan dilakukannya pelanggaran-pelanggaran berat dengan pengadilan nasionalnya, tanpa memandang kebangsaan si pelanggar tersebut;
- (3) kerjasama dalam menindak pelaku pelanggaran berat melalui ekstradisi.

Ditinjau dari aspek kebijakan hukum pidana (*penal policy*) maka ketentuan dalam Pasal 49 Konvensi I, Pasal 50 Konvensi II, Pasal 129 Konvensi III dan Pasal 146 Konvensi IV, serta Pasal 85 sub 1 Protokol Tambahan I -1977 tersebut di atas, mengandung makna adanya penegakan hukum pidana terhadap pelanggaran-pelanggaran berat. Penegakan hukum pidana merupakan serangkaian proses yang terdiri dari tiga tahap kebijakan yaitu : 1. Tahap kebijakan legislatif/ formulatif, 2 tahap kebijakan yudikatif, dan 3 tahap kebijakan aplikatif. Menurut **Barda Nawawi Arief**¹⁷³, bertolak dari uraian di atas dapatlah dikatakan bahwa dalam ketiga tahap kebijakan penegakan hukum pidana terkandung di dalamnya tiga kekuasaan/kewenangan yaitu *kekuasaan legislatif formulatif* dalam menetapkan atau

¹⁷³ **Barda Nawawi Arief**, *Kebijakan Legislatif Tentang Kewenangan Penyidikan Dalam Konteks Kebijakan Penegakan Hukum Pidana Yang Integral*, Makalah dalam Masalah-Masalah Hukum, edisi April-Juni 1998, FH-Undip, Semarang 1998, hal 16-17.

merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan; kekuasaan *yudikatif/ aplikatif* dalam menerapkan hukum pidana; dan kekuasaan *eksekutif/ administratif* dalam melaksanakan hukum pidana.

Ditinjau dari aspek kebijakan penegakan hukum pidana, maka kewajiban-kewajiban bagi Pihak Peserta Agung yang tercantum dalam ke empat Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977 dapat diuraikan dalam tahap-tahap kebijakan penegakan hukum pidana sebagai berikut :

(1) Tahap Formulatif/ legislatif

Pada tahap formulatif ini ditetapkan oleh konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan 1977, semua Pihak Peserta Agung untuk membuat undang-undang nasional yang mengancam pidana perbuatan-perbuatan yang diklasifikasikan sebagai pelanggaran-pelanggaran berat. Dengan perkataan lain ada kewajiban untuk melakukan kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat sebagai perbuatan yang dapat dipidana atau dijadikan tindak pidana. Di dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I- 1977 telah ditetapkan perbuatan-perbuatan yang harus diancam dengan pidana, sehingga setiap Pihak Peserta Agung sebatas memberikan sanksi pidananya saja. .

Berkaitan dengan diaturnya pelanggaran –pelanggaran berat dalam Konvensi Jenewa dan pelanggaran berat dalam Protokol Tambahan I-1977. Hal ini menimbulkan pengaturan pelanggaran –pelanggaran berat yang berbeda antara satu negara dengan negara lainnya. Secara terpisah dapat dikriminalisasikan pelanggaran berat yang diatur oleh Konvensi Jenewa 1949 dan kriminalisasi pelanggaran berat

yang diatur oleh Protokol Tambahan I-1977. Pemisahan ini sering terjadi di dalam praktek negara, mengingat tidak semua negara secara bersamaan telah meratifikasi Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977.¹⁷⁴

Berkaitan dengan kriminalisasi tersebut di atas, negara-negara dapat secara bebas untuk merumuskan kembali (*retipification*) dan memberikan definisi pelanggaran berat yang tercantum dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977. Di samping itu negara dapat pula secara *global* memasukan jenis-jenis pelanggaran berat yang terdapat dalam instrumen internasional kedalam hukum nasionalnya, tanpa memberikan definisi dari pelanggaran-pelanggaran berat (*tipification*), sebagaimana dikemukakan oleh **Jose Luis Fernandez Flores**¹⁷⁵ sebagai berikut

“ There are therefore two typifications, an international one, and a domestic “ re-tipification”. As in the previous case, there are variants of this attitude- State typification may be global, or detail, or mixed”

Selanjutnya diberikan contoh oleh **Jose Luis Fernandez Flores**¹⁷⁶ kebijakan legislatif dalam praktek-praktek negara, sebagai berikut :

The United States, whose doctrine is that violations of the law of war committed by persons subject to the military law of United States are usually violations of the Uniform Code Military Justice and have therefore to be punished as offence contained in that code. Violations of the law of war by persons not subject to military law, within the United States, are usually of Federal Law or of States criminal law, and must be prosecuted as offences covered by such law. The only offences prosecuted under international law are violations of the law of war committed by enemy nationals of persons

¹⁷⁴ **Jose Luis Fernandez Fores**, *Opcit*, hal 269

¹⁷⁵ *Ibid*

¹⁷⁶ *Ibid*. hal 270

...serving the interest of an enemy State, in accordance with the old principle that "International law is part of the law of the land".

France, whose Code of Military Justice and Regulations for General Discipline of the Armed Forces established prohibitions that in part coincide with international breaches. Article 407 ff of the French Code of Military Justice typify some offence in detail and Article 445 of that Code appears also to adopt a global typifications.

Ethopia, Its Penal Code was drawn up by Prof. Jean Graven, and adopt in detail all the breaches of the Conventions but with its own typification or re-typification.

Another is Spain, Article 69 to 79 of whose recent Military Penal Code of 9 December 1985 contain a somewhere controversial re-typification of many internationally defined breaches, adding other offences and ending with a general provision relating to the other acts contrary to the prescriptions of the international Conventions ratified by Spain

Yugoslavia, has similarly inserted into its Penal Code, in Article 125 a series of offences practically the same as all those classed as grave breaches in the Convention.

Holland, soon after ratifying the Geneva Conventions, enacted a new " Act on War Criminal Law " modifying and supplementing its previous legislation and adapting it to the International texts by a general provision repressing violations of the laws and customs of war, and inserting into its ordinary Penal Code a series of specific provisions for the repression of certain violations.

Norway' Military Penal Code gives a general typification and the Civil Penal Code maintains specific typification"

Dalam praktek-praktek negara tersebut di atas, kriminalisasi kejahatan perang / pelanggaran-pelanggaran berat dilakukan dengan menetapkan sanksi pidana terhadap pelanggaran-pelanggaran berat ke dalam KUHP (code penal) dan atau ke dalam KUHP militernya .

Sesuai dengan asas legalitas , maka dalam melakukan kriminaliasasi ,sebaiknya dilakukan *perumusan kembali (retipications) di dalam undang nasional*. Didasarkan pemikiran bahwa jenis-jenis pelanggaran berat bersifat terbuka untuk dirumuskan kembali melalui kebijakan legislatif di negara-negara peserta. Pelanggaran berat atau pelanggaran HAM sebagai kejahatan perang, merupakan produk dari proses hukum kebiasaan internasional , perjanjian internasional, dan asas-asas hukum internasional sehingga perlu dilakukan *retipication* dengan tujuan lebih menjamin kepastian hukum. Hal ini dilandasi pemikiran nilai-nilai dalam masyarakat internasional seringkali berbeda dengan nilai-nilai dalam masyarakat nasional.

2 Tahap Yudikatif

Tahap yudikatif ini merupakan tahap untuk menerapkan sanksi pidana bagi pelaku pelanggaran-pelanggaran berat. Kebijakan penegakan hukum pidana dalam tahap yudikatif ini , diatur Pasal 49 Konvensi I, Pasal 50 Konvensi II , Pasal 129 Konvensi III dan Pasal 146 Konvensi IV, serta Pasal 85 sub 1 Protokol Tambahan I-1977 , sebagaimana yang telah dikutip di muka, yaitu sebagai berikut :

Pihak Peserta Agung mempunyai kewajiban untuk menangkap terhadap pelaku dan orang-orang yang menyuruhlakukan atau memerintahkan pelanggaran-pelanggaran berat yang dimaksud , dan harus mengadili orang-orang demikian tanpa memandang kebangsaannya.

Ketentuan di atas, menunjukan adanya kewajiban negara untuk mengadili pelaku dan mereka yang menyuruhlakukan atau memerintahkan pelanggaran berat, melalui pengadilan nasionalnya. Dalam tahap yudikatif ini tidak ditegaskan pengadilan mana yang berwenang, untuk mengadili secara nasional pelanggaran-pelanggaran berat

dan pelanggaran HAM pada Konflik bersenjata. Dalam arti apakah pelanggaran berat ini akan diadili oleh *pengadilan militer atau oleh pengadilan sipil*. Berkaitan dengan hal tersebut praktek di negara Amerika Serikat, pelaku kejahatan perang akan diadili di pengadilan militer, berdasarkan *the Uniform Code of Military Justice*, apabila si pelaku merupakan subyek dari hukum militer. Pelaku kejahatan perang akan diadili berdasarkan pada *Hukum Federal atau State Criminal Law*, apabila pelaku yang berwarganegara Amerika Serikat bukan subyek dari hukum militer. Di samping itu Amerika Serikat akan menuntut dan mengadili berdasarkan Hukum Internasional terhadap pelaku kejahatan perang yang merupakan musuh dari Amerika Serikat, atau orang-orang yang membantu kepentingan musuh negara. Penuntutan ini didasarkan pada hukum kebiasaan internasional kejahatan perang, bahwa kejahatan perang dikualifikasikan sebagai *delic jure gentium*, sehingga dapat diberlakukan asas universal.¹⁷⁷

Dibandingkan dengan praktek pengadilan-pengadilan penjahat perang Dunia II yang dibentuk secara ad hoc, maka sistem peradilan yang ditetapkan oleh Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan 1977 lebih dapat menjamin keadilan,. menurut **Mochtar Kusumaatmadja**¹⁷⁸ disebabkan karena :

- (1) Penuntutan dan peradilan tidak terbatas pada terdakwa-terdakwa yang berasal dari negara lawan, jadi dalam hal ini bersifat universal ; dan
- (2) Adanya jaminan-jaminan peradilan yang termuat dalam paragraf terakhir Pasal 49 yang menetapkan bahwa orang-orang yang dituduh harus mendapat jaminan-jaminan peradilan dan pembelaan yang wajar, yang tidak boleh

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Lihat **Mochtar Kusumaatmadja**, Opcit, hal 41.

kurang menguntungkan dari jaminan-jaminan yang diberikan dalam Pasal 105 Konvensi III mengenai perlakuan tawanan perang;

Selanjutnya persoalan yang muncul dalam kriminalisasi Protokol Tambahan II-1977 ini, apakah pelanggaran Pasal 3 common article dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977 tentang jaminan-jaminan dasar dapat dikualifikasikan sebagai *kejahatan perang*? Sehubungan dengan persoalan tersebut dikemukakan oleh **Toni Pfanner**, sebagai berikut :

Pada prinsipnya kejahatan perang meliputi pula kejahatan perang selama konflik bersenjata non intenasional, sebagai pelanggaran Pasal 3 Common Article Konvensi Jenewa 1949 dan Pasal 4 Protokol Tambahan II-1977.”¹⁷⁹

Lebih lanjut diberikan contoh praktek-praktek negara sebagai berikut :

Belgian Law of 16 Juni 1993, *the first State to specially classify as “ war crimes’ certain serious violations of international humanitarian law a committed in the course of non international armed conflict”*

Spain, *The chapter dealing with the law of armed conflict open with an article enumerating the persons protected there under and continues with various provisions detailing punishable acts. Article 608 includes among protected persons those who are protected by virtue of Additional Protocol II of 1977. Indicates that the jurisdiction of Spanish courts may extend to offences committed by anybody anywhere, if the acts in question can be classified under Spanish criminal law as offence than should be prosecuted in Spain pursuant to international treaties and conventions. It should be noted that no adverse distinction is made in regard to situations covered by Protocol II and that, on the country, the seem to be fully integrated in the articles governing armed conflict in general.*

¹⁷⁹ **Toni Pfanner**, *The Esthablishment of a Permanen International Criminal Court, International Review of the Red Cross, Thirty-Eigh Year, No 322, Marc 1998, Publishher by ICRC, Geneva 1998, hal 33*

Similiary, Section 11 of Chapter 22 of the Swedish Penal Code clearly regards any serious violation of international humanitarian law (treaty or customary) as a crime international law, whether committed during a war the term " war crimes" or any other type of armed conflict.

Article 1 para 3 of the Netherlands Criminal Law in Wartime Act (*Wet Oorlogsstrafrech*) *plainly states that civil law war should be included under term "War ", While Article 12 gives Duth court universal jurisdiction.*

The Swiss Military Penal Code *also grant national military courts jurisdiction to hear case involving violations of humanitarian law applicable in non international armed conflict, even if such violations are committed in another country and do not directly affect theinterests of the Swiss Confederation.*

Dari contoh tersebut di atas, bahwa pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan II-1977 yang dilakukan dalam konflik bersenjata non internasional dikualifikasikan sebagai kejahatan perang, seperti halnya dengan pelanggaran berat Protokol Tambahan I-1977.

Selanjutnya berdasarkan pada uraian-uraian tersebut di atas, dapatlah dikatakan bahwa dalam kaitannya dengan kriminalisasi negara mempunyai kebebasan untuk merumuskan kembali (*retipification*), perbuatan-perbuatan yang digolongkan sebagai pelanggaran –pelanggaran berat dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol tambahan 1977 di dalam hukum nasionalnya.

3. Kebijakan Hukum Pidana dalam Mengantisipasi Pelanggaran-Pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahannya I dan II-1977 di Indonesia

3.1. Kebijakan Hukum Pidana dalam Undang-Undang No 39 tahun 1999 tentang HAM

Pembentukan Undang-undang no 39 tahun 1999 tentang HAM di Indonesia sebagai pelaksanaan dari Pasal 44 Piagam HAM yang ditetapkan oleh MPR, melalui TAP MPR No XVII/1998 tentang HAM, yang berbunyi sebagai berikut :

Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin dan diatur dalam perundang-undangan." (kursif penulis).

Landasan hukum pembentukan UU no 39 tahun 1999 ini, didasarkan juga pada instrumen-instrumen internasional, sebagaimana disebutkan pada *Penjelasan Umum alinea 11 UU No 39 tahun 1999* meliputi :

Dalam undang-undang ini pengaturan mengenai hak asasi manusia ditentukan dan berpedoman pada Deklarasi Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa, Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita, Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hak-Hak Anak dan berbagai instrumen internasional lainnya yang mengatur tentang hak asasi manusia. ...

Berdasarkan pada *Penjelasan Umum Alinea 11* tersebut, nampaknya UU no 39 tahun 1999 tentang HAM ini hanya didasarkan pada *UDHR 1948* saja tanpa mendasarkan pada *ICCPR 1966* dan *ICESCR 1966* beserta *Optional Protocolnya*, padahal *UDHR 1948*, *ICCPR 1966* dan *ICESCR 1966* merupakan ketentuan payung bagi instrumen-instrumen internasional lainnya di bidang perlindungan hak asasi

manusia, yang berlaku secara universal. Ratifikasi kedua instrumen internasional tersebut sebenarnya merupakan prioritas utama bagi bangsa Indonesia sebelum diratifikasinya instrumen-instrumen internasional lainnya. *ICCPR 1966 dan ICESCR 1966* ini merupakan perwujudan perumusan yuridis *dari UDHR 1948* yang sebenarnya perlu diratifikasi lebih dahulu, mengingat kedudukan UU no 39 tahun 1999 sebagai “*Ketentuan Payung*”.

Dikaitkan dengan perlindungan HAM dalam konflik bersenjata atau perang, kedudukan UU No 39 tahun 1999 tentang HAM ini, merupakan *ketentuan payung*, atau sebagai landasan hukum bagi perlindungan HAM pada masa konflik bersenjata., khususnya perlindungan HAM yang tidak dapat ditunda pelaksanaannya. Sesuai dengan pernyataan tersebut pada Pasal 4 UU No 39 tahun 1999 dinyatakan sebagai berikut :

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 adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun.

Adapun yang dimaksud “*dalam keadaan apapun*” menurut Penjelsan Pasal 4 adalah “*termasuk keadaan perang, sengketa bersenjata, dan atau keadaan darurat*”

Selanjutnya “Pelanggaran HAM” didefinisikan dalam Pasal 1 sub 6 UU no 39 tahun 1999 adalah sebagai berikut :

Pelanggaran HAM 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 orang yang dijamin oleh undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak

akan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.

Sesuai dengan definisi Pasal 1 sub 6 UU no 39 tahun 1999 tersebut di atas, *pelanggaran HAM* ini merupakan tindakan bersifat melawan hukum, yang dilakukan dengan sengaja atau kelalaian, baik dilakukan oleh perseorang, kelompok maupun aparatur negara, dan dikhawatirkan tidak memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku. Pengertian tersebut menunjukkan, bahwa selama ini pelanggaran-pelanggaran HAM tidak memperoleh penyelesaian yang adil dan benar berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.

Berkaitan dengan pelanggaran-pelanggaran HAM berat tersebut, dalam Pasal 104 diamanatkan pembentukan *pengadilan "pelanggaran HAM yang berat"*. Adapun Pasal 104 UU No 39 tahun 1999 dirumuskan sebagai berikut :

- (1) Untuk mengadili pelanggaran hak asasi manusia yang berat dibentuk pengadilan Hak asasi manusia di lingkungan Peradilan Umum;
- (2) Pengadilan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk dengan Undang-Undang dalam jangka waktu paling lama 4 (empat) tahun.
- (3) Sebelum dibentuk Pengadilan Hak Asasi Manusia sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) maka kasus-kasus pelanggaran hak asasi manusia sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diadili oleh pengadilan yang berwenang.

Sesuai dengan amanat Pasal 104 ayat (1) tentang pembentukan pengadilan HAM di lingkungan peradilan umum, dikaitkan dengan berlakukannya UU No 26 tahun 2000, tentang Pengadilan HAM, maka yang dimaksud oleh Pasal 104 ayat (1) UU no 39 tahun 1999 tersebut adalah pengadilan HAM permanen untuk mengadili pelaku pelanggaran HAM setelah diundangkannya UU No 26 tahun 2000. Adapun yang dimaksud Pasal 104 ayat (3) tentang kasus-kasus *pelanggaran HAM akan diadili*

oleh Pengadilan yang berwenang sebelum dibentuk pengadilan HAM, dikaitkan dengan UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, maka yang dimaksud Pasal 104 ayat (3) adalah Pengadilan HAM ad hoc, untuk mengadili pelanggaran HAM berat sebelum diundangkannya UU No 26 Tahun 2000.

Selanjutnya “pelanggaran HAM yang berat” menurut Penjelasan Pasal 104 ayat (1) UU No 39 tahun 1999 meliputi:

- ◆ pembunuhan massal (genocide),
- ◆ 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 discrimination).

Penyebutan jenis-jenis kejahatan tersebut belum dapat dikatakan sebagai tindak pidana, karena dalam UU no 39/ 1999 ini tidak dicantumkan ancaman pidananya terhadap pelanggaran HAM yang berat tersebut.

Dalam kaitannya dengan perlindungan HAM di masa damai Pemerintah Indonesia secara selektif telah meratifikasi berbagai instrumen Internasional yang berkaitan dengan perlindungan HAM. Instrumen-instrumen internasional tersebut antara lain adalah :

1. Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam , Tidak Manusiawi Atau Merendahkan Martabat Manusia (*Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment 1984*)

2. Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial
(*Convention on the Limitation of All Forms of Racial Disecrimination 1965*)
3. Konvensi Internasional Menentang Pembedaan Warna Kulit Dalam
Pertandingan Oleh Raga (*International Convention Against Apartheid in
Sport 1985*)
4. Konvensi tentang Hak-Hak Politik Kaum Wanita (*Convention on the Political
rights of Women 1952*)
5. Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
1979*)
6. Konvensi tentang Hak-Hak Anak (*Convention on the Rights of the Child
1989*).

Sehubungan dengan hal tersebut di atas, dikaitkan dengan Konvensi Jenewa 1949 tentang *Perlindungan Korban-Korban Perang dalam Konflik Bersenjata*, yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia dengan Undang-Undang No 59 tahun 1958 tanggal 4 Juli 1958 (Lembaran Negara No 109 tahun 1958.) Konsekuensi yuridis dari kedudukan UU no 39 sebagai *ketentuan payung* dari ketentuan –ketentuan HAM yang ada, seharusnya UU ini juga berlaku secara otomatis sebagai ketentuan payung dari UU no 59 tahun 1958 tentang Ratifikasi Konvensi Jenewa 1949. Namun tidak ada satupun ketentuan dalam pasal-pasalanya, maupun dalam penjelasan yang menunjukkan adanya *implementasi* Konvensi Jenewa 1949 ke dalam UU no 39 tahun 1999 ini. Sesuai dengan hal tersebut, dapat dikatakan ketentuan UU no 39 tahun 1999

tentang HAM sebatas mengatur pelanggaran-pelanggaran HAM dalam masa damai dan tidak mengatur pelanggaran HAM pada masa sengketa bersenjata.

Selanjutnya *upaya-upaya hukum* yang dapat dilakukan atas pelanggaran HAM, menurut Pasal 7 ayat (1), diawali dengan upaya hukum setempat di tingkat nasional, ("*exhaustion of local remedies*"), apabila dalam upaya hukum setempat ini terjadi pengingkaran keadilan (*denial of justice*), maka korban pelanggaran HAM dapat mengajukan upaya hukum ke tingkat regional maupun internasional. Ketentuan ini sesuai dengan standart hukum internasional, mengenai pertanggungjawaban negara.

Lebih lanjut perlu juga dikemukakan bahwa perumusan Pasal 7 ayat (2) UU No 39 tahun 1999, yang berkaitan dengan **hubungan hukum nasional dan hukum internasional** dirumuskan sbb:

"Ketentuan hukum internasional yang diterima negara Republik Indonesia yang menyangkut hak asasi manusia **menjadi hukum nasional**"

Ketentuan Pasal 7 ayat (2) tersebut sebenarnya tidak perlu dicantumkan, karena memberikan penafsiran seakan-akan pemerintah Indonesia tidak mengakui adanya hukum internasional sebagai sumber hukum nasional. Pernyataan "*Ketentuan hukum internasional yang diterima negara Republik Indonesia yang menyangkut hak asasi manusia menjadi hukum nasional*", dapat menimbulkan penafsiran bahwa ketentuan hukum internasional yang telah diterima oleh negara, akan berubah menjadi hukum nasional dan ketentuan hukum internasional itu sendiri hilang, karena telah menjadi hukum nasional.

Ketentuan tersebut di atas, mengingatkan kita pada "*faham dualisme*" yang memandang hubungan hukum internasional dan hukum nasional merupakan dua sistem hukum yang berbeda satu sama lainnya. Agar hukum internasional dapat berlaku ke dalam hukum nasional, maka hukum internasional ini harus *ditransformasikan* lebih dahulu ke dalam hukum nasional, dan menjadi hukum nasional. Akibatnya hukum internasional ini tidak lagi menjadi hukum internasional kerana telah menjelma menjadi hukum nasional.¹⁸⁰ Sebaiknya digunakan rumusan sbb : "*ketentuan Hukum Internasional yang diterima negara Republik Indonesia yang menyangkut hak asasi manusia, merupakan sumber hukum nasional*"

Dalam undang-undang ini diatur pula tentang Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM), yang bertugas untuk melakukan "perlindungan dan penegakan HAM". Pembentukan Komnas HAM yang didasarkan pada UU no 39 tahun 1999 dimaksudkan sebagai pengganti Komnas HAM yang dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 50 tahun 1993 tentang Komisi Hak Asasi Manusia. Salah satu tugas dari Komnas HAM adalah melakukan penyelidikan dan pemeriksaan pelanggaran HAM. terhadap peristiwa yang timbul dalam masyarakat berdasarkan sifat dan lingkupnya patut diduga terdapat pelanggaran hak asasi manusia¹⁸¹.

¹⁸⁰ Lihat Mochtar Kusumaatmadja, 1984 *Opcit* hal 54-55.

¹⁸¹ Lihat Pasal 89 ayat (3) huruf b. UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Ham.

Sesuai dengan uraian-uraian tersebut di atas, dapat dikemukakan bahwa UU no 39 tahun 1999 tentang HAM ini tidak mengatur pelanggaran-pelanggaran HAM dalam masa konflik bersenjata atau pelanggaran Hukum Humaniter Internasional. Ketentuan-ketentuan dalam UU no 39 tahun 1999 cenderung mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran HAM yang terjadi di masa damai, di dalamnya tidak diatur mengenai kejahatan perang atau pelanggaran HAM pada masa sengketa bersenjata.

3.2. Kebijakan Hukum Pidana dalam Undang-Undang no 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM

Undang-Undang No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM ini merupakan ketentuan nasional yang digunakan sebagai landasan pembentukan “Pengadilan Pelanggaran HAM yang berat”, yang diamanatkan Pasal 104 ayat (1) Jo ayat (3) UU no 39 tahun 1999 tentang HAM.

Dalam UU no 26 tahun 2000 ini penyebutan “pelanggaran HAM yang berat” telah dirumuskan sebagai tindak pidana, sebagaimana diatur dalam Pasal 7, Pasal 8, Pasal 9 Jo Pasal 36, Pasal 37, Pasal 38, Pasal 39, Pasal 40 dan Pasal 41.

Pada Pasal 7 ditegaskan Pelanggaran hak asasi manusia yang berat meliputi : (a). delik Kejahatan Genocide, dan (b). delik kejahatan terhadap Kemanusiaan. Kedua delik tersebut diancam dengan sanksi pidana sebagaimana tersebut dalam Pasal 36 sampai dengan Pasal 41 sebagai berikut :

Pasal 36 berbunyi sbb :

Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 huruf a, b, c, d atau e dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 25 (dua puluh lima) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun.

Pasal 37 berbunyi sbb :

Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf a, b, d, e atau j dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 25 (dua puluh lima) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun).

Pasal 38 berbunyi sbb :

Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf c dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 5 (lima) tahun

Pasal 39 berbunyi sbb :

Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf f, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 5 tahun

Pasal 40 berbunyi sbb :

Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf g, h atau i dipidana dengan pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun

Pasal 41 berbunyi sbb:

Percobaan, permufakatan jahat atau pembantuan untuk melakukan pelanggaran sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 atau Pasal 9 dipidana dengan pidana yang sama dengan ketentuan dalam Pasal 36, Pasal 37, Pasal 38, Pasal 39 dan Pasal 40.

Kebijakan formatif dalam penentuan sanksi pidana pada UU no 26 tahun 2000 tersebut di atas, digunakan *sistem/ pendekatan absolut dan relatif*. Sistem/pendekatan absolut ini , tertuang dalam Pasal 38 dan 39, yaitu untuk tiap-tiap

tindak pidana ditetapkan bobot / kualitas (maksimum pidananya). Sedangkan dalam Pasal 36, 37 dan 40 serta Pasal 41 digunakan sistem /pendekatan relatif. Artinya untuk tiap-tiap tindak pidana tidak ditetapkan bobot/ kualitas (maksimum pidananya) sendiri-sendiri, tetapi bobotnya *direlatifkan*, yaitu dengan melakukan penggolongan beberapa tindak pidana dalam beberapa tingkatan dan sekaligus menetapkan maksimum pidana untuk tiap-tiap kelompok tindak pidananya.¹⁸² Penetapan sanksi pidana dalam ketentuan di atas, terdapat perbedaan antara jumlah maksimum pidana penjara dalam KUHP dengan UU no 26 tahun 2000. Ancaman sanksi pidana penjara maksimum yang ditetapkan dalam Pasal 36 dan Pasal 37 adalah 25 tahun, sedangkan ancaman sanksi pidana penjara maksimum yang ditetapkan dalam KUHP adalah 20 tahun.

Ditetapkannya sanksi pidana terhadap *percobaan, permufakatan jahat dan pembantuan* yang disamakan dengan pelaku tindak pidana, sebagaimana diatur Pasal 41. Hal ini menunjukkan bahwa sifat dari delik-delik UU No 26 tahun 2000 merupakan kejahatan yang sangat serius, yang dapat mengancam keselamatan umat manusia. Lebih lanjut di dalam Penjelasan Umum alinea 9 UU No 26 tahun 2000 ditetapkan:

“pelanggaran HAM yang berat “sebagai delik *extra ordinary crime*, prinsipnya merupakan delik baru yang sebelumnya belum diatur dalam KUHP maupun di luar KUHP”.

¹⁸² Lihat Barda Nawawi Arief, 1996 *Opcit*, halm 131

Kejahatan-kejahatan tersebut digolongkan sebagai pelanggaran HAM yang berat, karena pelaku dalam melakukan kejahatannya dilakukan dalam konteks kekuasaan pemerintah atau memperoleh fasilitas dari pemerintah. Di samping itu “pelanggaran HAM yang berat” berupa delik kejahatan genocide dan delik kejahatan terhadap kemanusiaan dikualifikasikan sebagai *extra ordinary crime*, merupakan tindak pidana internasional yang dapat diadili secara Internasional berdasarkan pada asas universal.¹⁸³

Selanjutnya di bawah ini akan diuraikan beberapa prinsip dalam UU no 26 tahun 2000, yang berkaitan dengan prinsip-prinsip hukum pidana dalam mengadili kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide dan kejahatan perang sebagai *extra ordinary crimes* oleh peradilan internasional.

(1) Pertanggungjawaban Pidana Individual :

Sebagai prinsip umum dalam hukum pidana, seseorang dianggap mempunyai pertanggungjawaban pidana, apabila yang bersangkutan telah melakukan perbuatan yang memenuhi unsur-unsur tindak pidana, dan bersifat melawan hukum serta tidak ada alasan pembeda. Di samping itu orang tersebut bersalah atas perbuatan yang dilakukannya (sengaja atau alpa) dan tidak ada alasan pemaaf, sehingga orang tersebut dapat dijatuhi pidana.

Di dalam UU no 26 tahun 2000 ini, sebagai pelanggaran HAM yang berat maka *individual responsibility* terkait dengan prinsip-prinsip dalam Hukum Internasional, khususnya kejahatan perang dengan penggolongan sebagai berikut :

¹⁸³ Lihat Muladi, 1999 Opcit, halm 9 mengenai ciri-ciri delik extra ordinary crime.

(a) Pelaku kejahatan yaitu mereka yang merencanakan, menggerakkan, memerintahkan, melakukan di dalam perencanaan, persiapan atau pelaksanaan kejahatan; mereka dipertanggungjawabkan secara individual, tanpa melihat apakah tindakan yang dilakukannya dalam kapasitas sebagai pejabat negara.

Prinsip tersebut terdapat dalam Peradilan kejahatan perang di Nuremberg 1946 dan pada Statute International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia dan statute International Criminal Tribunal for the Rwanda, serta dalam Statute Rome 1998 sebagai dasar untuk mengadili kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan genocide. Pengertian **pelaku** sebagaimana tersebut di dalam instrumen-instrumen internasional di atas, tidak secara tegas dicantumkan dalam UU no 26 tahun 2000 ini.

(b) Alasan melakukan perintah atasan tidak dapat digunakan sebagai alasan pembenar :

Tidak adanya alasan penghapus pidana berdasarkan perintah atasan, prinsip ini telah digunakan sejak peradilan Internasional kejahatan perang dunia II dan prinsip ini kemudian diadopsi ke dalam International Criminal Tribunal for the Yugoslavia dan International Criminal Tribunal for the Rwanda yang kemudian juga dicantumkan dalam Statute Rome 1998.

Prinsip tidak adanya alasan penghapus pidana berdasarkan perintah atasan ini tidak secara tegas diatur di dalam UU No 26 tahun 2000, seharusnya prinsip ini diatur pula dalam UU no 26 tahun 2000 mengingat kejahatan yang diadili merupakan extra ordinary crimes.

(c) Adanya Pertanggungjawaban komandan

Dalam Pasal 42 UU No 26 tahun 2000 dirumuskan 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, atau di bawah kekuasaan dan pengendaliannya dan tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukannya 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 hak asasi manusia 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 atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan.

(1) Seseorang atasan, baik polisi maupun sipil lainnya, bertanggungjawab secara pidana terhadap pelanggaran hak asasi manusia 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 diperlukan dalam ruang lingkup kewenangannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.

(2) Perbuatan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) diancam dengan pidana yang sama sebagaimana dimaksud dalam Pasal 36, Pasal 37, Pasal 39, dan Pasal 40.

Ketentuan dalam Pasal 42 UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM tersebut, mempunyai kesamaan dengan Pasal 86 tentang "kewajiban bertindak" dan

Pasal 87; tentang kewajiban komandan”, yang diatur dalam Protokol Tambahan I – 1977. Dilihat dari aspek politik hukum pidana, maka tujuan yang hendak dicapai melalui perumusan Pasal 42 UU no 26 tahun 2000 tersebut adalah :

- (1) Komandan / atasan diwajibkan untuk mencegah terjadinya pelanggaran HAM yang berat, yang dilakukan oleh anak buahnya yang berada di bawah pengendaliannya;
- (2) Komandan atau atasan diwajibkan untuk tidak melindungi pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan bawahannya, dengan tidak menyerahkan si pelaku pada pejabat yang berwenang.

Prinsipnya seorang komandan militer/ atasan polisi maupun sipil dapat dipertanggungjawabkan secara pidana akibat tindak pidana yang dilakukan bawahannya, apabila ia mengetahui atau seharusnya mengetahui berdasarkan keadaan pada saat itu dan sebagai komandan tidak mengambil tindakan untuk menyerahkan pelaku pada pejabat yang berwenang. Sanksi pidana yang diterapkan pada Komandan atau atasan adalah sama dengan orang yang melakukan pelanggaran HAM yang berat. Prinsip pertanggungjawaban komandan atau atasan diatur dalam Pasal 28 Staute Rome 1998.

Prinsip pertanggungjawaban pidana terhadap atasan atau komandan, akibat tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya tersebut, mempunyai kesamaan dengan Pasal 32 ayat (2) dan (3) Konsep KUHP tahun 2000, meskipun ketentuan ini tidak secara *eksplisit* disebutkan tentang tanggungjawab komandan atau atasan dan

syarat-syarat adanya pertanggungjawaban komandan/ atasan. Adapun Pasal 32 ayat

(2) dan (3) Konsep KUHP 2000 berbunyi sebagai berikut :

- (2) Dalam hal tertentu, seseorang dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain, jika ditentukan dalam suatu undang-undang;
- (3) Untuk tindak pidana tertentu, undang-undang dapat menentukan bahwa seseorang dapat dipidana semata-mata telah dipenuhinya unsur-unsur tindak pidana tersebut tanpa memperhatikan adanya kesalahan.

Dalam Penjelasan Pasal 32 ayat (2) berbunyi sebagai berikut :

.....dalam hal-hal tertentu tanggung jawab seseorang dipandang patut diperluas sampai kepada tindakan bawahannya yang melakukan pekerjaan atau perbuatan untuknya atau dalam batas-batas perintahnya. Oleh karena itu, meskipun seseorang dalam kenyataannya tidak melakukan tindak pidana namun dalam rangka pertanggungjawaban pidana ia dipandang mempunyai kesalahan jika perbuatan orang lain yang berada dalam kedudukan yang sedemikian itu merupakan tindak pidana. Sebagai suatu pengecualian maka, ketentuan ini penggunaannya harus dibatasi untuk kejadian-kejadian tertentu yang ditentukan secara tegas oleh undang-undang agar tidak digunakan secara sewenang-wenang. Asas pertanggungjawaban yang bersifat pengecualian ini dikenal sebagai asas tanggungjawab mutlak atau *'strict liability'*

Penjelasan ayat (3) berbunyi sebagai berikut :

..... Untuk tindak pidana tertentu tersebut pembuatnya telah dapat dipidana hanya karena telah dipenuhi unsur-unsur tindak pidana oleh perbuatannya. Di sini kesalahan pembuat dalam melakukan perbuatan tersebut tidak lagi diperhatikan. Asas ini dikenal sebagai asas *'vicarious liability'*

Ketentuan dalam Pasal 32 ayat (2) dan (3) konsep KUHP 2000 dimaksudkan sebagai pengecualian berlakunya *asas tiada pidana tanpa kesalahan*, yang merupakan asas fundamental dalam hukum pidana. Pengecualian asas tiada pidana tanpa kesalahan ini diterapkan secara terbatas yaitu apabila ditentukan secara tegas dalam undang-undang tertentu. Demikian pula ketentuan Pasal 32 ayat (3) tentang *vicarious*

liability (pertanggungjawaban pengganti) hanya dapat diterapkan secara terbatas apabila diatur dalam undang-undang tertentu.

(2) **Asas Retroaktif :**

Dalam Pasal 43 ayat (1) UU no 26 tahun 2000 dinyatakan bahwa :

- (1). Pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkan Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc.

Ketentuan dalam Pasal 43 ayat (1) tersebut menunjukkan UU no 26 tahun 2000 menerapkan *asas retroaktif* (ketentuan berlaku surut) sebagai dasar diadilinya pelaku pelanggaran HAM yang berat sebelum dibentuknya UU no 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Dikaitkan dengan UUD 1945, ketentuan pada Pasal 43 tersebut di atas, bertentangan dengan Pasal 28 i Amandemen UUD 1945 tahun 2000, yang berbunyi sebagai berikut :

- (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran, dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan *hak-hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut* adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

Sesuai dengan Pasal 28 I Amandemen UUD 1945 di atas, hak-hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut merupakan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non derogable rights*). Ditinjau dari aspek ketetaneeraan, seharusnya dalam UU no 26 tahun 2000 tidak boleh diberlakukan asas retroaktif, karena UUD 1945 merupakan landasan hukum dari ketentuan di bawahnya.

Penerapan asas retroaktif ini, memang bukan hal yang baru di dalam praktek-praktek peradilan internasional untuk mengadili pelaku kejahatan perang termasuk

pelanggaran HAM yang berat. Meskipun banyak pihak yang tidak sependapat dengan penerapan asas retroaktif tersebut. Diberlakukannya *asas retroaktif* pada peradilan kejahatan perang dan pelanggaran HAM yang berat, karena prinsip ini berlaku sebagai hukum kebiasaan internasional. Diakuinya prinsip *retroaktif* oleh masyarakat internasional, secara khusus hanya terbatas untuk mengadili kejahatan perang dan pelanggaran HAM yang berat sebagai *extra ordinary crimes*.

Dalam Statute Rome 1998 tentang International Criminal Crime, tidak dicantumkan *asas retroaktif*, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 24 yang berbunyi sebagai berikut :

1. Tidak seorangpun bertanggungjawab secara pidana berdasarkan Statute ini atas perbuatan yang dilakukan sebelum diberlakukannya Statute ini.
2. Dalam hal ada perubahan dalam hukum yang dapat diterapkan kepada suatu kasus tertentu sebelum keputusan akhir pengadilan, maka berlaku hukum yang lebih menguntungkan bagi orang yang sedang diselidiki, dituntut atau dihukum.

Asas retroaktif ini merupakan penyimpangan dari asas non retroaktif yang tercantum dalam Pasal 1 KUHP sebagai asas legalitas, yang berbunyi :

- (1)Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada ,sebelum perbuatan dilakukan.
- (2)Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam per-undang-undang-dipakai aturan yang paling ringan bagi terdakwa.

Dalam prakteknya, menurut **Muladi** asas legalitas seringkali dirumuskan dalam :

- (1) "*nullum crimen nulla poena sine lege*"(tiada kejahatan tanpa undang-undang);
- (2) "*nulla poena sine lege*" (tiada pidana tanpa undang-undang)
- (3) "*nulla poena sine crimine*" (tiada pidana tanpa kejahatan)¹⁸⁴

¹⁸⁴ Lihat **Muladi**, 2000, Opcit, hal 16

Lebih lanjut beliau mengemukakan bahwa asas ini mencakup pula ;¹⁸⁵

Asas devariatif seperti "*nullum crimen sine lege praevia*" (tiada kejahatan tanpa undang-undang sebelumnya). Asas lain yang terkait yaitu larangan menerapkan "*ex post facto criminal law*" dan kaitannya dengan pemberlakuan surut hukum pidana dan saksi pidana (*non retroactive application of criminal law and criminal sanction*).

Menurut **Barda Nawawi Arief**, berkaitan dengan perumusan asas legalitas dalam KUHP dibandingkan dengan perumusan asas legalitas di Inggris, dikemukakan sebagai berikut:

Asas legalitas ini tidak pernah secara formal dirumuskan dalam perundang-undangan. Karena bersumber pada case law, pada mulanya peradilan Inggris berhak menciptakan delik. Namun dalam perkembangannya pada tahun 1972 House of Lord menolak secara bulat adanya kekuasaan pengadilan untuk menciptakan delik-delik baru atau memperluas delik yang ada. Jadi pada dasarnya ada pergeseran dari asas legalitas dalam pengertian materiil ke asas legalitas dalam pengertian formal.¹⁸⁶

Sistem hukum di Inggris menganut *common law*, jadi memungkinkan kekuasaan pengadilan untuk menciptakan delik-delik baru, berbeda dengan sistem hukum *Eropa kontinental* yang menerapkan *asas legalitas* ini lebih kaku dibandingkan dengan sistem hukum *common law*.¹⁸⁷ Namun sesuai dengan pendapat **Barda Nawawi Arief** di atas, ternyata di Inggris sendiri telah terjadi pergeseran dari asas legalitas dalam pengertian materiil ke asas legalitas dalam pengertian formal. Selanjutnya asas legalitas ini tidak hanya terkait dengan "pembatas legislative", namun menyentuh pula

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ **Barda Nawawi Arief**, *Perbandingan Hukum Pidana*, Jakarta: PT Raja Grafindo Perkasa, 1990, halm

25-26.

¹⁸⁷ **Muladi**, *Opcit*, hal 20.

aturan tentang *judicial* yaitu larangan penggunaan analogi, sebab asas legalitas ini menurut Shaffmeister¹⁸⁸ mempunyai fungsi yaitu :

1. memperkuat kepastian hukum;
2. menciptakan keadilan dan kejujuran bagi terdakwa;
3. mengefektifkan “deterrent fuction dari sanksi pidana ;
4. mencegah penyalahgunaan kekuasaan dan memperkokoh penerapan rule of law.

Ditinjau dari aspek kebijakan hukum pidana, dengan diberlakukannya asas retroaktif yang bertentangan dengan asas legalitas oleh UU no 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, dapat dikatakan UU No 26 tahun 2000 tidak menerapkan *asas nulla poena sine lege* “ dalam arti absolut, namun mengadopsi dari peradilan-peradilan internasional yang menerapkan asas” *nullum crime sine iure*”(*tiada kejahatan tanpa hukum*). Penerapan asas retoraktif ini dilakukan secara terbatas/ selektif dalam menentukan pelanggaran HAM yang berat manakah yang akan diadili melalui pengadilan HAM ad hoc ini. Salah satu contoh kasus yaitu pelanggaran HAM yang berat di Timor-Timur masa Pasca jajak pendapat tahun 1999, dan mulai diadili pada bulan April tahun 2002 oleh pengadilan HAM ad hoc di Jakarta.

Perlu juga diketengahkan, kewenangan untuk menentukan apakah suatu kasus pelanggaran HAM yang terjadi sebelum dibentuknya UU no 26 tahun 2000, perlu atau tidak -nya diajukan ke Pengadilan HAM ad hoc, sepenuhnya tergantung dari putusan DPR. Ketentuan tersebut dapat dilihat pada Pasal 43 ayat (2) yang berbunyi sbb:

- (2) Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden.

¹⁸⁸ Ibid. halm 17.

Ketentuan di atas, memberikan kewenangan pada DPR untuk menentukan apakah suatu peristiwa patut atau tidak patut diajukan pada Pengadilan HAM ad hoc, sehingga memberikan kesan bahwa badan Legislatif turut campur di dalam kewenangan yudikatif. Seharusnya tugas ini sepenuhnya diserahkan pada Komnas HAM melalui KPP HAM yang berwenang melakukan penyelidikan.

Sesuai dengan uraian-uraian tersebut di atas, dapat dikemukakan bahwa UU No 26 tahun 2000 ini menganut *asas non retroaktif* dan secara selektif menerapkan *asas retroaktif*, khususnya untuk mengadili pelanggaran-pelanggaran HAM yang berat sebelum dibentuknya UU no 26 tahun 2000.

(3) Asas Kadaluwarsa :

Dalam UU no 26 tahun 2000, terdapat pengecualian berlakunya *asas daluwarsa* untuk melakukan penuntutan dan menjalankan hukuman., ketentuan ini diatur dalam Pasal 46 yang berbunyi sebagai berikut :

“Untuk pelanggaran hak asasi manusia yang berat sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang ini tidak berlaku ketentuan mengenai kadaluwarsa.”

Tidak adanya ketentuan mengenai kadaluwarsa ini memungkinkan semua pelanggaran HAM yang berat sebelum berlakunya UU no 26 tahun 2000 dapat diajukan penuntutan. Kebijakan ini diadopsi dari praktek peradilan kejahatan perang dunia II, yang juga masih dianut oleh Pengadilan Internasional di Yugoslavia dan di Rwanda, tujuannya adalah agar pelaku pelanggaran HAM berat tidak lepas dari tuntutan hukum..

Sesuai dengan uraian-uraian tersebut di atas. *prinsip tidak mengakui adanya "kadaluwarsa", "tidak adanya alasan penghapusan pidana berdasarkan perintah atasan" dan "pertanggungjawaban komandan atau atasan akibat delik yang dilakukan oleh bawahannya"*, merupakan prinsip-prinsip yang berbeda dengan prinsip dalam KUHP. Prinsip-prinsip tersebut diadopsi dari *Statute Rome 1998* dan *Statute Roma* itu sendiri mengadopsi dari praktek-praktek peradilan Internasional di Yugoslavia dan Rwanda.¹⁸⁹

3.3 Kebijakan Penegakan Hukum Pidana terhadap Pelanggaran HAM Berat

di Timor-Timur :

Berkaitan dengan kebijakan formatif dalam UU No 26 tahun 2000, di bawah ini dikemukakan kebijakan penegakan hukum pidana kasus pelanggaran HAM berat di Timor Timur., hasil Penyelidikan KPP HAM di Timor-Timur. Secara ringkas dikutip dari : **Ringkasan Esekutif : Laporan Penyelidikan Pelanggaran HAM di Timor Timur**¹⁹⁰

Laporan Penyelidikan Pelanggaran Hak Asasi Manusia di Timor Timur :

1. Pendahuluan :

Pada 27 Januari 1999 pemerintah Indonesia mengeluarkan dua opsi untuk penyelesaian masa depan di Timor-Timur, Opsi tersebut bersisi tentang "**menerima**" atau "**menolak**" otonomi khusus. Sebagai tindak lanjut dari kebijakan tersebut, maka pada tanggal 5 Mei 1999 di New York telah ditandatangani perjanjian antara Pemerintah Indonesia dengan Pemerintah Portugal di bawah PBB tentang penyelenggaraan "**jajak pendapat**" di Timor Timur, termasuk pengaturan pemeliharaan perdamaian dan keamanan di Timor Timur.

¹⁸⁹ Lihat GPH Haryomataram, 2000, Opcit, halm 12.

¹⁹⁰ Komnas HAM Perpustakaan dan Dokumentasi, Jakarta 31 Januari 2000.

Setelah pengumuman hasil "Jajak Pendapat", secara mutlak diperoleh suara bahwa rakyat Timor-Timur sebagian besar menolak otonomi khusus yang ditawarkan pemerintah Indonesia dan mereka menginginkan kemerdekaan. Akibat dari pengumuman tersebut, menimbulkan berbagai bentuk tindak kekerasan yang dapat diduga sebagai pelanggaran HAM yang berat. Timor), melalui Surat Keputusan No 770/TUA/IX/99 yang disempurnakan melalui SK no 797/TUA/X/99 tanggal 22 Oktober 1999, berdasarkan UU no 39 tahun 1999 tentang HAM. Mandat yang diberikan pada KPP-HAM adalah : mengumpulkan fakta, data dan informasi tentang pelanggaran HAM di Timor Timur yang terjadi sejak Januari 1999 sampai dikeluarkannya Penetapan MPR bulan Oktober 1999 yang mensahkan hasil jajak pendapat.

Penyelidikan dikhususkan pada fakta tentang kemungkinan terjadinya kejahatan genocide , penganiayaan , deportasi, kejahatan terhadap perempuan dan anak-anak serta politik bumi hangus. KPP HAM bertugas menyelidiki keterlibatan aparaturnegara dan badan-badan lain terhadap kasus-kasus tersebut.

II. Timor Timur Pasca Jajak Pendapat : Keterkaitan Aparat Pemerintah Sipil dan Militer Dengan Milisi

Kekerasan di Timor Timur mulai menguat setelah militer Indonesia memasuki wilayah tersebut sejak tahun 1995 dengan pembentukan dan penggalangan sipil bersenjata yang disebut WANRA, dan sebagian dari tenaga-tenaga tersebut diorganisir ke dalam TNI, melalui program militerisasi atau Milasas dan digaji sebagai Tentara Reguler. Milasas oleh para pejabat tinggi militer di Jakarta disebut sebagai " Anggota TNI Putra daerah" dan tugas mereka membantu operasi TNI di Timor Timur dan elit dari kelompok Pro Integrasi dijadikan sebagai pejabat Birokrasi, sebagai contoh **Joan Tavares** dijadikan Bupati Bobonaro sekaligus pemimpin satuan halilintar.

Situasi di Timor Timur setelah adanya kebijakan pemerintah Indonesia tentang tawaran dua opsi mengalami perubahan secara spesifik. Setelah adanya penawaran dua opsi tersebut dikembangkan pula satuan-satuan milisi yang digalang dari kalangan muda. Menurut laporan Pangdam Udayana Majen Adam R Damiri kepada Menko Polkam dinyatakan bahwa kelompok Pro Integrasi dimotori para pemuda mendirikan organisasi "Cinta Merah Putih". Anggota tersebut sebelumnya merupakan anggota dari Gada Paksi atau Gada Muda Penegak Integrasi yang dihimpun dan dilatih oleh Koppasus sejak tahun 1994-1995, dimana milisi ini berada di bawah pimpinan Eurico Guterres. Kelompok-kelompok milisi ini kemudian bergabung ke dalam Pasukan Pejuang Integrasi dengan Panglima Joao Taveres dan wakilnya Erico Guterres. Kelompok milisi ini menurut keterangan dari Bupati dan Gubernur Timor-Timur disebut sebagai "PAM Swakarsa" Keberadaan Milisi Pro Integrasi diakui oleh Jendral TNI Wiranto dan dituangkan dalam Rencana menghadapi Kontinjensi.

Tindak lanjut dari pengakuan "*Milisi Pro Integrasi*" adalah terjadinya penggalangan massa besar-besaran yang melibatkan aparat militer di berbagai tingkat. Tujuannya adalah mematahkan dominasi kelompok "*Pro Kemerdekaan*" dan sekaligus menggalang dominasi kelompok Pro Integrasi dalam masyarakat.

Berdasarkan fakta-fakta di lapangan, telah ditemukan adanya keterkaitan antara Pro Milisi dengan Militer, dan sebagian besar pimpinan dan personil inti milisi adalah anggota Kamra, Wanra, Milsas, Gada Paksi, Hansip dan anggota TNI -AD, mereka dilatih dan dipersenjatai dengan jenis SKS, M 16, Mauser, G 3, granat dan pistol. Berdasarkan kesaksian yang diperoleh oleh KPP-HAM, dropping senjata dilakukan dari tangan komandan satgas Tribuana dan Kodim Sui kepada kelompok milisi, dan hubungan lain terungkap dari adanya operasi dan patroli-patroli yang mereka lakukan secara bersama. Dukungan aparat TNI-AD terhadap operasi-operasi yang dilakukan, telah berakibat tidak berfungsinya institusi kepolisian untuk melakukan tindakan hukum dalam kasus-kasus kekerasan.

Berdasarkan data tersebut, KPP-HAM menyimpulkan adanya hubungan dan keterkaitan kuat antara aparat TNI, Polri serta birokrasi sipil dengan milisi, dan kekerasan di Timor Timur mulai Pasca pengumuman pemberian Opsi hingga pasca pengumuman jajak pendapat bukan diakibatkan oleh suatu perang saudara melainkan hasil dari suatu tindak kekerasan yang sistematis.

III Pola Pelanggaran Hak Asasi Manusia: Kejahatan terhadap Kemanusiaan

Berdasarkan pada fakta di lapangan, KPP-HAM berkeyakinan bahwa telah terjadi pelanggaran HAM berat (gross violation of human rights), yang menjadi tanggungjawab negara, dan pelanggaran HAM berat ini merupakan kejahatan yang digolongkan dalam *Universal jurisdiction*.

Pola umum tindak kekerasan tersebut menunjukkan suatu proses kerja sistematis yang lahir dari suatu perencanaan, yang dimulai dari tahap-tahap sebagai berikut :

1.tahap setelah pengumuman Opsi :

- ◆ pembentukan pengaktifan kembali kelompok-kelompok sipil bersenjata yang dimobilisasi atas nama kelompok Pro integrasi dan keamanan. Kelompok-kelompok tersebut berada di bawah koordinasi langsung Pihak TNI
- ◆ mobilisasi kekuatan milisi untuk mendukung kekuatan Pro Integrasi dilakukan dengan menerapkan politik terror. Tindakan-tindakan tersebut dilakukan oleh

aparatus militer, Polri, birokrasi sipil dan milisi, berupa pembunuhan, penghilangan dan deportasi;

- ◆ tindakan mobilisasi kekuatan milisi tersebut seiring dengan adanya berbagai kebijakan pimpinan TNI dan Menko Polkam yang sangat berkepentingan terhadap penciptaan kondisi, bagi kemenangan pro otonomi daerah khusus, seperti Satgas tribunana dan Satgas P40KTT.

2. Tahap setelah Perjanjian New York :

Kekerasan yang melibatkan aparat TNI dan Polri menurun drastis pada bulan Mei 1999, seiring dengan tercapainya Perjanjian New York 5 Mei 1999. Upaya memberikan kesan netral dalam upaya mensukseskan program Jajak Pendapat dilakukan dengan kantonisasi dan pembentukan Satgas P3 TT. akan tetapi kebijakan Jakarta justru mempersiapkan kerangka kerja kekalahan Opsi I berupa penarikan mundur dan pengungsian yang beralasan amarah rakyat atau kecurangan Unamet, serta kekerasan oleh Pro Kemerdekaan.

3. tahap Pasca Jajak Pendapat :

- ◆ Berbagai kekerasan meningkat secara drastis hampir di seluruh wilayah Timor Timur. Kekerasan ini berupa pembunuhan, penculikan, perkosaan, pengrusakan, penjarahan harta benda dan tempat tinggal, pembakaran dan penghancuran instalasi militer, perkantoran dan perumahan penduduk dan berujung pada pengungsian secara paksa. Aparat TNI dan Polri dan milisi menjadi inti dari operasi kekerasan yang meliputi penciptaan kondisi, pemilihan tindakan, penentuan waktu dan sasaran proyek pengungsian. Hal ini bertujuan untuk menyakinkan masyarakat internasional bahwa hasil jajak pendapat patut diragukan dan masyarakat timor timur lebih memilih rasa aman di wilayah NTT.
- ◆ Berkembang tindak kekerasan dan intimidasi yang ditujukan terhadap para wartawan dan petugas badan-badan internasional.
- ◆ Tahap akhir dari operasi kekerasan adalah tetap bekerjanya milisi dan aparat TNI dalam menjaga konsentrasi jumlah pengungsi di wilayah NTT, konfigurasi penyebaran pengungsi itu menunjukkan efektifnya kontrol Milisi dan unsur TNI atas masyarakat pengungsi sampai akhir bulan Oktober 1999.

IV Prioritas Kasus :

KPP-HAM memusatkan pada kasus-kasus yang terjadi sejak Januari 1999 sampai oktober 1999, kasus-kasus tersebut meliputi :

- ◆ Pembunuhan di kompleks gereja Lique tanggal 6 April 1999
- ◆ Penculikan enam orang warga Kailako, Bobonaro tanggal 12 April 1999
- ◆ Pembunuhan penduduk sipil di Bobonaro, tanggal 17 April 1999
- ◆ Penyerangan Diosis Dili, tanggal 5 September 1999
- ◆ Penyerangan Rumah Uskup Bello tanggal 6 September 1999
- ◆ Pembakaran rumah penduduk di Maliana, tanggal 4 September 1999
- ◆ Penyerangan kompleks Gereja Suai, tanggal 6 september 1999
- ◆ Pembunuhan di Polres Maliana tanggal 8 September 1999
- ◆ Pembunuhan wartawan Belanda Sander Thoenes, tanggal 21 September 1999
- ◆ Pembunuhan rombongan rohaniawan dan wartawan di Lospalos 25 september 1999
- ◆ Perbudakan seksual di tempat pengungsian Rahaenek Kec. Bellu NTT, tanggal 6 juni 1999
- ◆ Penangkapan sewenang-wenang dan pelecehan seksual terhadap 23 perempuan oleh Milisi BMP di Pos Gugleur Kec Ligua;
- ◆ Percobaan perkosaan di Kodim Kovalina oleh Milisi Laksaur, tanggal 6 september 1999.

VI Kesimpulan :

- ◆ KPP HAM berkesimpulan bahwa di Timor timur tidak terjadi kejahatan genocide;
- ◆ Fakta dan bukti-bukti di lapangan menunjukkan aparat sipil dan militer termasuk kepolisian bekerjasama dengan milisi telah menciptakan situasi dan kondisi yang mendukung terjadinya kejahatan terhadap kemanusiaan, yang dilakukan oleh aparat kepolisian, aparat militer dan kelompok milisi.
- ◆ Kekuatan kelompok milisi dengan nama yang berbeda-beda dalam setiap lokasi secara langsung atau tidak langsung langsung dibangun atas landasan pembentukan kelompok perlawanan (Wanra), Keamanan Rakyat (Kamra) dan Pasukan Pengamanan Swakarsa (PamSwakaras) yang secara langsung dan tidak langsung dipersenjatai, dilatih dan didanai oleh aparat sipil, militer dan kepolisian.
- ◆ Bentuk Kejahatan terhadap kemanusiaan meliputi : (a) pembunuhan massal (b) penyiksaan dan penganiayaan (c) penghilangan secara paksa (d) perbudakan seksual dan perkosaan (e) pembumihangusan (f) pengrusakan dan penghilangan barang bukti.
- ◆ Seluruh rangkaian kejahatan teradap kemanusiaan merupakan tanggung jawab tiga kelompok yaitu : (a) pelaku yang secara langsung berada di lapangan yakni milisi, aparat militer dan kepolisian; (b) mereka yang melaksanakan pengendalian operasi termasuk tetapi tidak terbatas pada aparat birokrasi sipil terutama Bupati,

Gubernur dan pimpinan militer serta kepolisian lokal; (c) pemegang tanggungjawab kebijakan keamanan lokal termasuk, tetapi tidak terbatas pada para pejabat tinggi militer baik secara aktif maupun pasif telah terlibat dalam kejahatan tersebut.

- ◆ Secara rinci bukti-bukti tersebut menunjukkan bahwa para pejabat pada institutusi sipil dan militer serta kepolisian yang diduga terlibat, namun tidak terbatas pada nama-nama berikut :

Gubernur KDH Dati I TimTim	: Abillo Soares
Bupati KDH Dati II Dilli	: Dominggos Soares
Bupati KDH Dati II Covolima	: Kolonel Herman Sediono
Bupati KDH Dati II Liqua	: Leoneto Martins
Bupati KDH Dati II Bobonaro	: Guilherme Dos Santos
Bupati KDH Dati II Lospalos	: Edmundo Conceicaro E Silvia
Komandan Korem 164 Wira Dharma Dili	: Brigjen FX Tono Suratman
Komandan Korem 164 Wira Dharma Dili	: Kol. M Nur Muis
Kapolda Timor Timur	: Brigjen Pol Timbul Silaen
Danramil Suai (Covalima)	: Lettu Sugito
Kasi Intel Kodim Bobonaro (Maliana)	: Lettu Sutrisno
Dandim Bobonaro	: Letkol Burhanuddin Siagian
Dandim Lospalos	: Lekol Sudradjat
Komd. Batalyon 744 Dilli	: Mayor Inf Yakraman Yagus
Komd. Batalyon 745 Los Palos	: Mayor Inf. Jacob Sarosa
Anggota Batalyon 744 Dilli	: Pratu Luis
Komd. Kompi B Batalyon 744	: Kapten Tatang;
Perwira Kopassus BKO Korem Dilli	: Letkol Yayat Sudrajat
Staff Kodim Liquisa	: Lettu Jacob dan Serda
Pangdam IX Udayana	: Mayjen TNI Adam Damiri
Penasehat Keamanan Satgas P3TT	: Mayjen Zacky Makarim
Komandan Milisi Atarak	: Eurico Gustarres
Komandan Milisi Lakaur	: Olivio Moruk
Komandan Kompi Laksaur	: Martinus;
Anggota Milisi Lakaur	: Manek
Komandan Milisi Tim Alfa	: Joni Marquez
Anggota Milisi tim Alfa Costa	: Jaoa da Costa, Manuel da Costa, Amilio da
Komd. Milisi BMP	: Manuel Sousa
Komandan Milisi Halilintar	: Joao Tavares.

- ◆ Keseluruhan kejahatan terhadap kemanusiaan di timor timur secara langsung atau tidak langsung terjadi karena kegagalan TNI dalam menjamin keamanan dari pelaksanaan pengumuman dua opsi oleh pemerintah. Struktur kepolisian yang pada waktu itu masih di bawah komando Menhankam telah turut memperlemah kemampuan aparat kepolisian dalam melaksanakan tugas pengamanan berdasarkan pada Perjanjian New York. Untuk itu Jendral Wiranto selaku panglima TNI adalah pihak yang harus bertanggungjawab.
- ◆ Sebagai tindak langsung hasil penyelidikan tersebut KPP HAM meminta pada Kejaksaan Agung untuk melakukan penyidikan pelaku yang diduga terlibat dalam pelanggaran berat hak asasi manusia terutama tidak terbatas pada nama-nama tersebut dalam kesimpulan.

Jakarta 31 Januari 2000

Komisi Penyelidik Pelanggaran Hak Asasi Manusia Di Timor Timur

Dr. Albert Hasibuan, SH
Ketua

Dr. Todung Mulya Lubis, SH LLM
Wakil Ketua

Anggota :

1. Asmara Nasaban, SH
2. Dr. Ir. HS Dillon.
3. Drs. Koespramono Irsan, SH.MM, MBA
4. Nursyahbani Kantjasungkana, SH.
5. Dra. Zoemrotin KS
6. Munir, SH

Analisis Kasus :

Berdasarkan pada hasil penyelidikan KPP-HAM tersebut di muka, KPP HAM berpendapat bahwa kekerasan di Timor Timur mulai **pengumuman jajak pendapat sampai pasca jajak pendapat**, bukan merupakan akibat dari perang saudara (*civil war*) atau konflik bersenjata non internasional, melainkan suatu tindak kekerasan sistematis. Penegasan KPP-HAM tersebut ditindaklanjuti bahwa di Timor Timur masa *pasca jajak pendapat* terdapat pelanggaran HAM berat berupa kejahatan terhadap

kemanusiaan. Pelanggaran-pelanggaran yang terjadi di Timor Timur pasca jajak pendapat dapat digolongkan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan. Tindakan penyerangan terhadap penduduk sipil yang dilakukan oleh Milisi Pro Integrasi dan didukung oleh Pihak Militer, serta pejabat sipil, merupakan kelanjutan dari kebijakan penguasa dan dilakukan secara sistematis. Perbuatan tersebut memenuhi unsur-unsur delik kejahatan terhadap kemanusiaan yang diatur dalam Pasal 9 UU no 26 tahun 2000. Pelanggaran HAM yang berat di Timor Timur pasca jajak pendapat tidak dapat dikualifikasikan sebagai kejahatan genocide. Tindakan-tindakan kekerasan berupa pembunuhan massal, yang dilakukan terhadap penduduk sipil ini, tidak dimaksudkan untuk memusnahkan sebagian atau seluruh kelompok bangsa, ras, etnis dan agama di Timor Timur.

Ditinjau dari segi hukum humaniter internasional, situasi kekerasan bersenjata di Timor Timur *masa jajak pendapat* sampai *pasca jajak pendapat*, dapat digolongkan sebagai situasi konflik bersenjata non internasional, yaitu konflik bersenjata *antara Milisi Pro Integrasi* yang didukung Militer (TNI-AD) melawan *Milisi Pro Kemerdekaan* (rakyat Timor Timur). Dalam situasi tersebut hukum sengketa bersenjata non internasional, telah berlaku, sebagaimana ditegaskan dalam *Commentary Protokol Tambahan II-1977* bahwa konflik bersenjata non internasional merupakan konflik bersenjata antara pihak pemerintah *de jure* melawan pemberontak dan meliputi pula pertikaian-pertikaian antara faksi-faksi bersenjata dalam suatu wilayah negara.. Di samping itu penggunaan "Milisi dan Wanra" menunjukkan adanya *status kombatan* yang berbeda dengan *penduduk sipil*. *Milisi* merupakan

gerakan yang terorganisir, yang dipimpin oleh seorang komandan yang bertanggungjawab terhadap anak buahnya dan membawa senjata secara terbuka. Mereka mempunyai hak untuk melakukan penyerangan dan dijadikan sasaran serangan, karena berstatus sebagai kombatan

Mengingat fakta yang dikemukakan oleh KPP HAM bahwa dalam pasca jajak pendapat tersebut telah terjadi penyerangan penduduk sipil yang dilakukan oleh Milisi Pro Integrasi dengan dukungan dari militer (TNI-AD), dan tindakan ini juga memperoleh reaksi dari Milisi Pro Kemerdekaan. Kondisi ini menunjukkan bahwa situasi di Timor Timur tidak dapat dikatakan sebagai situasi di luar konflik bersenjata (damai). Disamping itu adanya reaksi keras dari Dewan Keamanan PBB untuk membentuk Pasukan perdamaian PBB di wilayah Timor Timur, yang dipimpin oleh Australia. Kondisi tersebut merupakan indikasi adanya konflik bersenjata non internasional di Timor Timur pasca jajak pendapat tahun 1999.

Berdasarkan pada fakta tersebut, penulis berpendapat situasi atau peristiwa pelanggaran HAM pada pasca jajak pendapat dapat digolongkan sebagai pelanggaran HAM berat yang terjadi pada masa konflik bersenjata non internasional, berupa kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan pada masa konflik bersenjata.

Dikaitkan dengan UU no 26 tahun 2000 yang tidak memasukan kejahatan perang sebagai pelanggaran HAM berat, maka persoalan penyelesaian kasus di Timor Timur melalui peradilan HAM ad hoc yang digelar pada bulan April 2002 ini terdapat kekosongan hukum. Hal tersebut didasarkan pemikiran, dalam Pasal 143

ayat (2) sub b. Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) dinyatakan bahwa Penuntut umum dalam membuat surat dakwaan harus berisi : “a.....

. “b. uraian secara cermat, jelas dan lengkap mengenai tindak pidana yang didakwakan dengan menyebutkan waktu dan tempat tidak pidana dilakukan (*kursif penulis*).

Sesuai dengan syarat pembuatan surat dakwaan tersebut, dakwaan yang diajukan harus menyebutkan waktu dan tempat. **Unsur waktu** dalam peristiwa pelanggaran HAM di Timor Timur yaitu *pasca jajak pendapat*, dalam arti pada waktu pasca jajak pendapat tersebut terdapat pelanggaran HAM akibat konflik bersenjata antara pro integrasi dengan dukungan militer dan mendapat perlawanan dari milisi pro kemerdekaan, yang menimbulkan korban di kalangan penduduk sipil.

Berdasarkan fakta tersebut, dapat dikatakan bahwa pelanggaran HAM pada pasca jajak pendapat merupakan pelanggaran HAM yang terjadi selama konflik bersenjata non internasional, sehingga dapat dikatakan adanya kejahatan perang. Mengingat Konvensi Jenewa 1949 telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia dengan UU No 59 tahun 1958, seharusnya pelanggaran HAM yang didakwakan pada para pelaku tidak cukup hanya kejahatan terhadap kemanusiaan saja, sebagaimana diatur dalam UU no 26 tahun 2000, melainkan juga terjadinya pelanggaran Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949 yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang..

Situasi pelanggaran HAM berat di Timor Timur sangatlah berbeda dengan pelanggaran Ham berat di Tanjung Priok dan penyerangan Mahasiswa Trisakti, kedua peristiwa tersebut tidak dapat disamakan dengan situasi konflik bersenjata.

Secara yuridis di dalam UU No 26 tahun 2000 sendiri tidak diatur kejahatan perang, akibatnya pelanggaran Ham berat pasca jajak pendapat di Timor Timur dikualifikasikan sebagai situasi di luar konflik bersenjata non internasional. Tindakan ini untuk memudahkan penuntutan pelaku pelanggaran HAM berat di Timor Timur.

Terlepas dari persoalan di atas, mengingat peradilan koneksitas oleh PN Banda Aceh di bawah Ketua Majelis Hakim Ruslan Dahlan, telah mengadili 25 orang terdakwa dari Angkatan Darat, dalam kasus pembunuhan **Tengku Batqiyah** dan 56 orang pengikutnya di Beutong Ateuh- Aceh Barat tanggal 23-Juli 1999.¹⁹¹

Dalam putusan pengadilan koneksitas tersebut para terdakwa dinyatakan bersalah, karena terbukti melanggar Pasal 338 Jo Pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHP yakni secara sah dan menyakinkan melakukan tindak pidana pembunuhan secara bersama-sama, terdakwa tersebut rata-rata dipidana antara 8 tahun sampai 10 tahun.¹⁹²

Peradilan Koneksitas tersebut tidak sesuai dengan sifat pelanggaran HAM berat yang harusnya diadili melalui Pengadilan HAM ad hoc. Peradilan koneksitas oleh PN Aceh tersebut terbatas hanya mengadili para pelaku di lapangan saja, sedangkan atasan atau perwira yang bertanggungjawab atas tindakan anak buahnya, tidak dipertanggungjawabkan secara pidana. Berkaitan dengan pemeriksaan pengadilan tersebut, apakah dalam kasus ini atasan dari terpidana dan terpidana sendiri dapat diadili kembali dengan mengesampingkan berlakunya *asas non bis in idem*, meskipun dalam UU no 26 tahun 2000 tersebut tidak terdapat ketentuan yang memperbolehkan dilakukan pengecualian berlakunya *asas non bis in idem*.

¹⁹¹ Lihat Harian Suara Merdeka, 19 Mei 1999, Hal IV.

¹⁹² Ibid.

Dikaitkan dengan International Criminal Tribunal the former Yugoslavia dan International Criminal Tribunal the Rwanda, yang sama-sama statusnya sebagai Pengadilan HAM ad hoc. Ternyata kedua Pengadilan HAM Ad Hoc tersebut di dalam anggaran dasarnya (Statute) terdapat ketentuan yang boleh mengesampingkan berlakunya asas non bis in idem, apabila kejahatan yang berada di bawah yurisdiksi Internasional Tribunal tersebut telah diadili sebagai delik *ordinary crimes*.¹⁹³ Pengecualian prinsip *ne bis in idem ini* dianut juga oleh International Criminal Court, namun dalam penerapan yang berbeda. Pengecualian *prinsip ne bis in idem* hanya akan digunakan oleh *International Criminal Court* apabila :

1. Negara yang bersangkutan tidak mempunyai kemampuan untuk mengadili pelanggaran HAM berat ;
2. Pengadilan nasional di negara yang bersangkutan tidak dapat melakukan proses peradilan secara jujur dan fair.

Didasarkan pada praktek International Tribunal ad hoc di Rwanda dan Yugoslavia yang mengesampingkan berlakunya asas ne bi in idem, apabila pelanggaran Ham diadili sebagai *ordinary crimes*, maka selayaknya dapat dilakukan pemeriksaan kembali kasus pembunuhan tengku Bataqiah dan 56 orang pengikutnya dengan mengesampingkan berlakunya *asas non bis in idem*. Di samping itu didasarkan pemikiran bahwa dalam peradilan koneksitas oleh PN Aceh, hanya sebatas mengadili pelaku-pelaku di lapang, sedangkan atasan atau komandan yang seharusnya dapat dipertanggungjawabkan akibat tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya, belum terjangkau peradilan koneksitas oleh PN Aceh.

¹⁹³ Lihat Pasal 10 *Statute ICTY 1993* dan Pasal 9 *Statute ICTR 1994 tentang Non Bis in idem*.

3.4. Kebijakan Hukum Pidana tentang Pelanggaran-pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM beberapa KUHP Asing dibandingkan dengan Delik-delik dalam UU No 26 Tahun 2000

Pada sub bab ini, akan diuraikan kebijakan Hukum Pidana dalam KUHP Yugoslavia dan KUHP Republik Demokrasi Jerman. Ke dua negara tersebut telah mengkriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM ke dalam Hukum pidana nasionalnya. Pembahasan ini tidak dimaksudkan untuk menbandingkan dengan delik –delik KUHP, namun akan dibandingkan dengan delik dalam UU no 26 tahun 2000. Pelanggaran –pelanggaran berat dan pelanggaran Ham belum diatur dalam KUHP atau *Wetboek van Strafrecht (WvS)*.

Dipilihnya KUHP Republik Demokrasi Jerman, dan KUHP Yugoslavia ini, didasarkan pemikiran bahwa negara Jerman secara historis merupakan tempat pertamakalinya dibentuknya *Mahkamah Internasional Militer ad hoc oleh negara-negara sekutu* untuk mengadili pelaku-pelaku kejahatan perang Jerman setelah perang dunia II. Adapun negara *Yugoslavia* merupakan negara bekas jajahan Jerman, yang juga dianggap melakukan kejahatan perang *pasca perang dingin*. Dewan Keamanan PBB telah membentuk International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, di Den Haag untuk mengadili pelaku-pelaku kejahatan perang di Yugoslavia. Kegunaan dan manfaat perbandingan hukum menurut Sudarto¹⁹⁴ sebagai berikut :

Dalam mempelajari perbandingan hukum ada kecenderungan untuk menjurus mempelajari sistem hukum asing. Ada dua manfaat mempelajari sistem hukum asing itu :

¹⁹⁴ Lihat Barda Nawawi Arief, 1990, *Opcit* halm 17

1. Yang bersifat umum :

- a. memberikan kepuasan bagi orang yang berhasrat ingin tahu yang bersifat ilmiah;
- b. memperdalam pengertian tentang pranata masyarakat dan kebudayaan sendiri;
- c. membawa sikap kritis terhadap sistem hukum sendiri.

2. Yang bersifat khusus:

- sehubungan dengan dianutnya asas nasional aktif dalam KUHP kita, yaitu Pasal 5 ayat 1 ke-2, bahwa “ aturan pidana dalam perundang-undangan Indonesia berlaku bagi warga negara yang di luar Indonesia melakukan salah satu perbuatan yang oleh aturan pidana dalam perundang-undangan Indonesia dipandang sebagai kejahatan sedangkan menurut perundang-undangan negara di mana perbuatan dilakukan diancam pidana.”

Sesuai dengan pendapat **Sudarto** di atas, bahwa secara khusus manfaat mempelajari perbandingan hukum pidana berkaitan dengan penerapan *asas nasional aktif*, maka dapat ditambahkan bahwa manfaat perbandingan hukum pidana ini, berkaitan dengan berlakunya asas *double criminality* dalam ekstradisi. Khususnya untuk menentukan apakah suatu perbuatan atau tindak pidana yang dilakukan oleh warganegara Indonesia ataupun warganegara asing di Indonesia (asas territorial), yang kemudian melarikan diri ke luar wilayah Indonesia, dapat dijadikan dasar permintaan ekstradisi pada negara tempat pelaku berada/ melarikan diri.. Selanjutnya **Rene David dan Brierly**,¹⁹⁵ mengemukakan pandangannya mengenai manfaat perbandingan hukum, sebagai berikut :

1. Berguna dalam penelitian hukum yang bersifat historis dan filosofis;
2. Penting untuk memahami lebih baik dan untuk mengembangkan hukum nasional kita sendiri;
3. Membantu mengembangkan pemahaman terhadap bangsa-bangsa lain dan oleh karena itu memberikan sumbangan untuk menciptakan hubungan/ suasana yang baik bagi perkembangan hubungan-hubungan internasional.

¹⁹⁵ **Ibid.** halm 18.

Sesuai dengan pandangan-pandangan di atas, mengenai manfaat dan kegunaan perbandingan hukum, maka di bawah ini dibahas ketentuan tentang Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam KUHP Republik Demokrasi Jerman dan KUHP Yugoslavia, sebagai berikut :

1. **KUHP Republik Demokrasi Jerman** :¹⁹⁶

Pelanggaran berat dan pelanggaran Ham diatur dalam Chapter I tentang "*Crimes against the Sovereignty of the German Democratic Republic, Peace, Humanity and Human Rights*. Deli-delik tersebut diatur dalam Article 85 sampai dengan Article 134 KUHP Republik Demokrasi Jerman.

(a) **Kejahatan terhadap perdamaian** (*crimes against peace*) dirumuskan dalam Article 85 sampai Article 90 yaitu sebagai berikut :

a. Article 85: *Planning and waging of Aggressive War* (perencanaan dan melaksanakan perang aggressi), yang perumusannya sebagai berikut :

A person collaborates, in a responsible state, political, military or economic function in the threatening, plotting, preparation or waging of a war of aggression is liable to prison not below ten years, life imprisonment or the death penalty.

(seseorang, dalam jabatan sebagai pejabat negara, politikus, militer atau fungsi ekonomi, yang melakukan kerjasama, mengancam, merencanakan, atau melakukan perang agresi dapat dipidana penjara paling sedikit sepuluh tahun, pidana seumur hidup atau pidana mati.)

b. Article 86 *Preparation and Carrying out of aggressive acts* (Persiapan dan turut serta pada perang agresi), yang dirumuskan sbb :

(1) A person who undertakes to carry out an aggressive acts against the territorial integrity or political independence of German Democratic Republic or any other state, or to participate in such act or support scheme

¹⁹⁶ Heinrich Toeplitz, The New Penal Code of the German Democratic Republic, 12 Januari 1968

for the perpetration of aggressive acts is liable to imprisonment of not less than three years.

(Barangsiapa turut serta melakukan agresi terhadap integritas teritorial atau kebebasan politik Republik Demokrasi Jerman, atau negara lain, atau turutserta dalam perbuatan tersebut atau membantu untuk melakukan tindakan agresi dapat dipidana penjara paling sedikit tiga tahun.)

(2) *In particular serious case imprisonment for life or the death penalty may be imposed.*

(Dalam kasus yang serius dipidana penjara seumur hidup atau dapat dijatuhi pidana mati)

c. *Article 87 Enlistment for Imperialist Military Service* (memasuki dinas militer imperialisme), yang dirumuskan sebagai berikut :

(1) *A person who enlists or help to enlists by means of introduction or transport citizens of the German Democratic Republic for participation warlike action, which serve to suppress another nation or for this purpose with a view to their joining military formations, is liable to imprisonment for two to ten years*

(Barangsiapa mendaftar atau menjadi perantara untuk mendaftarkan atau mengangkut warganegara Republik Demokrasi Jerman, untuk turut serta dalam berperang, membantu melakukan penindasan bangsa lain, atau untuk tujuan tersebut, bergabung membentuk militer, dapat dipidana penjara paling sedikit sepuluh tahun)

(2) *A person who commits this crime in a planned way or at the order of organizations, institutions, groups or individuals that are engaged in a struggle against the German Democratic Republic or other peace loving countries, is liable to imprisonment for not less than five years and in especially serious case to life imprisonment.*

(Barangsiapa melakukan kejahatan ini, merencanakan atau memerintahkan organisasi, institusi, kelompok-kelompok, atau individu melawan Republik Demokrasi Jerman, atau negara cinta damai lainnya, dapat dipidana penjara paling sedikit lima tahun dan khusus kasus serius dapat dijatuhi pidana seumur hidup).

(3) *Preparatory acts and attempts are punishable.*

(Merencanakan dan percobaan melakukan kejahatan tersebut dapat dipidana)

d. Article 88 *Complicity in acts of oppression* (turut serta melakukan penindasan), yang dirumuskan sebagai berikut :

(1) *A citizens of the German Democratic Republic who participation in war-like activities for the oppression of a people is liable to imprisonment from one year to eight years.*

(Seseorang warganegara Republik Demokrasi Jerman yang turut serta dalam perang untuk menindas suatu bangsa dapat dipidana penjara antara satu sampai delapan tahun)

(2) *this penalty may be reduced according to the principles extra ordinary mitigation or no prosecution may be initiated at all if the share of responsibility of the offender has been only a minor nature under consideration of all circumstance.*

(Pidana ini dapat dikurangi sesuai dengan prinsip peringanan yang diperluas atau mungkin diprakarsai tidak dilakukan penuntutan, jika berdasarkan pertimbangan dari semua keadaan, pelaku hanya mempunyai kemungkinan kecil untuk dipertanggungjawabkan)

e. Article 89 *Incitement and to propaganda for war* (penghasutan dan *propaganda Perang*), yang dirumuskan sebagai berikut :

(1) *A person who makes propaganda for a war of aggression, another aggressive act of the use of nuclear weapons or other means of mass extermination for aggressive purposes or calls for the violation of international agreements which serve the preservation and consolidation of peace or, in this context, incites towards the persecuted them or causes them to be persecuted, is liable for imprisonment of from two to eight years.*

(Barangsiapa membuat propaganda perang agresi atau melakukan tindakan agresi lain dari penggunakn senjata nuklir atau dalam arti lain melakukan pembunuhan massal untuk tujuan agresi, atau sebagai pelanggaran perjanjian internasional yang berkaitan dengan pemeliharaan perdamaian, atau dalam arti ini menghasut melakukan penganiayaan terhadap mereka atau menyebabkan mereka teraniaya, dapat dipidana penjara selama dua sampai delapan tahun)

- (2) *A person who commits this crime in a planned way of forms of its perpetration an organizations or group or combines his crime with an attack on the life or health of supporter of the peace movement is liable of not less than three years*

(Barangsiapa melakukan kejahatan dengan jalan merencanakan, mempersiapkan sebuah organisasi atau kelompok atau gabungan kejahatannya, dengan menyerang kehidupan atau kesehatan dari gerakan pendukung perdamaian dapat dipidana penjara paling sedikit tiga tahun.)

- (3) *Preparatory acts and attempts are punishable*

(Pelaku dan percobaan melakukan tindakan tersebut dapat dipidana)

f. Article 90 *Persecution, Contrary to International law of citizen of the German democratic Republic* (penganiayaan, bertentangan dengan hukum Internasional warganegara Republik Demokrasi Jerman), yang dirumuskan sebagai berikut :

- (1) *A person who, in contradiction to international law, makes a major or particularly activity contribution towards persecuting citizens of the German Democratic Republic by proceeding from the West German Federal Republic's presumption of sole representation and extension of West German jurisdiction, on account of their availing themselves of their constitutional civil right or to ward calling for. ordering or causing their persecution, is liable to imprisonment of up to five years, unless other laws make him subject to a more severe penalty.*

(Barangsiapa bertentangan dengan hukum internasional, menyumbangkan seluruh atau sebagian aktifitas, menimbulkan penganiayaan terhadap warganegara Republik Demokrasi Jerman, dengan menganggap Negara Federal Jerman Barat sebagai perwakilan tunggal dan memperluas yurisdiksi Jerman Barat, dengan menyusun laporan mereka pada konstitusi hak sipil mereka atau terhadap kehendak mereka, memerintakan atau menyebabkan penganiayaan, dapat dipidana penjara sampai lima tahun, kecuali undang-undang lain mengancam pidana yang lebih berat).

- (2) *Persons who bear the main responsibility for the violations of international-Law; listed under par. (1) or commit offences which are particularly reprehensible or engender especially serious consequences, are liable to imprisonment of from one year to ten years.*

(Barangsiapa sebagai penanggungjawab utama kejahatan hukum internasional seperti tercantum dalam Par (1) atau melakukan sebagian pelanggaran yang patut dicela, atau khususnya menimbulkan akibat serius, dapat dipidana penjara satu sampai sepuluh tahun).

Adanya delik-delik perang agresi tersebut menunjukkan Pemerintah Republik Demokrasi Jerman telah mengimplementasikan kejahatan terhadap perdamaian sebagai kejahatan internasional ke dalam hukum pidana nasionalnya. Perang agresi atau pelanggaran-pelanggaran traktat internasional adalah kejahatan internasional, sebagaimana dinyatakan dalam article 6 (a) London Agreement 1945 yang berbunyi sebagai berikut :

Crime against Peace :namely, planning, preparation, initiation or waging of a war Of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or Assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

Berkaitan dengan hal tersebut, dalam *United Nation Juridical Yearbook 1964*, istilah "aggressi" diartikan sebagai kekerasan yang mencakup bentuk tekanan atau paksaan politik, ekonomis atau lainnya atau paksaan-paksaan kekuatan irreguler.¹⁹⁷ Selanjutnya kapankah suatu negara dikatakan melakukan agresi, berdasarkan pada Pasal 39 Piagam PBB, kewenangan ini sepenuhnya terletak pada Dewan Keamanan PBB, dalam menentukan ada atau tidaknya perang agresi.

Kewenangan Dewan Keamanan PBB untuk menentukan ada atau tidaknya suatu negara sebagai negara aggressor, hal ini didasarkan peranan Dewan Keamanan PBB dalam memelihara perdamaian dan keamanan internasional, sehingga suatu tindakan penyerangan terhadap negara lain, apabila oleh Dewan Keamanan PBB dianggap

¹⁹⁷ Lihat JG Starke, *An introduction to International Law II*, (Disadur oleh Sumitro LS Danuredjo dkk), edisi ke sembilan, Aksara Persada, Jakarta 1984, hal 239.

merupakan ancaman perdamaian internasional, maka negara tersebut akan dikatakan sebagai *aggressor*. Adapun isi Pasal 39 Piagam PBB adalah sebagai berikut :

Dewan keamanan akan menentukan adanya suatu ancaman terhadap perdamaian, gangguan terhadap perdamaian, atau tindakan agresi dan akan memajukan anjuran-anjuran atau memutuskan tindakan apa akan diambil sesuai dengan Pasal 41 dan 42, untuk memelihara atau memulihkan perdamaian dan keamanan internasional.

Berdasarkan uraian-uraian tersebut di atas, delik-delik dalam Article 85-90 KUHP Republik Demokrasi Jerman tentang perang agresi. Dapat diterapkan, apabila lebih dahulu adanya penetapan *negara agresor* Dewan Keamanan PBB. Delik-delik perang agresi dalam KUHP Republik Demokrasi Jerman di atas, merupakan ketentuan hukum pidana nasional yang dijadikan dasar penuntutan terhadap kejahatan internasional.

Pengaturan tentang perang agresi, sebagaimana tersebut dalam article 85-90 KUHP Republik Demokrasi Jerman, tidak diatur dalam delik-delik KUHP dan UU no 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Selanjutnya dibandingkan dengan Statute Rome 1998 dalam article 5 (2) dikatakan sebagai berikut :

Mahkamah melaksanakan yurisdiksi atas kejahatan agresi setelah suatu ketentuan disahkan sesuai dengan pasal 121 dan pasal 123 yang mendefinisikan kejahatan dan menetapkan kondisi-kondisi di mana Mahkamah menjalankan Yurisdiksi berkenaan dengan kejahatan ini. Ketentuan semacam itu haruslah sesuai dengan ketentuan-ketentuan terkait dari Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa.

Berdasarkan Article 5 (2) Statute Rome 1998 tersebut, kewenangan Mahkamah Pidana Internasional untuk mengadili kejahatan agresi, menunggu adanya definisi kejahatan agresi. Padahal definisi kejahatan agresi ini belum ada, sehingga dapat dikatakan bahwa pelaku kejahatan agresi belum dapat diajukan ke Mahkamah Pidana Internasional.

Kejahatan terhadap Kemanusiaan :

Article 90 Crimes against Humanity :

(1) A person who undertakes to persecute, expel, wholly or partially destroy national ethnic, radical or religious groups or commit other inhuman acts against such groups is liable to imprisonment of not less than five years.

(Barangsiapa melakukan penyiksaan, menghilangkan, memusnahkan seluruh atau sebagian bangsa, ras, atau kelompok agama, atau melakukan tindakan tidak ber-perikemanusiaan lainnya terhadap suatu kelompok-kelompok, dapat dipidana penjara paling rendah lima tahun)

(2) A Person who, thereby intention ally causes particularly serious consequences Is liable to life imprisonment or the death penalty.

(Barangsiapa dengan maksud utama menimbulkan segala akibat serius, dapat dipidana penjara seumur hidup atau pidana mati).

Dibandingkan dengan Pasal 9 UU no 26 tahun 2000 tentang Kejahatan terhadap kemanusiaan, terdapat perbedaan dengan perumusan delik Article 91 KUHP di atas. Perbedaan ini terletak pada adanya unsur esensial dalam delik Pasal 9 UU no 26 tahun 2000 yang dirumuskan : *“perbuatan-perbuatan yang dilakukannya sebagai bagian dari serangan yang meluas dan ditujukan pada penduduk sipil “*.Unsur esensial ini tidak tercantum dalam Article 91 KUHP Republik Demokrasi Jerman. Di samping itu jenis perbuatan yang dikualifikasikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan dalam Article 91 KUHP Republik Demokrasi Jerman, hanya mengatur satu jenis perbuatan saja sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan yang sama dengan isi Pasal 9 huruf h UU no 26 tahun 2000.

Berdasarkan uraian-uraian di tersebut di atas, dapat dikatakan perumusan delik/ tindak pidana kejahatan terhadap kemanusiaan dalam KUHP Republik Demokrasi Jerman

lebih sempit dibandingkan dengan delik kejahatan terhadap kemanusiaan dalam Pasal 9 UU no 26 tahun 2000, yang mengadopsi Statute Rome 1998. Padahal Negara Jerman merupakan salah satu negara yang diadili karena melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan pada pasca perang Dunia II, sebagaimana Article 6 (c) London Agreement 1945, kejahatan terhadap kemanusiaan dirumuskan sebagai berikut :

Crimes against Humanity : namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhuman acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of The Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. (kursif penulis).

War Crimes :

Article 93 berbunyi sebagai berikut :

(1) A person who in armed confrontations violates generally accepted rules of international law and particularly anyone who;

- 1. employ illicit means of combat or causes them to be used;*
 - 2. commits or orders inhuman acts against the civilian population, injured or sick persons, defenceless or sick persons or prisoners*
 - 3. appropriates to himself or destroys without military necessity other people's property or orders other to commit such acts.*
 - 4. Disregards or missuses the red cross sign or signs of a similar significance, commits or orders the perpetration of forceful acts against persons or institutions which bear such signs;*
 - 5. Commits or orders others to commit acts of violence against parlementaires;*
- Is liable to imprisonment of not less than one year.*

(1) Barangsiapa dalam konflik bersenjata melanggar ketentuan-ketentuan hukum internasional yang diterima secara umum, terutama seseorang :

1. secara tidak sah memperlakukakan kombatan atau menyebabkan mereka digunakan;

2. melakukan atau memerintahkan tindakan tidak manusiawi terhadap penduduk sipil, menimbulkan kerugian atau penderitaan, orang yang tidak mampu melakukan pertempuran, yang sakit atau tawanan.
 3. Merampas atau menghancurkan yang tanpa alasan kepentingan militer, hak milik penduduk atau memerintahkan tindakan lain yang sejenis;
 4. Mengabaikan atau menyalahgunakan tanda palang merah atau tanda-tanda lain yang sama pentingnya, melakukan atau memerintahkan dilakukan kekerasan terhadap orang-orang atau institusi yang berkaitan dengan tanda;
 5. Melakukan atau memerintahkan orang lain untuk memerintahkan tindakan kekerasan terhadap perwakilan-perwakilan ;
- Adalah dapat dipidana penjara paling sedikit satu tahun

A person who commits such a crime for the purpose or in connection with aggression is liable to imprisonment of not less than five years.

(Barangsiapa melakukan kejahatan seperti itu untuk tujuan atau berhubungan dengan agresi dapat dipidana penjara paling sedikit lima tahun)

(2) A person who intentionally causes, by his crime, particularly serious consequences is liable to imprisonment for life or to the death penalty

(Barangsiapa dengan maksud kejahatannya, menyebabkan akibat serious dapat dipidana penjara seumur hidup atau pidana mati).

Article 95 mengatur tentang “perintah atasan bukan alasan pembenar” (Superior Orders no Defence). Adapun Article 95 berbunyi sebagai berikut :

No one who acts in contempt of basic and human rights, the binding rules of international law or the state sovereignty of the German Democratic Republic is allowed to refer to a regulation, order or directive, but is himself subject to the relevant penal law.

Perumusan kejahatan perang dalam Article 93 dan 95 tersebut di atas, tidak dirumuskan secara lengkap jenis-jenis perbuatan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran-pelanggaran berat (grave breaches). Namun dalam perumusan tersebut ditambahkan keterkaitan kejahatan perang dengan delik agresi atau kejahatan terhadap perdamaian.

Selanjutnya dalam Article 95 tentang perintah atasan bukan sebagai alasan pembenar. Ketentuan ini diadopsi dari London Agreement 1945. yang dimaksudkan untuk mencegah agar mereka yang melakukan kejahatan perang, atas perintah atasannya dapat dipertanggungjawabkan secara pidana secara individu. Ketentuan ini seharusnya dilengkapi dengan pengaturan tentang pertanggungjawaban atasan atau komandan akibat tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya, sebagaimana prinsip ini telah diterapkan pada praktek peradilan Nuremberg 1945 dan telah diadopsi dalam Protokol Tambahan I-1977, Statute Roma 1998 dan UU no 26 tahun 2000.

2. KUHP Yugoslavia¹⁹⁸

Dalam KUHP Yugoslavia pengaturan delik-delik yang berkaitan dengan pelanggaran –pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, tercantum pada Chapter 11 tentang “ *Criminal offences against Humanity and International Law*” yaitu sebagai berikut :

Article 124 Genocide :

Whoever with intent wholly or partially to destroy a national, ethnic, racial or religious group, commits homicide or inflict grave bodily harm to or gravely impairs the physical and mental health of the members of the group or deports the population by force, or place the group into such living conditions which conduce to the total or partial extermination of the group, or applies measures preventing propagation among the members of the group, or transfer children by force to another group, shall be punished with severe imprisonment of not less than five years or with the penalty death.

¹⁹⁸ This purified text of the original Yugoslavia Criminal Code of 1951 comprising all the amendments and supplements, was Published in the Official Gazette of the Federal People's republic of Yugoslavia No 30, of July 1959 .

Ketentuan tentang kejahatan genocide di atas, diadopsi dari Konvensi Genocide 1948, dapat dikatakan identik dengan delik kejahatan genocide dalam UU No 26 tahun 2000.

Article 125 *War Crime against the civilian population* (kejahatan perang terhadap penduduk sipil), yang dirumuskan sebagai berikut :

Whoever, in violation of the rules of international law in time of war, armed conflict or occupation issues orders for or perform homicide, torture or inhuman treatment against the civilian population, including also biological experiment the infliction of great suffering or injuries to the integrity of the body or health; the unlawful deportation or resettlement or the forcible denationalization of conversion of the population to another religion, the forcing to prostitution or rape; the application of intimidating measures are terror, the taking of hostages, collective punishment, the unlawfully the sending to concentration camps and other unlawful detention, the withholding of the right to a correct and fair trial; the forcing to serve in armed forces of an enemy power or in its intelligence service or administration; the driving to slave labour, the starving out of the population, confiscation of property, plunder, the unlawful and arbitrary destruction or large scale appropriation of property which is no justified by military needs, the levying of unlawful and disproportionately large contribution and requisition of domestic currency, or the unlawful issuing of currency, Shall be punished with severe imprisonment of at least five years or with the – penalty death.

Barangsiapa melanggar ketentuan-ketentuan Hukum Internasional di waktu perang, konflik bersenjata atau pendudukan, memerintahkan untuk atau melakukan pembunuhan, penyiksaan atau perlakuan tidak manusiawi terhadap penduduk sipil, termasuk percobaan biologis yang menimbulkan penderitaan berat pada integritas kesehatan atau badan, secara melawan hukum melakukan pengusiran atau denasionalisasi agama lain pada penduduk, pemaksaan pelacuran atau perkosaan, melakukan intimidasi atau terror, penyanderaan, hukuman kolektif, melakukan penahanan tidak sah dan mengirim di kamp-kamp konsentrasi, merampas hak-hak memperoleh peradilan yang jujur, memaksa memasuki dinas militer musuh atau intelijen atau administrasi; perdagangan budak, merampas hak milik penduduk sipil, perampokan, secara melawan hukum dan sewenang-wenang dalam skala luas merampas hak-hak milik penduduk yang tidak sesuai dengan kepentingan militer, pemajakan secara melawan hukum dan sumbangan meluas yang tidak proporsional dan kewajiban pemakian mata uang dalam negeri atau secara melawan hukum,

mengedarkan; diancam pidana penjara paling sedikit lima tahun atau dengan pidana mati.

Article 135 di atas, secara terperinci dan lengkap memasukan jenis-jenis pelanggaran berat dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Konvensi Den Haag 1907. Di samping itu juga ditambahkan jenis pelanggaran berat berupa : pemaksaan perpajakan yang tidak proposional, kewajiban pemakian mata uang dalam negeri (pendudukan) dan denasionaliasi agama. Perbuatan-perbuatan tersebut tidak diatur dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I-1977.

Article 126 War crime against the wounded and the sick (kejahatan perang terhadap yang luka dan sakit), yang berbunyi sebagai berikut :

Whoever in violation of the rules of international law in time of war or armed conflict issues orders for or performs homicide, torture or inhuman treatment against the wounded, the sick, against shipwrecked persons or medical personal , including also biological experiments the infliction of great suffering or injuries to the integrity of the body or health, or whoever orders for performs unlawful and arbitrary destruction or large scale appropriation of the material and supplies of sanitary institutions or unit which is not justified by military needs.

Shall be punished with severe imprisonment of not less than five years or with the penalty death.

Barangsiapa melanggar ketentuan hukum internasional di waktu perang atau konflik bersenjata, memerintahkan atau melakukan pembunuhan, penyiksaan, atau perlakuan tidak manusiawi, terhadap yang luka dan sakit, atau orang-orang karam dan personal medis, termasuk percobaan biologis yang menimbulkan penderitaan berat atau merugikan badan atau kesehatan, atau barangsiapa menyuruhlakukan secara melawan hukum dan sewenang-wenang merampas dalam sekala luas, barang-barang dan bantuan lembaga kesehatan atau uni-unitnya adalah tidak sesuai dengan kepentingan militer.

Dapat dipidana penjara paling sedikit lima tahun atau pidana mati.

Article 127 : *War crime against prisoner of war (kejahatan perang terhadap tawanan perang):*

Whoever in violation of the rules of international law issues orders for or performs homicides, torture or inhuman treatment against prisoners of war, including also biological experiments, the infliction of great suffering or injuries to the integrity of the body or to health, forcing them to serve in the armed force of an enemy power or denying them the right to a correct and fair trial. Shall be punished with severe imprisonment of not less than five years or with the penalty death.

Barangsiapa melanggar ketentuan hukum internasional memerintakan untuk atau melakukan pembunuhan, penyiksaan atau perlakuan tidak manusiawi terhadap tawanan perang, termasuk percobaan biologi, menimbulkan penderitaan berat yang merugikan integritas kesehatan atau badan, memaksa untuk memasuki dinas angkatan bersenjata musuh, atau merampas hak mereka untuk memperoleh peradilan yang jujur.

Dapat dipidana dengan pidana penjara paling sedikit lima tahun atau pidana mati.

Article 128 : *Organizing a Group for the commission of Genocide and war crimes (mengorganisir suatu kelompok untuk melakukan genocide dan kejahatan perang):*

Whoever organize a group for the commission of criminal of forces from Article 124 of 127 of the present Code, or whoever incites the creation of such groups or prepares their organizing, Shall be punished with severe imprisonment of not less than five years or with the penalty death.

Barangsiapa mengorganisir sebuah kelompok untuk melakukan kejahatan dengan kekerasan dari Article 124 sampai 127 dari KUHP ini, atau barangsiapa menghasut membentuk suatu kelompok atau mempersiapkan organisasi, diancam pidana penjara paling sedikit lima tahun atau dengan pidana mati.

Article 129 *Unlawfull killing or wounding of the enemy (secara melawan hukum merampas nyawa atau membuat luka musuh) :*

(1) Whoever in violation of the rules of international law in times of war or armed conflict performs the killing or wounding of an enemy who has laid down the arms or surrender unconditionally or lacks the means for defence, shall be punished with severe imprisonment.

Barangsiapa melanggar ketentuan-ketentuan hukum internasional di waktu perang atau konflik bersenjata melakukan pembunuhan atau menimbulkan luka pada musuh yang telah meletakkan senjata atau menyerah atau tidak mampu melakukan perlawanan diancam pidana dengan pidana penjara.

- (2) *if the killing from paragraph 1 of this article was performed in cruel or perfidious way, for personal gain or from another base motives, or if more person were killed, the offender shall be punished with severe imprisonment of not less than ten years or with the penalty of death.*

Jika pembunuhan pada Paragrah 1 pasal ini, dilakukan dengan jalan kejam atau licik, untuk keuntungan perorangan, sebagai dasar perbuatan atau jika beberapa orang terbunuh, pelaku diancam pidana dengan pidana penjara paling sedikit sepuluh tahun atau pidana mati.

Article 129 A : *Unlawful Taking of Goods from the killed and wounded on the battlefield* (Secara melawan hukum mengambil harta benda dari yang terbunuh dan terluka dalam pertempuran);

- (1) *Whoever issues orders for or performs the unlawful taking of goods from the killed or wounded on the battlefield, shall be punished with severe imprisonment,*

Barangsiapa memerintahkan untuk atau melakukan secara melawan hukum merampas harta benda dari yang mati atau luka pada pertempuran, diancam dengan penjara.

- (2). *If more persons were killed as a result of the offence from paragraph 1 of this article, the offender shall be punished with severe imprisonment of not less than five years or with the penalty of death.*

Jika seseorang terbunuh sebagai akibat kejahatan dari paragraf 1 pasal ini, pelaku diancam dengan pidana penjara paling sedikit lima tahun atau dengan pidana mati..

Article 129 B : *Employing Unauthorized Means of Combat*

- (1) *Whoever in time of war or armed conflict issues orders for employment of the means of combat or methods of combat which were barred by rules of international law; or whoever employs them himself, shall be punished with severe imprisonment.*

Barangsiapa di waktu perang atau konflik bersenjata memerintahkan untuk memeralat kombatan atau methode pertempuran yang berkaitan dengan pelanggaran dalam hukum internasional, atau barangsiapa memeralatnya diancam dengan pidana penjara)

(2) *If more persons were killed as a result of the offence from Paragraph 1 of this Article, the offender shall be punished with severe imprisonment of not less than five years or with the penalty death.*

Barangsiapa terbunuh sebagai akibat kejahatan dari Paragraf. 1 Pasal ini pelaku diancam pidana penjara paling sedikit lima tahun atau pidana mati.

Article 130 :Violation Against the Parliamentarian (kejahatan terhadap perwakilan)

Whoever in violation of the rules of international law in time of a war or armed conflict, insults, maltreats or detains the parliamentarian or his escort or prevents their return, or otherwise violates their immunity, shall be punished with imprisonment of not less than six months or with severe imprisonment of up to five years.

Barangsiapa melanggar ketentuan-ketentuan hukum internasional di waktu perang atau konflik bersenjata, menganiaya atau menahan perwakilan atau pengiringnya atau mencegah mereka kembali atau sebaliknya melanggar kekebalan mereka , diancam pidana penjara paling sedikit enam bulan atau pidan penjara paling tinggi lima tahun

Article 131 *Brutal treatment of the wounded, the sick and the prisoners of war*

(perlakuan brutal pada yang luka, sakit dan tawanan perang) ;

Whoever in violation of the rules of international law treats the wounded, the sick or the prisoners of war in a brutal way, or precludes or prevents them from benefiting by the rights belonging to them according to those rules, shall be punished with imprisonment of not less than six months or with imprisonment of not less than five years.

Barangsiapa melanggar ketentuan-ketentuan hukum internasional memperlakukan yang luka dan sakit atau tawanan perang dengan cara brutal, atau mencegah atau menghindarkan mereka dari manfaat hak-hak yang seharusnya mereka terima, diancam dengan pidana penjara paling sedikit enam bulan atau dengan pidana penjara tidak kurang dari lima tahun.

Article 132 *Destroying cultural and historical monuments* (menghancurkan benda budaya dan monumen-monumen bersejarah).

Whoever in violation of the rules of international law in time of war or armed conflict issues orders for or performs the destruction of cultural and historical monuments and buildings or of institutions intended for science, arts, education or humanitarian purposes, shall be punished with severe imprisonment.

Barangsiapa melanggar ketentuan hukum internasional di waktu perang atau konflik bersenjata, memerintahkan untuk atau melakukan penghancuran pada benda budaya dan monumen bersejarah dan gedung atau lembaga-lembaga yang bertujuan untuk ilmu pengetahuan, seni, pendudukan atau tujuan kemanusiaan, diancam pidana penjara)

Article 133 : *Abusing International Emblems* (Penyalahgunaan lambang- lambang Internasional).

(1) *Whoever abuses or illicitly carries the flag od emblem of the United Nations Organization or the emblems and flag of the Red Cross or Emblems corresponding whereby particular objects are marked for protection from military operations, shall be punished with imprisonment.*

Barangsiapa menyalahgunakan atau secara illegal menggunakan bendera atau lambang Perserikatan Bangsa-Bangsa atau lambang dan bendera dari Palang Merah atau lambang koresponden, dengan jalan merubah object untuk memberikan perlindungan operasi militer.

(2) *Whoever commits the offence from Paragraph 1 of this article in the zone of war operations, shall be punished with imprisonment of not less than six – months or with severe imprisonment of up to five years.*

Barangsiap melakukan kejahatan dari Paragraf 1 pasal ini, dalam zona operasi militer, diancam pidana penjara paling sedikit enam bulan atau pidana penjara paling lama lima tahun.

Article 134 : *Inflicting the penalty of confiscation of property*

In pronouncing a sentence severe than three years of severe imprisonment the Court may punish the perpetrator of ciminal of offence from article 14 to 128 of the present Code with confiscation of property

Dalam menjatuhkan pidana penjara lebih dari tiga tahun , Pengadilan dapat menghukum pelaku kejahatan dari pasal 124 sampai 128 dan 129 B Code Penal dengan penyitaan hak milik.

Kejahatan perang, yang dirumuskan dalam KUHP Federal Yugoslavia lebih sistematis dan lebih lengkap. dibandingkan dengan KUHP Republik Demokrasi Jerman. Kejahatan genocide dalam KUHP Yugoslavia. tidak diatur dalam KUHP Republik Demokrasi Jerman, sebaliknya kejahatan agresi dalam KUHP Republik Demokrasi Jerman tidak diatur dalam KUHP Yugoslavia.

3 Pelanggaran-Pelanggaran Berat dan Pelanggaran HAM berat dalam Statuta Roma 1998 tentang International Criminal Court .

Dalam Article 5 Statuta Roma, dinyatakan bahwa kejahatan internasional (kejahatan paling serius yang menyangkut masyarakat internasional) yang berada di bawah yurisdiksi International Criminal Court, meliputi ; (1) kejahatan genocide, (2) kejahatan terhadap kemanusiaan, (3) kejahatan perang, dan (4) kejahatan agresi. Empat kejahatan internasional tersebut, hanya dua kejahatan yang diadopsi ke dalam UU no 26 tahun yaitu *kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan.* tanpa lebih dahulu diratifikasinya Statute Roma 1998 oleh Pemerintah Indonesia.

Selanjutnya di bawah ini yang akan dikutip delik kejahatan perang yang tercantum dalam Statuta Roma 1998 saja, mengingat kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan telah dibahas pada sub bab terdahulu. Tanpa mengurangi makna Article 8 War Crimes dalam Statute Roma 1998, kutipan Article 8 ini tidak dikutip secara lengkap. Adapun ketentuan dalam Article 8 tentang War Crimes dirumuskan sebagai berikut :

Article 8 Kejahatan Perang :¹⁹⁹

1. Mahkamah mempunyai Jurisdiksi berkenaan dengan kejahatan perang pada khususnya apabila dilakukan sebagai bagian dari suatu rencana atau kebijakan atau sebagai bagian dari suatu pelaksanaan secara besar-besaran dari kejahatan tersebut.
2. Untuk keperluan Statuta ini, "Kejahatan perang" berarti :
 - (a) Pelanggaran berat terhadap Konvensi Jenewa tertanggal 12 Agustus 1949, yaitu masing-masing dari perbuatan berikut ini terhadap orang atau hak milik yang dilindungi berdasarkan ketentuan Konvensi Jenewa yang bersangkutan :
 - (b) Pelanggaran serius lain terhadap hukum dan kebiasaan yang dapat diterapkan dalam sengketa bersenjata internasional, dalam rangka hukum internasional yang ditetapkan, yaitu salah satu perbuatan-perbuatan berikut ini :
 - (c) Dalam hal suatu sengketa bersenjata bukan merupakan persoalan internasional, pelanggaran serius terhadap Pasal 3 yang umum bagi empat Konvensi Jenewa tertanggal 12 Agustus 1949, yaitu salah satu dari perbuatan berikut ini yang dilakukan terhadap orang-orang yang tidak ambil bagian dalam permusuhan, termasuk para anggota bersenjata yang telah meletakkan senjata mereka dan orang-orang yang luka, penahanan atau suatu sebab lain;.....
 - (d) Ayat [c] berlaku bagi sengketa bersenjata yang tidak bersifat internasional dan dengan demikian tidak berlaku bagi keadaan-keadaan, kekacauan dan ketegangan dalam negeri; seperti misalnya huru-hara, tindakan kekerasan secara terpisah dan sporadis atau perbuatan-perbuatan lain yang sama sifatnya.
 - (e) Pelanggaran serius lain terhadap hukum dan kebiasaan yang berlaku dalam sengketa bersenjata yang tidak bersifat internasional, dalam rangka hukum internasional, yang ditetapkan yaitu salah satu dari perbuatan-perbuatan sebagai berikut :

¹⁹⁹ Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat, Statute Roma 1998 Mahkamah Pidana Internasional, Jakarta, Elsam, 2000, halm 9.

- (f) Ayat 2 (e) berlaku kepada sengketa bersenjata yang tidak bersifat internasional dan tidak berlaku bagi situasi-situasi kekacauan dan ketegangan dalam negeri, seperti misalnya huru-hara, tindakan kekerasan secara terpisah dan sporadis atau perbuatan-perbuatan lain yang sama. Ayat ini berlaku terhadap sengketa bersenjata yang berlangsung dalam wilayah suatu Negara apabila terjadi sengketa bersenjata yang berkelanjutan antara para pejabat pemerintah dan kelompok bersenjata terorganisir atau antara kelompok-kelompok semacam itu.
- (3) Tidak ada dalam ayat 2[c] dan (d) akan mempengaruhi tanggungjawab suatu pemerintah untuk mempertahankan atau menetapkan kembali hukum dan ketertiban dalam Negara atau untuk mempertahankan kesatuan dan integritas territorial dari Negara tersebut, dengan semua sarana yang sah.

Kejahatan perang dirumuskan dalam Article 8 *Statute Rome* 1998, meliputi :

1. Pelanggaran –pelanggaran berat yang diatur dalam Konvensi Jenewa 1949, yang diterapkan dalam sengketa bersenjata internasional;
2. .Kejahatan dalam Hukum dan kebiasaan perang yang diatur Konvensi Den Haag 1907, yang diterapkan dalam sengketa bersenjata internasional;
3. Pelanggaran serius Pasal 3 common article Konvensi Jenewa 1949, yang diterapkan dalam sengketa bersenjata non internasional.
4. Pelanggaran serius terhadap hukum dan kebiasaan perang yang diterapkan dalam sengketa bersenjata non internasional.

Dalam Article 8 *Statute Rome* 1998 tidak secara tegas disebutkan pelanggaran serius dalam Protokol Tambahan I dan II-1977, namun pelanggaran-pelanggaran berat yang diatur dalam Protokol Tambahan I dan II sebenarnya sudah tercakup di dalam perumusan jenis jenis kejahatan perang di atas.

Selanjutnya kejahatan perang yang diadili oleh Mahkamah Pidana Internasional adalah kejahatan “dalam kondisi yang khusus” (*in particular*), sebagaimana disebutkan Article 8

(1) yaitu :

1. Kejahatan yang dilakukan sebagai bagian dari suatu rencana atau kebijakan;
2. Kejahatan perang tersebut dilakukan dalam skala besar.

Ketentuan Article 8 (1) di atas, menunjukkan kejahatan perang yang dapat diadili oleh International Criminal Court ini adalah kejahatan perang yang digolongkan sebagai *delik extra ordinary crimes*. Hal ini berbeda dengan KUHP Republik Demokrasi Jerman dan KUHP Yugoslavia, kejahatan perang dikualifikasikan sebagai *delik ordinary crimes*.

Adapun pidana yang dapat dijatuhkan pada pelaku Kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide adalah pidana penjara paling lama 30 tahun., atau apabila dianggap berat dapat dijatuhkan pidana seumur hidup²⁰⁰. Ancaman pidana berupa pidana penjara selama 30 tahun ini berbeda dengan ancaman pidana dalam UU No 26 tahun 2000 yaitu paling lama adalah 25 tahun, sedangkan dalam KUHP paling lama 20 tahun.

Selanjutnya kejahatan – kejahatan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam KUHP Republik Demokrasi Jerman, KUHP Yugoslavia, UU No 26 tahun 2000 dan Statute Roma 1998, dapat disusun dalam bentuk tabel di bawah ini :

²⁰⁰ Lihat Article 77 Statute Rome 1998.

Table VII :

Statute Roma 1998	KUHP Republik Demokrasi Jerman	KUHP Yugoslavia	Undang-Undang No 26 tahun 2000
1.Kej.Agresi	1. Kejahatan Agresi	1.Tidak diatur	1 tidak diatur
2.Kejahatan terhadapKemanusiaan	2.Kejahatan thd kemanusiaan	2 Tidak diatur	2.Kej.Thd Kemanusiaan
3.Kejahatan genocide	3 Tidak diatur	3. Kejahatan Genocide	3. Kejahatan genocide
4.Kejahatan perang	4.Kejahatan perang	4.Kejahatan perang	4Tidak diatur
Extra ordinary crimes	Ordinary crimes	Ordinary crimes	Extra ordinary crimes

Berdasarkan pada tabel di atas, pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur dalam KUHP Republik Demokrasi Jerman dan KUHP Negara Federal Yugoslavia digolongkan sebagai delik ordinary crimes. Berbeda dengan UU No 26 tahun 2000 dan Statute Rome 1998, pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dikualifikasikan sebagai delik extra ordinary crimes. Perbedaan lainnya, yaitu kejahatan perang tidak diatur di dalam UU No 26 tahun 2000.

Sesuai dengan uraian –uraian tersebut di atas, dapat dikatakan kebijakan legislatif yang dituangkan ke dalam UU no 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM belum *dikriminalisasikan* kejahatan perang di dalam UU No 26 tahun 2000 maupun dalam KUHP.

3.5. Kebijakan Hukum Pidana untuk mengkriminalisasikan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM (kejahatan perang) di masa mendatang

Berdasarkan pada uraian-uraian terdahulu, diketahui bahwa kebijakan hukum pidana yang sekarang ini digunakan belum menjangkau untuk mengadili pelaku-pelaku pelanggaran HAM berat dalam konflik bersenjata atau sebagai kejahatan perang. Berkaitan dengan persoalan tersebut, kebijakan hukum pidana di masa mendatang harus secara adaptif dapat digunakan untuk menampung nilai-nilai di lingkungan internasional, yang harus diadaptasikan dengan nilai-nilai Pancasila. Kriminalisasi kejahatan perang secepatnya harus dilakukan, mengingat fakta-fakta sebagai berikut :

(a) Pemerintah Indonesia telah meratifikasi Konvensi Jenewa 1949 melalui UU No 59 tahun 1958.

Kejahatan perang atau pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur dalam Protokol Tambahan I dan II- 1977, dalam kenyataannya belum dikriminalisasikan ke dalam UU No 26 tahun 2000, meskipun prinsip-prinsip peradilan kejahatan perang sebagai extra ordinary crimes telah diimplementasikan ke dalam UU No 26 tahun 2000. Alasan yang paling mendasar untuk menjawab persoalan tersebut adalah karena kedua Protokol Tambahan I dan II-1977 belum diratifikasi, dalam arti diundangkan ke dalam hukum nasional melalui proses perundang-undangan nasional.

Sebenarnya tanpa harus diratifikasinya kedua protokol tambahan tersebut, pemerintah Indonesia telah terikat untuk melakukan kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM sebagai kejahatan perang. Hal ini merupakan konsekuensi yuridis telah diratifikasinya Konvensi Jenewa 1949 melalui UU No 59 tahun 1958. Kedudukan Konvensi Jenewa 1949 merupakan ketentuan payung dari berlakunya Protokol Tambahan I dan II-1977. sebab kedua protokol tambahan tersebut hanya bersifat melengkapi ketentuan Konvensi Jenewa 1949. Di samping itu sifat kejahatan perang sebagai *delicta jure gentium*, sehingga berlakunya hukum perang atau hukum humaniter internasional dapat dikatakan sebagai hukum kebiasaan internasional.

(b) Kewenangan International Criminal Court untuk mengadili pelaku kejahatan extra ordinary crimes

International Criminal Court (ICC) mempunyai kewenangan untuk mengadili pelaku kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide, yang dilakukan di suatu negara, apabila negara yang mempunyai yurisdiksi untuk mengadili kejahatan perang atau HAM, dianggap tidak mampu (*unwilling*) atau tidak mau (*inability*) untuk mengadili kejahatan yang berada di bawah yurisdiksi *International Criminal Court* (ICC). Kewenangan yang dimiliki oleh ICC ini disebut sebagai asas komplementer (asas pelengkap) artinya ICC merupakan lembaga peradilan internasional yang dibentuk untuk melengkapi peradilan nasional.

Kewenangan ICC untuk mengadili pelaku kejahatan Internasional (perang) tidak hanya didasarkan pada *asas komplementer* saja, namun juga ICC dapat

mengesampingkan berlakunya *asas ne bis in idem.*, dalam arti apabila peradilan nasional yang mengadili pelanggaran HAM atau kejahatan perang, dalam kenyataannya dimaksudkan semata-mata untuk melindungi kepentingan pelaku, atau peradilan ini bersifat memihak dan tidak bersifat independent.

(c) Upaya hukum di tingkat internasional.

Didasarkan pada ketentuan Pasal 7 ayat (1) UU No 39 tahun 1999 tentang HAM, yang memberikan hak bagi korban pelanggaran HAM untuk mengajukan upaya hukum yang tidak hanya terbatas di tingkat nasional saja. Namun mencakup juga hak untuk mengajukan upaya hukum di tingkat regional maupun internasional, apabila proses peradilan di tingkat nasional terdapat pengingkaran keadilan (*deniel of justice*).

Pengingkaran keadilan, dapat terjadi karena (a) proses peradilan di suatu negara tidak berjalan sebagaimana mestinya atau (b) proses peradilan tersebut cenderung melindungi pelaku, atau (c) memang dalam peraturan itu sendiri tidak dapat menjangkau pelanggaran yang dilakukan oleh si pelaku, misalnya peradilan pelanggaran ham berat di Timor-Timur yang dilakukan pada masa sengketa bersenjata, namun tuduhan yang didakwakan hanya terbatas pada kejahatan kemanusiaan dan kejahatan genocide, tanpa dirumuskannya kejahatan perang sebagai dasar dakwaan.

Penerapan Pasal 7 ayat (1) UU No 39 tahun 1999 tersebut, memungkinkan adanya campur tangan pengadilan internasional ke dalam pengadilan nasional, apabila seseorang korban pelanggaran HAM, mengajukan upaya hukum ke tingkat internasional, setelah upaya hukum di tingkat nasional yang diajukannya terdapat pengingkaran keadilan.

Berdasarkan pada fakta-fakta tersebut, secara alternatif kebijakan hukum pidana di masa mendatang dalam melakukan kriminalisasi kejahatan perang di Indonesia dapat dilakukan melalui :

- (1) Kriminalisasi kejahatan perang ke dalam Konsep KUHP tahun 2000;
- (2) Kriminalisasi kejahatan perang ke dalam Undang-undang No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Alternatif pertama untuk mengkriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM sebagai kejahatan perang ke dalam Konsep KUHP, dapat dilakukan dengan merumuskan kembali (retification) perbuatan-perbuatan yang dikategorikan sebagai kejahatan perang. Alternatif ini sesuai kebijakan legislatif beberapa praktek-praktek negara asing, yang telah mengkriminalisasikan kejahatan perang sebagai delik *ordinary crimes*.

Alternatif kedua dapat dilakukan dengan memasukan kejahatan perang dalam Undang-undang No 26 tahun 2000, untuk melengkapi kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide, yang telah dikualifikasikan sebagai *extra ordinary crimes*.

Dari kedua alternatif di atas, penulis cenderung memilih alternatif ke dua yaitu mengkriminalisasikan kejahatan perang ke dalam UU no 26 tahun 2000. Hal ini didasarkan pemikiran bahwa kejahatan perang merupakan kejahatan yang cenderung dilakukan dalam konteks penyalahgunaan kekuasaan atau kewenangan, sebagaimana diketahui tujuan dari hukum perang atau hukum humaniter adalah mengatur dan membatasi hak dan kewajiban dari para pihak yang bersengketa.

C. Rangkuman Pembahasan :

Pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977, merupakan perbuatan yang dilarang oleh Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan I dan II-1977 mengenai perlindungan korban-korban akibat konflik bersenjata internasional maupun non internasional. Pelanggaran-pelanggaran tersebut merupakan perbuatan yang bersifat melawan hukum dan dapat diadili secara nasional maupun internasional.

Pembahasan mengenai permasalahan apakah delik-delik KUHP dapat digunakan untuk memidana pelanggaran –pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II, dilakukan dengan menganalisis hubungan delik-delik KUHP dengan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977. Sesuai dengan analisis tersebut, hakekatnya delik-delik KUHP identik dengan pelanggaran –pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977, namun delik-delik KUHP tidak dapat digunakan untuk memidana pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM. Hal ini dikarenakan adanya perbedaan karakteristik antara delik-delik KUHP dengan pelanggaran berat dan pelanggaran HAM.

Karakteristik dari delik pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM memenuhi unsur sebagai *extra ordinary crimes*, sedangkan karakteristik delik KUHP menunjukkan sifat sebagai *ordinary crimes*.

Membahas hubungan antara pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang dengan delik kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang diatur oleh UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. dapat dikatakan bahwa kejahatan genocide, dan kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan perluasan dari kejahatan perang,. Di samping itu kejahatan genocide ,kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang mempunyai kesamaan sebagai *delik extra ordinary crimes*.

Pembahasan mengenai hubungan kejahatan perang dengan kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide dalam praktek-praktek peradilan internasional kejahatan perang, secara historis diawali dengan membahas peradilan kejahatan perang pasca perang dunia II yaitu International Military Tribunal ad hoc di Nuremberg 1946 dan International Military Tribunal ad hoc di Tokyo 1948. Kedua peradilan internasional ad hoc tersebut dibentuk oleh negara-negara sekutu (pihak Pemenang perang), atau dikenal dengan sebutan "*Victor Justice*". Peradilan kejahatan perang tersebut untuk pertamakalinya menerapkan asas retroaktif dan mengesampingkan berlakunya asas kadaluwarsa serta mengecualikan alasan perintah atasan sebagai penghapus pidana. Di samping itu untuk pertamakalinya dicantungkannya pertanggungjawaban pidana atasan akibat tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya.

Prinsip-prinsip tersebut kemudian diadopsi ke dalam Statute International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1993 dan Statute International Criminal Tribunal the Rwanda yang dibentuk oleh Dewan Keamanan PBB. Dalam praktek-praktek

peradilan internasional tersebut, menunjukkan pula bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide, merupakan perluasan dari kejahatan perang.

Berbicara tentang kebijakan hukum pidana dalam mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977, diawali dengan menganalisis UU No 39 tahun 1999 tentang HAM dan UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Kedua instrumen hukum nasional ini belum mengkriminalisasikan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur dalam kedua Protokol Tambahan 1977. Delik-delik yang diatur dalam UU No 26 tahun 2000 terbatas pada kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide, sedangkan kejahatan perang belum diaturnya.

Selanjutnya berbicara tentang pengadilan HAM ad hoc, secara selektif dan terbatas digunakan prinsip retroaktif, meskipun prinsip ini bertentangan dengan UUD 1945 Pasal 28 I Amandemen tahun 2000 dan bertentangan dengan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP.

Membahas kebijakan penegakan hukum pidana, terhadap pelaku pelanggaran HAM yang berat di Timor-Timur, yang didasarkan pada UU No 26 tahun 2000, para pelaku dituduh melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide pasca jajak pendapat. Dalam hal ini sebenarnya masih terdapat adanya kekosongan hukum mengenai delik kejahatan yang dituduhkannya sebab pelanggaran HAM di Timor Timur pasca jajak pendapat memenuhi unsur-unsur sebagai kejahatan perang dalam konflik bersenjata non internasional. Seharusnya delik kejahatan yang dituduhkan tidak

hanya kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan saja, melainkan mencakup pula kejahatan perang.

Membahas kebijakan formatif dalam KUHP Republik Demokrasi Jerman dan Negara Federal Yugoslavia, dan dibandingkan dengan delik-delik dalam UU No 26 tahun 2000 dan Statute Rome 1998. Kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide yang diatur dalam kedua KUHP tersebut menunjukkan sebagai *ordinary crime*. Berbeda dengan Statute Rome 1998, kejahatan perang, kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai *extra ordinary crimes*. Demikian pula dalam UU No 26 tahun 2000, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide dikualifikasikan sebagai *extra ordinary crimes*, meskipun kejahatan perang belum diatur atau dikriminalisasikan ke dalam UU No 26 tahun 2000.

Membahas kebijakan hukum pidana untuk mengkriminalisasikan kejahatan perang di masa mendatang, penulis berpendapat sebaiknya kriminalisasi kejahatan perang atau pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM ke dalam UU No 26 tahun 2000. Hal ini didasarkan pemikiran bahwa kejahatan perang merupakan *extra ordinary crimes*.

BAB IV

P E N U T U P

A. KESIMPULAN

1. Kesimpulan Umum :

Protokol Tambahan I dan II-1977 tentang perlindungan korban-korban akibat konflik bersenjata, merupakan instrumen internasional yang dimaksudkan untuk mencegah pelanggaran-pelanggaran HAM pada masa sengketa bersenjata, baik yang bersifat internasional maupun non internasional. Kedua protokol tambahan 1977 tersebut belum diratifikasi oleh pemerintah Indonesia, padahal kedua protokol tambahan tersebut merupakan pelengkap dari Konvensi Jenewa 1949 yang telah diratifikasi pemerintah Indonesia di dalam UU No 59 tahun 1958.

Pelanggaran-pelanggaran berat dan Pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977, hakekatnya merupakan kejahatan internasional yang secara khusus merupakan kejahatan perang, sebagai *delik extra ordinary crimes*. Dikaitkan dengan delik kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan., delik-delik tersebut sebenarnya merupakan perluasan dari delik kejahatan perang. Di samping itu dapat dikatakan delik kejahatan perang, kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai kejahatan internasional merupakan *extra ordinary crimes* yang berbeda dengan kejahatan-kejahatan internasional lainnya.

Sebagai delik *extra ordinary crimes*, peradilan terhadap pelaku kejahatan perang maupun kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan, dapat

mengesampingkan berlakunya asas non retroaktif, asas kadaluwarsa dan asas ne bis in idem. Di samping itu terhadap kejahatan-kejahatan tersebut berlaku asas universal yang memungkinkan diadilinya pelaku kejahatan-kejahatan tersebut secara internasional.

Secara umum dapat dikatakan ketentuan dalam hukum nasional yaitu UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM., secara adaptif sesuai dengan kecenderungan internasional mengenai penanggulangan kejahatan terhadap hak-hak asasi manusia yang bersifat universal. Namun secara khusus masih terdapat kekurangan yaitu belum diaturnya kejahatan perang di dalam hukum nasionalnya maupun dalam KUHP.

2. Kesimpulan Khusus :

Sesuai dengan dua permasalahan yang diajukan dalam penulisan tesis ini, maka kesimpulan yang diajukan untuk menjawab permasalahan tersebut adalah :

(1) Delik-delik KUHP tidak dapat digunakan untuk memidana pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977. Hal ini didasarkan adanya perbedaan karakteristik delik-delik KUHP sebagai delik *ordinary crimes* dengan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM sebagai *extra ordinary crimes*. Karakteristik tersebut didasarkan pada :

- a. Kejahatan perang sebagai pelanggaran HAM berat berlaku yurisdiksi universal, yang memungkinkan pelaku kejahatan dapat diadili secara internasional. Berbeda dengan pelaku tindak pidana dalam KUHP, yang tidak memungkinkan diadili melalui pengadilan internasional.

- b. Kejahatan perang sebagai pelanggaran HAM berat memungkinkan adanya penyimpangan terhadap asas non retro aktif, dan asas kadaluwarsa. Berbeda dengan delik dalam KUHP yang tidak memungkinkan dikesampingkannya asas non retro aktif dan asas kadaluwarsa.
 - c. Tidak adanya alasan perintah atasan sebagai alasan pembenar, yang digunakan sebagai dasar penghapusan sifat melawan hukum dalam kejahatan perang. Berbeda dengan KUHP perintah atasan sebagai alasan pembenar atau menghapus sifat melawan hukumnya perbuatan atau delik..
 - d. Dicantumkannya pertanggungjawab pidana atasan atau komandan akibat tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya dalam Pasal 86 dan 87 Protokol Tambahan I-1977 , dapat dikatakan sebagai tindak pidana yang berdiri sendiri dan tidak identik dengan delik KUHP.
- (2). Hubungan antara pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977 dengan delik –delik dalam UU No 26 tahun 2000 adalah :
- (a) Kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide mempunyai kesamaan dengan kejahatan perang, yaitu sebagai extra ordinary crimes;
 - (b) Kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide merupakan perluasan dari kejahatan perang;
 - (c) Kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide dapat diadili secara bersamaan dengan kejahatan perang, sebagaimana yang dilakukan dalam praktek- praktek peradilan Internasional kejahatan perang selama ini.

(3). Kebijakan hukum pidana dalam mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur dalam Protokol Tambahan I dan II-1977, adalah :

- (a) Undang-Undang No 39 tahun 1999 tentang HAM sebagai ketentuan payung dari peraturan per undang-undang tentang perlindungan HAM, tidak dimaksudkan sebagai ketentuan payung terhadap ketentuan tentang pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM sebagai kejahatan perang. Khususnya pelanggaran-pelanggaran berat dalam Konvensi Jenewa 1949 yang telah diratifikasi dengan UU No 59 tahun 1958.
- (b) Belum dikriminalisasikan pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM dalam UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, sebab dalam UU No 26 tahun 2000 terbatas hanya melakukan kriminalisasi kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai "pelanggaran HAM yang berat"
- (c) Diadilinya pelaku pelanggaran –pelanggaran berat pasca jajak pendapat di Timor-Timur melalui pengadilan HAM ad hoc dengan penyimpangan terhadap asas non retroaktif. Peradilan HAM ad hoc tersebut tidak dimaksudkan untuk mengadili pelaku pelanggaran HAM di Timor-Timur sebagai kejahatan perang, namun dikualifikasikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide.

B. SARAN-SARAN (REKOMENDASI-REKOMENDASI)

1.Saran Umum :

Berlakunya ketentuan hukum internasional yang berkaitan dengan perlindungan korban-korban akibat sengketa internasional dan non internasional, sebagaimana diatur dalam Protokol Tambahan I dan II-1977, dimaksudkan untuk lebih memberikan jaminan-jaminan perlindungan HAM, bagi penduduk sipil di waktu perang dan korban-korban perang. Berkaitan dengan hal tersebut seharusnya pemerintah Indonesia secepatnya meratifikasi ketentuan-ketentuan tersebut ke dalam ketentuan hukum nasional.

Ratifikasi Protokol Tambahan I dan II-1977 tersebut tidak ada artinya, apabila pemerintah tidak melakukan kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran Ham dari kedua Protokol Tambahan ke dalam hukum pidana.

Melalui kriminalisasi pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM, memungkinkan adanya penegakan hukum bagi pelaku kejahatan perang. Di samping itu didasarkan fakta-fakta pelanggaran HAM yang terjadi di Timor Timur dan juga di Aceh selama ini, tidak hanya dapat dikualifikasikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan ataupun kejahatan genocide saja, melainkan mencakup kejahatan perang pada masa konflik bersenjata non internasional. Pelanggaran-pelanggaran HAM di Aceh mempunyai potensi untuk menimbulkan pelanggaran hukum humaniter internasional, yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang.

Melalui ratifikasi Protokol Tambahan I dan II, dan secara khusus Protokol Tambahan II-1977., pemerintah Indonesia akan mempunyai standart perlindungan HAM di masa sengketa bersenjata dan standart perlindungan HAM di masa damai

2. Saran Khusus :

- (1) Kriminalisasi delik-delik kejahatan perang , sebaiknya diatur secara tersendiri di luar delik KUHP, yaitu dimasukkan ke dalam UU no 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM untuk melengkapi delik kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genocide sebagai extra ordinary crimes.
- (2) Dalam kriminalisasi tersebut perlu dilakukan perumusan kembali (*retipification*) pelanggaran-pelanggaran berat dan pelanggaran HAM yang diatur oleh Protokol Tambahan I dan II-1977.
- (3) Perlu diadakan penambahan atau perubahan dalam UU No 1 tahun 1979 tentang Ekstradisi, berkaitan dengan dikriminalisasikannya kejahatan genocide dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam UU No 26 tahun 2000. Penambahan ini dimaksudkan agar pelaku-pelaku kejahatan tersebut dapat dimintakan ekstradisi, apabila berada di luar wilayah Indonesia. Di samping itu juga diadakan peninjauan kembali mengenai perjanjian ekstradisi Indonesia dengan negara-negara yang telah mengadakan perjanjian ekstradisi dengan Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

Literatur :

- Agus Fadilah**, 1999 *Bentuk-Bentuk Sengketa Bersenjata* Kumpulan tulisan dalam Buku Hukum Humaniter suatu Perspektif, Jakarta, kerjasama ICRC dan PSHM Trisakti,
- Antonie, Abouviara and Marco Sassoli**, 1999, *How Does Law Protection in War, Cases and Document and Teaching on Contermpory Practice*, Geneva, In cooperation, Laura M. Oslon with ICRC, 1999
- Atmasasmita Romli**, 1995, *Pengantar Hukum Pidana Internasional* Bandung , Eresco
-, 2000, *Kapita Selekta Hukum Pidana Internasional*, Bandung Putera Abardin.
- , 2001, (editor Aman Sembiring Meliala dan Agus Takariawan), *Reformasi Hukum Hak Asasi Manusia & Penegakan Hukum*, Bandung , Mandar Maju
- Bassiouni M Cherif**, 1985, *International Criminal Law* , Volume I International Crimes, New York, Transnational Publisher INC.Dobb Ferry
- , 1986. *International Criminal Law*, Volume III, enforcement, New York, Transnational Publisher, INC. Dobb Ferry.
- Breadly, F, Smith**, 1984, *Reaching Judgment an Nuremberg*, Basic –Book, New York INC Publisher.
- Connel. Obrien**, 1986. *International Law*, Vol I, London, Steven
- Dugard, John**. 1998, *Bridging and Gap Between Human Right and Humanitarian Law, Punishment Offender*, Geneva, International Review of the Red Cross, No 324, Thirty eighty, September 1998.
- Flores, Jose Luis Fernandez**, 1997, *Repression of Breaches of the of war Committed by Individual*, Geneva, International Review of the Red Cross, Edition III,
- Fournier, Henry** 1996, *Sejarah dan Sumber-Sumber Hukum Humaniter Internasional*, “Makalah” Dalam Course Materials on International Humamitarian

Law, Jakarta, Kerjasama ICRC dengan PSHM FH Trisakti,

Gindroze Anne, Sophie, 1996, *Hubungan Hukum Humaniter Internasional dan HAM*, "Makalah" Dalam Course Materials on International Humanitarian Law, Jakarta Kerjasama ICRC dengan PSHM, FH Trisakti, 1996.

Gradzky, Thomas, 1996, *Individual Criminal Responsibility for Violations of International Humanitarian Law, Committed in non International Armed Conflict*, dalam International Review of the Red Cross, No 213, May-Juni, Geneva, Publisher by ICRC.

Hans Kelsen, 1967 *Principles of International Law*, London, Edition revise and Edited by Tucker, Maryland: Holt Rinehart and Winston Inc.

Hans Peter Gesser, 1986, *An Introduction International Humanitarian Law*, Geneva, Henry Dunant Institute

Hartono, Sunaryati, 1991, *Hak-Hak Asasi Manusia di Indonesia, Masa Lalu, Masa Kini, dan Masa yang akan datang*, Makalah diajukan dalam Lokakarya HAM, kerjasama FH Undip dengan Deplu.

Haryomataram, GPH. *Hukum Humaniter*, Bandung, Bina Cipta. 1981

-----, 1984, *Sekelumit tentang Hukum Humaniter*, Surakarta, UNS Press,

-----, *Ratifikasi Protokol I Konvensi Jenewa 1949 Dilihat dari Aspek Pertahanan Keamanan*, Makalah dalam Semiloka Hukum Humaniter Internasional, Jakarta, Kerjasama Depkumdang dan ICRC.2000

-----, 2000, *Hukum Humaniter (kumpulan tulisan)*, Jakarta, PSHM FH Trisakti .

Kusumaatmadja, Mochtar, 1981 *Pengantar Hukum Internasional Bag. I*, Bandung Bina Cipta

-----, 1984 *Konvensi-Konvensi Palang Merah tahun 1949*, Bandung, Bina Cipta,

Lamintang, PAF, 1986 *Delik-Delik Khusus, Kejahatan-Kejahatan terhadap kepentingan Hukum Negara*, Bandung, Sinar-Baru.

Likadja, E, Frans dan Deniel Frans Bessie, 1985, *Desain Instruksional Dasar Hukum Internasional*, Jakarta, Ghalia-Indonesia.

Montaz, Djamchid, 1998, *The Minimum Rules Applicable in Periods of Internal Tension and Strife*, Geneva, International Review of The Red Cross, No 324, thirty-eighth year, September 1998.

Muladi, 1992, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia Di Masa Mendatang*, (Pidato pengukuhan Guru Besar Dalam Mata Pelajaran Hukum Pidana), Semarang FH-Undip,

-----, 1996 Sosialisasi Undang-Undang Rakyat Terlatih, Sambutan Rektor Undip, dalam Seminar UU Ratih, Semarang, Kerjasama Undip dengan Lemhamnas,

-----, 2000, *Prinsip-Prinsip Pembentukan Pengadilan Hak Asasi Manusia (HAM)* (Makalah) dalam Semiloka tentang Hukum Humaniter Internasional dan Pembentukan Pengadilan Pidana Internasional, Jakarta.

-----, 2000, *Prinsip-Prinsip Pengadilan Pidana bagi Pelanggaran HAM Berat di Era Domokrasi*, "Makalah" Dalam Seminar Nasional, FH Unissula, Semarang,

-----, 2000, *Pengadilan Pidana bagi Pelanggaran HAM Berat di Era Demokrasi*, Majalah Analisis Vol I No 1- Mei-Juni, Jakarta.

-----, 2002, *International Criminal Court Sebagai Karya Agung Antar Bangsa*, "Makalah" Ceramah Di Fakultas Hukum-Undip, Semarang, Tanggal, 5 Maret 2002

Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Bandung Alumni.

-----, 1992, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung-Alumni

Mauna, Boer, 1990, *Naskah Akademis Peraturan-Perundang-undangan tentang Pembuatan Perjanjian Internasional*, Jakarta, kerjasama Deplu dengan BPHN.

Nawawi, Arief, Barda, 1990, *Perbandingan Hukum Pidana*, Jakarta, Raja Grafindo Perkasa,

- , 1994, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Semarang, Ananta.
- , *Batas-Batas Kemampuan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, 1996, "Makalah", Seminar Nasional Pendekatan Non penal dalam Penanggulangan Kejahatan, Semarang.
- , 1996, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung, Citra-Aditya Bakti.
- , 1997, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro.
- , 1998, *Perlindungan HAM dan Korban Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, "Makalah" Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi, Semarang.
- , 1998, *Kebijakan Legislatif tentang Kewenangan Penyidikan dalam Konteks Kebijakan Penegakan Hukum Pidana yang Integral*, "Makalah" Majalah Masalah-Masalah Hukum, Semarang, FH Undip, edisi April-Juni
- Pictet, Jean**, 1985, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Geneva, Martinus Nijhof Publisher.
- Pfanner, Toni**, 1998, *The Establishment of a Permanent International Court*, International Review of the Red Cross, No 322, thirty-eight year, Geneva, Publisher by ICRC
- Permanasari, Arlina**, 1999, *Pengantar Hukum Humaniter*, Jakarta, Kerjasama ICRC dan PSHM Trisakti
- Rottensteiner, Christa**, 1998, *Denial of Humanitarian Assistance as Crime Under International law*, International Review of the Red Cross, No 835 Vol I, Geneva, Publisher by ICRC
- Sudarto**, 1981, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung, Alumni
- , 1983, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Bandung, Alumni
- , 1986, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung, Alumni.
- , 1990, *Hukum Pidana I*, "Diktat" Mata kuliah Hukum Pidana, Semarang, Yayasan Sudarto, Fakultas Hukum-Undip.

Sekartadji, Kartini, 1994, "Tesis" *Implementasi Perjanjian Internasional mengenai Pelanggaran terhadap HAM dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Semarang, KPK Undip-UI

Soekanto, Soerjono, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, UI-Press.

Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, 1990, *Pengantar Penelitian Hukum Normatif*, Jakarta, Rrajawali Press.

Soemitro, Ronny Hanitijo, 1990, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Jakarta, Ghalia-Indonesia.

-----, 1992, *Peran Metodologi Dalam Pengembangan Ilmu Hukum*, Majalah Masalah-Masalah Hukum, No 5-1992, Semarang, FH Undip.

-----, 1993, *Grounded Research Dalam Penelitian Ilmu-Ilmu Sosial*, Dalam Majalah Masalah-Masalah Hukum, No 9 th 1993. Semarang, Fakultas Hukum Undip.

Starke, JG. 1984, *An Introduction to International Law*, Vol I, (Alih bahasa oleh Soemitro, dkk), Bandung, Aksara Persada-Indonesia.

-----, 1986, *An Introduction to International Law*, Vol II, (Alih bahasa oleh Soemitro, dkk) Bandung, Aksara Persada Indonesia.

Sunarko, 1986, *KUHP dan KUHPA*. Jakarta, Dahlia-Cakra.

Tasyrif, Yasin, 1990. Buku Pegangan Mahasiswa, Hukum Humaniter, Semarang, FH Undip.

Toeplitz, Heinrich, 1968, *The New Penal Code of the German Democratic Republic*.

Wallence, M Rebbeca, 1984, *International Law*, London, Sweet and Maxell

Wayan, I, Parthiana, 1989, *Pengaruh Konvensi-Konvensi Kejahatan Internasional terhadap Ratifikasi Hukum Pidana Nasional*, Jakarta Majalah Hukum dan Pembangunan No 2 th ke XIX-April

Dokumen-Dokumen :

1. *Statute International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1993.*
2. *Statute International Criminal Tribunal for The Rwanda, 1994*
3. *Statute Rome 1998 tentang International Criminal Court*
4. Putusan International Tribunal for the Former Yugoslavia dan Rwanda.

Peraturan-peraturan :

1. Konvensi Jenewa 1949 tentang Perlindungan Korban-Korban Akibat Konflik bersenjata.
2. Protokol Tambahan I dan II-1977 tentang Perlindungan Korban-Korban Konflik bersenjata Internasional dan Non Internasional.
3. KUHP Republik Demokrasi Jerman 1968
4. KUHP Yugoslavia
5. Amandemen UUD 1945 tahun 2000.
6. Konsep KUHP 2000
7. UU No 39 tahun 1999 tentang HAM
8. UU No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM