

341.69

BAN

le ep

Penelitian Hukum

(Tesis)

**KRIMINALISASI KEJAHATAN PERANG DALAM
PELANGGARAN HAK ASASI MANUSIA BERAT
DI INDONESIA**



**Disusun dan Diajukan untuk Melengkapi Syarat-syarat Guna Memperoleh
Derajat Magister dalam Ilmu Hukum Pada Program Magister Ilmu Hukum**

Universitas Diponegoro

Semarang

Oleh :

FAIZAL BANU

B.4A000270

Pembimbing :

PROF. DR. ROMLI ATMASASMITA, S.H, LL.M.

**MAGISTER ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG**

2004

PERSETUJUAN

Disetujui untuk dipertahankan,

Dosen Pembimbing



Prof. DR. ROMLI ATMASASMITA, S.H., LL.M.

NIP. 130.350.117

**KRIMINALISASI KEJAHATAN PERANG DALAM
PELANGGARAN HAK ASASI MANUSIA BERAT
DI INDONESIA**

Di susun oleh:

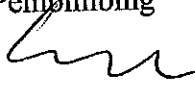
Nama : Faizal Banu
Nim : B4A000270
Program Kajian : Sistem Peradilan Pidana

Tesis Ini telah dipertahankan di depan Dewan Penguji pada tanggal Maret 2004
Memperoleh Gelar Magister Ilmu Hukum


Mengetahui:

Pembimbing

Ketua Program Magister Ilmu Hukum


Prof. DR. Romli Atmasasmita, SH, LL.M

NIP. 130.350.117


Prof. DR.H. Barda Nawawi Arief, SH

NIP. 130.350.519



KATA PENGANTAR

Segala puji bagi Allah, SWT yang memberi hidayah, pengasih dan penyayang. Salawat dan salam kita panjatkan pada Rasullulah Muhammad saw suri tauladan kita.

Atas kehendak Allah SWT, penulis dapat menyelesaikan tesis dengan judul:

“Kriminalisasi Kejahatan Perang Dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat Di Indonesia”

Penulisan tugas akhir ini disusun dalam rangka memenuhi tugas melengkapi syarat untuk memperoleh gelar magister dalam ilmu hukum pada Program Pasca Sarjana Universitas Diponegoro Semarang.

Penulisan tugas akhir ini tidak lepas dari bantuan dari berbagai pihak. Untuk itu penulis mengucapkan terima kasih yang mendalam kepada :

1. Bapak Prof. Dr. Romli Atmasasmita, S.H, LL.M, selaku pembimbing tesis yang telah banyak memberikan bimbingan dan masukan dan saran selama menyelesaikan tugas akhir ini.
2. Bapak Prof. Dr. H. Barda Nawawi Arief, S.H selaku Ketua Program Magister Ilmu Hukum, beserta seluruh staff dan pegawai di Program Pasca Sarjana Universitas Diponegoro, Semarang. yang telah banyak membantu demi kelancaran tesis ini.
3. Bapak Dr. Nyoman Serikat Putra Jaya, SH. MH dan Bapak Dr. Paulus Hadisoepipto, SH. MH yang telah mereview tesis ini sehingga menjadi lebih baik.
4. Bapak dan Ema Terhormat yang menjadi panutan dalam hidupku.
5. Bapak, Ibu mertua atas restu dan sayang serta pengertiannya.
6. Isteriku tercinta, Dewi Gunawati, S.H. M.Hum. yang memberi semangat terus-menerus serta kasih sayang dan kesetiannya.
7. Anakku terkasih, buah hatiku Putrie Fahira Banu.
8. Kakak-kakak dan Adik-adikku yang selalu mendoakanku.

9. Adikku manis, Ida Nurhayati, S.H. atas bantuannya demi kelancaran tesis ini.
10. Rekan-rekan S2 Kelas Kejaksaaan PPS Undip dan semua pihak yang telah membantu dalam penelitian, penyusunan dan penulisan tesis ini.

Ibarat tiada gading yang tak retak, kiranya tiada sesuatu apapun yang sempurna di dunia ini, demikian pula dengan penulis melalui bentuk hasil penulisan tesis ini yang tidak lepas dari segala kelemahan dan kekurangan yang ada.

Akhir kata semoga tesis ini dapat bermanfaat bagi pihak lain dan dapat memberi sumbangan pemikiran bagi Ilmu Hukum khususnya Hukum Pidana. Jasa baik Bapak/Ibu/Saudara, yang telah diberikan kepada penulis semoga mendapat imbalan yang berlipat ganda dari Allah SWT. Amin.

Semarang, Maret 2004

Penulis

Faizal Banu

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERSETUJUAN	ii
HALAMAN PENGESAHAN	iii
MOTTO DAN PERSEMBAHAN	iv
KATA PENGANTAR	v
DAFTAR ISI	vii
ABSTRAK	ix
BAB I : PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Perumusan Masalah	8
C. Tujuan Penelitian	10
D. Kontribusi Penelitian	10
E. Kerangka Konseptual	11
F. Metode Penelitian	20
G. Sistematika Penulisan	22
BAB II : TINJAUAN PUSTAKA	
A. Konsep Hak Asasi Manusia dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia	24
B. Konsep tentang Perang dan Hukum Perang	43
C. Konsep tentang Criminal Policy	62
D. Konsep tentang Sistem Peradilan Pidana dalam Proses Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat.	72
BAB III : HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	
A. Kebijakan Legislatif dalam Peratifikasian Sumber-Sumber Hukum Perang baik yang bersifat Internasional, maupun Non Internasional (Potokol Tambahan I dan II Tahun	

1977) di Indonesia.	81
A.1. Dasar Pertimbangan dari Kebijakan Legislatif untuk menetapkan Tindak Pidana dalam Kondisi peperangan baik yang bersifat Internasional maupun Non - Internasional (Protokol Tambahan I dan II Tahun 1977) di Indonesia.	81
A.2. Proses Peratifikasian Sumber-sumber Hukum Perang yang ada di Indonesia sebagai wujud penghormatan terhadap harkat dan martabat bangsa yang beradab	96
B. Perkembangan upaya kriminalisasi Kejahatan Perang (terutama Konflik Bersenjata yang bersifat Non Internasional/ Protokol Tambahan II Tahun 1977) dalam UU No. 26 Th. 2000 tentang Pengadilan HAM sebagai bagian dari Kebijakan Hukum Pidana di Indonesia	118
B.1. Prospek / peluang guna melakukan Upaya Kriminalisasi Kejahatan Perang dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat di Indonesia sebagaimana diatur dalam UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM	118
B.2 Bentuk Formulasi Tindak Pidana / Kejahatan Perang (Khususnya Non Internasional) dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat di Indonesia sebagaimana diatur Dalam UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.	129

BAB IV : PENUTUP

A. Kesimpulan	157
B. Saran	161

DAFTAR PUSTAKA

KRIMINALISASI KEJAHATAN PERANG DALAM PELANGGARAN HAK ASASI MANUSIA BERAT DI INDONESIA

Oleh: Faizal Banu

Abstrak

Penelitian dalam rangka penulisan tesis ini, dari segi kebijakan penal bertujuan untuk mengetahui tentang tindak pidana yang terjadi dalam suatu konflik bersenjata baik yang bersifat internasional maupun non internasional dan kemungkinan untuk dapat dilakukannya kriminalisasi kejahatan perang dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Penelitian ini tergolong penelitian deskriptif, namun dari kerangka acuan analisisnya tergolong: penelitian Inventarisasi hukum positif, penelitian terhadap asas-asas hukum. Metode pendekatan yang dipergunakan adalah pendekatan hukum normatif. Penelitian ini menitikberatkan pada data sekunder, sedangkan data primer lebih bersifat menunjang kepustakaan dan studi dokumen. Namun di samping itu juga dilengkapi dengan studi lapangan di International Committee of Red Cross dan Panitia Tetap Hukum Humaniter Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia R.I di Jakarta.

Hasil penelitian dan pembahasan yang diperoleh penulis bahwa belum ada kebijakan penal saat ini dalam penanggulangan kejahatan perang, terutama perang yang bersifat non internasional yang terlihat dengan belum diratifikasinya Protokol Tambahan II Tahun 1977 tentang Konflik Bersenjata yang bersifat Non Internasional. Kondisi ini diperparah lagi dengan tidak dimasukkannya materi kejahatan perang dalam Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Kata kunci: ratifikasi, kriminalisasi, kejahatan perang, pelanggaran ham

WAR CRIMES CRIMINALIZATION INTO THE GRAVE BREACHES OF HUMAN RIGHTS IN INDONESIA

By: Faizal Banu

ABSTRACT

Research of this thesis from the penal policy side on purpose to know about crime which happened in International and Non International Armed Conflict situation and about prospect for war crimes criminalization into the grave breaches of human rights in Indonesia.

This research belongs to clasify descriptive research, nevertheless from the frame guidance, the analysis belongs to clasify of positive law inventory research, principles of legal scienc. This research used normative law approach methods. It mainly used secondary data, while primarily data was used as bibliography and document study support. Moreover, it is completed with a follow study at International Committee of The Red Cross and The Humanitarian Permanent Committee of Judgement and Human Right Departement in Jakarta.

The result and discussion show that yet there is no penal policy at this time in order to resolving war crimes, expecially non international armed conflict it's seen that protocol additional to the Geneva conventions of 12 august 1949 and relating to the protection of victims of non international armed conflict (Protocol II) of 8 june 1977 have not be ratified by government of Indonesia. The worse situation was war crimes substantif not be adopted into the grave breaches of human rights in Indonesia. (Human Rights Tribunal Act)

Keywords: ratification, criminalization, war crimes, the grave breaches of human rights

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG

Pembaharuan dibidang hukum senantiasa ditumbuh kembangkan seiring dengan upaya perbaikan dibidang ekonomi yang terutama pada saat ini mengalami keterpurukan akibat krisis yang melanda Asia sejak tahun 1997 berdampak besar terhadap negara-negara yang mengalaminya, terutama di bidang ekonomi. Dibandingkan dengan negara Asia lainnya seperti Korea Selatan dan Thailand, Indonesia mengalami dampak yang jauh lebih buruk. Krisis yang melanda bangsa Indonesia tidak hanya berupa krisis ekonomi, tetapi juga krisis sosial, politik, budaya moral dan yang terutama adalah hukum. Krisis ternyata juga berdampak pada meningkatnya pelanggaran Hak Asasi Manusia (HAM) juga terjadi di daerah operasi militer seperti Aceh, Irian Jaya dan Timor Timur (sebelum akhirnya lepas dari wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia).

Permasalahan Hak Asasi Manusia bukanlah persoalan yang terjadi di Indonesia saja, melainkan persoalan yang terjadi di negara-negara lainnya. Hal ini dapat diketahui dari persoalan-persoalan yang dihadapi dunia atas terjadinya pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berupa kejahatan kemanusiaan, genocida dan sebagainya yang dinilai melukai rasa keadilan masyarakat internasional dan harus ditindak sesuai ketentuan hukum yang berlaku.

Proses Penegakan Hak Asasi Manusia di Indonesia sekarang ini masih jauh dari harapan, sebagaimana yang dikemukakan oleh **Achmad Ali** :

“Dibidang penegakan Hak Asasi Manusia Indonesia masih sangat mengecewakan, salah satu contohnya dalam 17 butir rekomendasi dan ikhtisar yang dibuat *United Nations Committee Against Torture*, diantaranya mengenai belum optimalnya pemerintah Indonesia dalam melindungi HAM, baik secara perorangan maupun kelompok.”¹

Hak Asasi Manusia merupakan persoalan yang sangat penting pada saat ini karena segala peristiwa yang terjadi dimasa lalu, terutama dimasa Orde Baru mendapat perhatian kembali dari rakyat Indonesia, Timur Timur bergejolak sampai akhirnya memisahkan diri menjadi negara yang merdeka, Aceh yang semakin memanas dimana perlawanan bersenjata dari Gerakan Pengacau Keamanan semakin gencar dilakukan, perselisihan antar agama yang terjadi di Maluku yang menjadikan peringatan bersama akan ancaman gerakan separatis dari Republik Maluku Selatan dan masih banyak lagi contoh-contoh permasalahan dibidang Hak Asasi Manusia yang terjadi dimasa lalu tetapi justru di era reformasi semakin meruncing dan mengancam stabilitas dan keamanan di dalam negeri.

Perkembangan yang pesat didunia peradilan bagi pelanggar Hak Asasi Manusia, seperti misalnya diadilinya pelanggar HAM di Rwanda (1994) dalam perang bersaudara antara Suku Khutu dan Suku Tutsi, ataupun sedang berjalannya *War Crime Tribunal on Yugoslavia* terhadap mantan pemimpin Serbia yang bernama Slobodan Milosevic atas tuduhan kejahatan kemanusiaan di Kroasia Tahun 1991-1992, Bosnia Tahun 1992-1995, dan di Kosovo Tahun 1998-1999, memberikan warna tersendiri bagi Peradilan HAM dimana disetiap negara ditumbuh kembangkan budaya pengusutan pelanggaran HAM melalui jalur hukum.

¹ Achmad Ali, *Loyonya Penegakan Hukum dan HAM*, Koran Tempo, Rabu 30 Januari 2002, Hal. 7.

Perkembangan tersebut juga terjadi di Indonesia, seiring pergantian rezim dari yang bernuansa otoriter menuju rezim yang demokratis, desakan terhadap pengusutan bagi para pelanggar HAM kian terasa, mulai dari Kasus Pelanggaran Hak Asasi Manusia di Timor-Timur, Pelanggaran HAM di Semanggi, Trisakti sampai pada tuntutan pembukaan kasus-kasus lama seperti pertanggungjawaban atas pelaksanaan semasa kebijakan pelaksanaan Daerah Operasi Militer (DOM) seperti di Daerah Istimewa Aceh, maupun juga Peristiwa Tanjung Priok tahun 1984 yang banyak meninggalkan korban tanpa menunjukkan secara pasti siapa pelakunya.

Penafsiran terhadap pelaksanaan Hak Asasi Manusia oleh berbagai negara banyak dijumpai perbedaan sehingga berakibat sering terjadinya perbedaan persepsi yang pada akhirnya mempengaruhi hubungan internasionalnya. **Baharudin Lopa** memberikan gambaran terhadap pelaksanaan Hak Asasi Manusia sebagai berikut :

“Pelaksanaan HAM diseluruh dunia hendaklah konsekuen memperlakukan sama dan adil. Janganlah hendaknya karena perbedaan etnis atau agama, ras, kedudukan sosial dan sebagainya, mereka mendapat perlindungan HAM yang berbeda. HAM adalah sesuatu yang suci dan ia difungsikan untuk menjamin persamaan dan kebebasan serta harkat dan martabat manusia, agar terwujud keadilan diantara sesama manusia dan bangsa. Sangat disayangkan masih ada saja negara tertentu dengan menyelagunakan HAM, atau sengaja menafsirkan HAM menurut versinya sendiri dengan tak memperhatikan latar belakang dan kondisi negara lain untuk mencapai tujuan politiknya”.²

Permasalahan pemahaman tentang Hak Asasi Manusia sebagaimana di atas masih terasa sampai kini dimana sering terjadi perbedaan penafsiran dari tiap-tiap bangsa yang digunakan dalam rangka kepentingan negara / kelompok tertentu saja. Hal ini menimbulkan adanya ketidakadilan yang dirasakan oleh golongan yang lain, sebagai salah satu contohnya adalah bagaimana pengalaman-pengalaman pahit

² Baharudin Lopa, *Masalah-Masalah Politik Hukum Sosial Budaya Dan Agama*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2001, Hal. 155.

yang dirasakan oleh kaum muslimin di Bosnia dari kesewenang-wenangan tentara Serbia, maupun penderitaan rakyat Chechnya akibat gempuran-gempuran yang dilakukan tentara Rusia tanpa pandang bulu.

Perserikatan Bangsa-Bangsa tidak bisa tinggal diam manakala di negara tertentu terjadi pelanggaran HAM yang tidak mendapat penyelesaian secara hukum sebagaimana mestinya. Hal ini seperti yang diberitakan *Sydney Morning Herald* Edisi 3 Februari 2001, Letnan Jendral (Purn) Yunus Yosfiah akan ditangkap oleh PBB akibat pembunuhan atas lima orang wartawan asing di perbatasan Timor Barat. Ancaman PBB ini jelas memberi gambaran yang tidak sepele mengenai suatu masalah yang kini mempunyai efek global. HAM mirip “agama global” yang mampu memaksa suatu negara untuk tunduk pada semua ketentuan yang ada didalamnya. Bersifat memaksa karena setiap perlawanan atas HAM akan menuai tekanan dalam berbagai bentuk, mulai dari pemutusan hubungan diplomatik hingga embargo ekonomi. Melalui HAM keberhasilan pemerintah tidak lagi diukur dari angka pertumbuhan ekonominya melainkan juga bagaimana negara itu “memperlakukan” rakyatnya. Bahkan tiap bantuan keuangan kini menyertakan alat ukur HAM didalamnya³

Dalam kondisi pertikaian bersenjata / peperangan pelanggaran HAM sering terjadi, oleh karena itu peperangan yang adil dan berjiwa ksatria serta humanis mutlak diperlukan guna mencegah lebih jauh terjadinya pelanggaran HAM.

Penyerangan atau bahkan pembunuhan penduduk sipil yang tidak berdosa saat ini juga terjadi dimana dalam setiap pertikaian bersenjata yang terjadi antara

³ Eko Prasetyo, *HAM Kejahatan Negara dan Imperialisme Modal*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001, Hal. 3-4.

Tentara Nasional Indonesia dengan pihak Gerakan Aceh Merdeka di Aceh tidak sedikit penduduk sipil menjadi korban, yang seharusnya kondisi ini tidak terjadi.

Sampai dengan Bulan Oktober 2001, aktivis Hak Asasi Manusia mencatat 171 nyawa sipil hilang ditelan konflik. Jumlah ini baru terdata di dua kabupaten, yakni Kabupaten Aceh Utara dan Bireuen. Menurut Koordinator PB HAM Aceh **Yusuf Ismail Pase**, konflik kekerasan kekerasan di Aceh masih berlanjut, meskipun pemerintah telah mengupayakan penyelesaian komprehensif kasus Aceh. Apa yang terjadi di Aceh, menurut Yusuf adalah sama para orang tua dulu kepada anak-anaknya tentang sebuah cerita perang. Buktinya, sejak Januari hingga Oktober 2001 saja telah terjadi upaya penghilangan nyawa manusia secara tidak wajar sebanyak 171 orang. Korban ini dihabisi melalui berbagai modus operandi. Jumlah korban tewas yang sesungguhnya, diakui Yusuf lebih banyak dari yang sempat dicatat. Dari 171 korban itu, 75 diantaranya tewas dengan luka tembak, 31 lagi merupakan korban tak dikenal.⁴

Dari sumber lain disebutkan bahwa selama sembilan bulan (Januari – September 2001) telah banyak korban pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berupa : pembunuhan diluar proses hukum, menimbulkan korban yang melayang jiwanya sebanyak 483 orang. Ini berarti selama 270 hari, setiap harinya korban pembunuhan diluar proses hukum berjumlah 1-2 orang. Sedangkan event pembunuhan diluar proses hukum ini selalu menimbulkan korban jiwa yang melayang sebanyak 2-3 orang, dan event pembunuhan ini terjadi 1-2 setiap hari selama 9 bulan.

⁴ Koran Tempo, **Hingga Oktober 2001, 171 Nyawa Melayang Di Aceh**, Selasa 27 Nopember 2001, Hal. 8.

Penyiksaan dan atau penganiayaan menimbulkan korban sebanyak 293 orang. Ini berarti selama 270 hari setiap harinya korban penyiksaan dan atau penganiayaan 1 orang lebih. Sedangkan event penyiksaan dan atau penganiayaan terjadi sebanyak 91 event. Jadi setiap event penyiksaan dan atau penganiayaan selalu menimbulkan korban sebanyak 3-4 orang, dan event penyiksaan dan atau penganiayaan terjadi hampir setiap 2-3 hari sekali.

Penghilangan orang menimbulkan korban sebanyak 81 orang. Ini berarti selama 270 hari, setiap harinya korban penghilangan orang satu orang lebih. Sedangkan penghilangan orang terjadi sebanyak 31 event. Jadi setiap event penghilangan orang selalu menimbulkan korban sebanyak 2-3 orang, dan event penghilangan orang terjadi hampir setiap 8-9 hari sekali.

Penahanan semena-mena, menimbulkan korban sebanyak 364 orang. Ini berarti selama 270 hari setiap harinya korban penahanan semena-mena 1 orang lebih. Penahanan semena-mena terjadi sebanyak 78 event. Jadi setiap event penahanan semena-mena terjadi hampir setiap 3-4 hari sekali.⁵

Jenis pelanggaran HAM yang lain sebagaimana yang terjadi dalam peristiwa Tanjung Priok pada tanggal 12 Desember 1984 diperoleh fakta-fakta yang didapat baik melalui data primer, sekunder maupun tertier berhasil disusun pola pelanggaran HAM yang terjadi pada Peristiwa Tanjung Priok menurut **Ahmad Hambali** sebagai berikut:

1. Pelarangan atas kebebasan untuk mengemukakan pendapat (*Right to Freedom of Expression*).

⁵ Edwin Partogi dkk, *Stagnasi HAM, Laporan Tahunan Kondisi HAM Di Indonesia 2001*, Kontras Jakarta, 2002 Hal. 87-88.

2. Pembunuhan diluar proses hukum atau pembunuhan seketika. (*Extra Judicial or Summary Killing*)
3. Penyiksaan (*Torture*)
4. Penahanan sewenang-wenang (*Arbitrary Detention*)
5. Penghilangan paksa (*Enforced Disappearance and Involuntary Disappearances*)
6. Pengadilan yang tidak jujur (*Unfair Trial*)⁶

Peperangan maupun pertikaian bersenjata yang berakibat pada jatuhnya korban jiwa yang tidak semestinya menjadi korban seperti misalnya penduduk sipil (*Non Combatan*) seharusnya mendapat perhatian yang serius untuk mencari suatu penyelesaian yang adil dan manusiawi. Para pihak yang terbukti melakukan kejahatan ataupun tindakan lain pada waktu terjadi konflik bersenjata sudah seharusnya mendapat hukuman / pidana yang setimpal dengan perbuatannya, dan hakimpun hendaknya mampu menggali nilai-nilai keadilan yang tumbuh dimasyarakat, manakala peraturan perundang-undangan yang mengatur permasalahan tersebut dinilai kurang memadai, apalagi bila para penegak hukum kita terutama hakim hanya berpedoman pada peraturan perundang-undangan semata saja tanpa mau menggali nilai-nilai keadilan dalam masyarakat sebagaimana yang dikemukakan oleh **Roeslan Saleh** :

“Jika pikiran hakim pidana masih dikuasai oleh ilmu pengetahuan yang sempit, yaitu masih memandang ilmu pengetahuan hukum pidana itu sebagai ilmu pengetahuan normatif semata-mata dan peradilan pidana itu hanya sebagai suatu penerapan dari undang-undang atas peristiwa yang dituduhkan, maka ia akan sedikit sekali merasakan tentang apa yang disebut hakekat dari keadilan itu”.⁷

Hukum positif kita saat ini terutama yang mengatur masalah Hak Asasi

Manusia yang dalam hal ini diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 dan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tidak mengatur masalah kejahatan

⁶ Ahmad Hambali et al, *Sakralisasi Ideologi Memakan Korban, Sebuah Laporan Investigasi Kasus Tanjung Priok*, Kontras, Jakarta, 2001, Hal. 25.

⁷ . Roeslan Saleh, *Mengadili Sebagai Pergulatan Kemanusiaan*, Aksara Baru, Jakarta, 1983, Hal. 34.

perang, yaitu kejahatan yang ditimbulkan pada saat maupun akibat terjadinya peperangan.

Suatu hal yang sangat penting adalah bagaimana upaya preventif yang harus dilakukan guna menghindari terjadinya pelanggaran HAM saat terjadinya sengketa bersenjata, yaitu dengan menciptakan kondisi pertikaian bersenjata / perang yang adil dan humanis melalui upaya formulasi / kebijakan legislatif dalam membentuk landasan hukum, serta hal lain yang tidak kalah penting adalah upaya represif yang berupa penanganan dalam penyelesaian konflik kehidupan sosial akibat terjadinya pelanggaran Hak Asasi Manusia tersebut.

B. PERUMUSAN MASALAH

Dari uraian diatas timbul masalah mengenai :

1. Bagaimana kebijakan legislatif dalam peratifikasian sumber-sumber hukum perang baik yang bersifat Internasional maupun Non Internasional (Protokol Tambahan I dan II Tahun 1977) di Indonesia ?
2. Bagaimana upaya kriminalisasi Kejahatan Perang (terutama konflik bersenjata Non Internasional / Protokol Tambahan II Tahun 1977) dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia sebagai bagian dari kebijakan hukum pidana di Indonesia ?

Perumusan kedua masalah sebagaimana tersebut diatas merupakan perumusan yang sangat luas, oleh karena itu perlu dilakukan pembatasan permasalahan sebagai berikut:

1. Dalam membahas perumusan permasalahan yang pertama, maka kajian akan difokuskan pada :
 - a. Dasar pertimbangan dari kebijakan legislatif untuk menetapkan tindak pidana dalam kondisi peperangan baik dalam perang yang bersifat Internasional maupun Non Internasional (Protokol Tambahan I dan II Tahun 1977) di Indonesia.
 - b. Bagaimana perkembangan proses peratifikasian sumber-sumber hukum perang yang ada di Indonesia sebagai wujud penghormatan terhadap harkat dan martabat bangsa yang beradab.
2. Untuk membahas permasalahan yang kedua, maka kajian akan difokuskan pada :
 - a. Bagaimana prospek / peluang guna melakukan upaya kriminalisasi kejahatan perang dalam pelanggaran HAM berat di Indonesia sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.
 - b. Bagaimana memformulasikan tindak pidana / kejahatan perang (khususnya Non Internasional) dalam pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat di Indonesia sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

C. TUJUAN PENELITIAN

Mengacu pada pokok masalah seperti yang diuraikan di atas maka tujuan penelitian ini adalah untuk mengkaji dan mencari jawaban atas masalah-masalah tentang:

1. Upaya dibidang kebijakan legislatif dalam peratifikasian sumber-sumber hukum perang baik yang bersifat Internasional maupun Non Internasional di Indonesia.
2. Upaya pengkriminalisasian setiap bentuk kejahatan dalam perang, khususnya perang yang bersifat Non Internasional kedalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, disamping kejahatan terhadap kemanusiaan dan genocida yang sudah ada sekarang ini di Indonesia.

D. KONTRIBUSI PENELITIAN

Hasil penelitian ini diharapkan dapat berguna bagi upaya untuk menyelesaikan persoalan yang terjadi sebagai akibat dari terjadinya pertikaian bersenjata yang bersifat Non Internasional seperti yang terjadi di Aceh, Maluku serta Irian Jaya sebab dalam pertikaian di daerah-daerah tersebut sangat sering terjadinya pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat yang seringkali berakibat pada menurunnya citra penegakan hukum Indonesia dimata internasional dan yang terutama adalah dengan melakukan pengaturan hukum yang lengkap dalam setiap peperangan akan memberikan payung hukum dan terutama tudingan atas pelanggaran HAM.

E. KERANGKA KONSEPTUAL

Hak Asasi Manusia menurut Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 adalah seperangkat hak yang melekat pada hakekat keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Muladi memberikan penafsiran tentang Hak Asasi Manusia sebagai berikut :

“Secara universal diartikan sebagai “ *Those rights which are inherent in our nature and without which we can not live as human being* “ oleh masyarakat dunia, rumusan dan pengakuannya telah diperjuangkan dalam kurun waktu yang sangat panjang. Bahkan sampai saat inipun hal tersebut masih berlaku, dengan aneka dimensi permasalahan yang muncul karena pelbagai spektrum penafsiran yang terkait didalamnya”.⁸

Bahwa dalam upaya pemajuan dan perlindungan HAM, Indonesia sebagai bagian dan anggota masyarakat Internasional, terikat untuk menghormati prinsip-prinsip dasar tentang pemajuan dan perlindungan HAM sebagaimana yang tertuang dalam dalam Deklarasi Universal PBB tentang HAM, Deklarasi Wina tentang HAM dan instrumen-instrumen HAM Internasiona dimana Indonesia menjadi Negara Pihak.

Upaya pemajuan dan perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia di Indonesia dilakukan berdasarkan prinsip pengakuan atas universalitas HAM, prinsip kesetupaduan, prinsip keseimbangan dan prinsip kerjasama internasional. Prinsip ini menjadi panduan Indonesia dalam berdialog tentang Hak Asasi Manusia dengan berbagai masyarakat internasional.

⁸ Muladi, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Undip Press, Semarang, 1997, hal.1

Hak Asasi Manusia merupakan milik semua orang, baik anak-anak, orang tua, kaum miskin, kaya, rakyat jelata maupun penguasa. Hal ini lebih lanjut juga dikatakan oleh **Yap Thiam Him** bahwa Hak-hak Asasi Manusia juga adalah milik dari pejabat-pejabat yang harus dihormati dan dilindungi, karena pejabat-pejabat adalah manusia juga dengan martabat dan harkat yang sama dengan rakyat".⁹

Indonesia mengakui bahwa Hak-Hak Asasi Manusia bersifat universal, namun perlu dicatat bahwa masyarakat internasional sebagaimana dinyatakan dalam Deklarasi Wina tahun 1993, juga telah menyetujui dan menyepakati bahwa pelaksanaannya merupakan wewenang dan tanggung jawab setiap pemerintah negara dengan memperhatikan sepenuhnya keanekaragaman tata nilai, sejarah, kebudayaan, sistem politik, tingkat pertumbuhan sosial dan ekonomi serta faktor-faktor lain yang dimiliki bangsa yang bersangkutan.

Masalah pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat diatur dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Adapun permasalahan yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat adalah sebagaimana yang diaatur dalam Pasal 7, yang selanjutnya diperinci lebih lanjut dalam Pasal 8 dan 9 Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, yaitu :

1. Kejahatan Genosida, yaitu setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian suatu bangsa, ras, 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 didalam kelompok ; atau

⁹ Yap Thiam Hien, *Negara, Hak Asasi Manusia dan Demokrasi*, YLBHI, Jakarta, 1997, Hal.5

- e. Memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain.
2. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan 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 yang setara ;
 - h. Penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional ;
 - i. Penghilangan orang secara paksa ; atau
 - j. Kejahatan Apartheid.

Dalam Statuta Roma, International Criminal Court, disebutkan 4 (empat) kejahatan dalam Juridiksi Mahkamah Pidana Internasional sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 5 ayat (1) yaitu :

1. Kejahatan Genocida ;
2. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan ;
3. Kejahatan Perang ;
4. Kejahatan Agresi.

Pertikaian antara negara-negara pada umumnya dapat diselesaikan dengan dua cara yaitu cara penyelesaian secara damai dan penyelesaian lewat paksaan atau dengan kekerasan.

Cara penyelesaian dengan paksaan atau dengan kekerasan menurut **J.G. Starke** meliputi:

1. Perang

2. Retorsi
3. Tindakan pembalasan (reprisal)
4. Blokade secara damai
5. Intervensi.¹⁰

Perang adalah suatu kejadian yang tidak diinginkan umat manusia, karena peperangan menimbulkan kesengsaraan dan kerugian yang tidak ternilai harganya. Quincy Wright salah seorang pakar hukum internasional terkemuka tidak dapat menemukan dengan pasti kapan sebenarnya perang itu pertama kali ada.

Dalam Hal ini **Quincy Wright** mengkategorikan empat tahapan perkembangan sejarah perang yaitu:

1. Perang yang dilakukan oleh binatang (*by animals*);
2. Perang yang dilakukan oleh manusia primitif (*by primitive men*)
3. Perang yang dilakukan oleh manusia yang beradab (*by civilized men*);
4. Perang yang menggunakan teknologi modern (*by men using modern technology*).¹¹

Adapun definisi perang itu sendiri banyak dikemukakan oleh banyak ahli antara lain sebagaimana yang dikatakan oleh **Mochtar Kusumaatmadja**:

*“Perang adalah suatu keadaan dimana suatu negara atau lebih terlibat dalam suatu persengketaan bersenjata, disertai dengan pernyataan niat salah satu pihak untuk mengakhiri hubungan damai dengan pihak lain, sehingga menurut Mochtar yang menjadi pokok esensiil dari perang adalah: adanya animus belligerendi, yaitu niat untuk mengakhiri hubungan damai, jadi bukan penggunaan kekerasan senjata”.*¹²

Dalam setiap peperangan perlu ada suatu pengaturan tentang bagaimana suatu perang seharusnya dilakukan sebab sering terjadi kekejaman, tipu muslihat dan menghalalkan segala cara guna memenangkan setiap peperangan, maka perang harus

¹⁰ J.G. Starke, **Pengantar Hukum Internasional (terjemahan)**, Justitia Study Group, Bandung, 1986, Hal. 284.

¹¹ Dikutip dari Fadillah Agus, **Bentuk-Bentuk Sengketa Bersenjata dalam Hukum Humaniter Suatu Perspektif**, Massma Sikumbang, Jakarta 1997, Hal. 1.

¹² GPH. Haryomataram, **Sekelumit Tentang Hukum Humaniter**, UNS, Surakarta, 1994, Hal. 4.

diatur dalam suatu bentuk hukum. Dalam hukum perang inilah yang hendak mengatur hak dan kewajiban pihak berperang, dan juga hubungan antara pihak berperang dengan pihak ketiga yang tetap netral.

Mochtar Kusumaatmadja membagi hukum perang dalam dua kategori yaitu:

1. Jus ad Bellum (hukum tentang perang)
Mengatur dalam hal bagaimana negara dibenarkan menggunakan kekerasan senjata.
2. Jus in Bello (hukum yang berlaku dalam perang). Ini dibagi dua yaitu:
 - a. Yang mengatur cara dilakukannya perang (*Conduct of war*) "*Haque Laws*".
 - b. Yang mengatur perlindungan orang-orang yang menjadi korban perang, "*Geneva Laws*".¹³

Dalam perkembangan selanjutnya istilah Hukum Perang berubah menjadi Hukum Humaniter dengan maksud agar sisi kemanusiaan lebih ditonjolkan meskipun dalam kondisi konflik bersenjata sekalipun.

Kebijakan hukum pidana dalam kerangka penanggulangan kejahatan dapat dirumuskan sebagai upaya bagaimana membuat/membentuk peraturan hukum pidana dimasa mendatang secara efektif dan berdaya guna.¹⁴

Kebijakan pidana memiliki arti yang banyak sebagaimana dikemukakan oleh para pakar hukum, salah satunya oleh **Sudarto** yang mengatakan :

"Kebijakan pidana sebagai kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan".¹⁵

¹³ Syahmin AK, **Hukum Internasional Humaniter Bagian I**, Armico, Bandung, 1985, Hal. 7.

¹⁴ Sudarto, **Hukum dan Hukum Pidana**, Alumni, Bandung, 1986, 153

¹⁵ Sudarto, **Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat**, Sinar Baru, Bandung, Hal 20

Politik kriminal (*Criminal Policy*) adalah usaha rasional untuk menanggulangi kejahatan. Politik kriminal ini menurut **Barda Nawawi Arief** merupakan bagian dari politik penegakan hukum dalam arti luas (*Law Enforcement Policy*). Semuanya merupakan bagian dari politik sosial (*Social Policy*), yakni usaha dari masyarakat atau negara untuk meningkatkan kesejahteraan dari warganya.¹⁶

Upaya penanggulangan kejahatan tidak semata-mata secara penal saja, tetapi juga dilakukan dengan upaya-upaya non penal. Dalam kerangka penanggulangan kejahatan ini tidak terlepas dari pemikiran bahwa hakekat dan tujuan penanggulangan kejahatan dalam rangka melindungi masyarakat dari kejahatan (*social defence policy*), yang pada akhirnya guna mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare policy*).

Penyusunan suatu perundang-undangan yang mencantumkan ketentuan pidana menurut **Sudarto** haruslah memperhatikan beberapa pertimbangan kebijakan sebagai berikut:

1. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata materiil spiritual berdasarkan Pancasila. Sehubungan dengan ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengurangan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat.
2. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan *perbuatan yang tidak dikehendaki*, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiil dan atau spiritual) atas warga masyarakat.
3. Penggunaan hukum pidana harus memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*)
4. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*).¹⁷

¹⁷ Sudarto, **Hukum dan Hukum Pidana**, Op. cit, Hal 44 - 48

Hal lain yang perlu diperhatikan apabila suatu perundang-undangan menetapkan ketentuan pidana adalah jenis sanksi pidana yang akan dikenakan kepada pelanggar ketentuan tersebut. Suatu penentuan jenis sanksi haruslah mempertimbangkan hal-hal yang berkaitan dengan efektifitas dari bermacam-macam sanksi pidana.

Menurut **Bassiouni** bahwa tujuan-tujuan yang ingin dicapai oleh pidana pada umumnya terwujud dalam kepentingan-kepentingan sosial yang mengandung nilai-nilai tertentu yang perlu dilindungi.

Kepentingan-kepentingan sosial itu menurut **Bassiouni** ialah:

- (1) pemeliharaan tertib masyarakat
- (2) perlindungan warga masyarakat dari kejahatan, kerugian atau bahaya-bahaya yang tidak dapat dibenarkan, yang dilakukan oleh orang lain;
- (3) memasyarakatkan kembali (resosialisasi) para pelanggar hukum;
- (4) memelihara atau mempertahankan integritas pandangan – pandangan dasar tertentu mengenai keadilan sosial, martabat kemanusiaan dan keadilan individu.¹⁸

Pada dasarnya masalah strategis yang harus ditanggulangi menurut **Barda Nawawi Arief** ialah menangani masalah-masalah atau kondisi-kondisi sosial secara langsung atau tidak langsung yang dapat menumbuhkan kejahatan. Ini berarti penanganan dan penggarapan masalah-masalah itu justru merupakan posisi kunci dan strategis dilihat dari sudut politik kriminal. Oleh karena itu wajar apabila kongres PBB ke-6 tahun 1980 sangat memperhatikan masalah ini.

Dalam pertimbangan resolusi mengenai "*crime trends and criminal prevention strategis*" antara lain dikemukakan:

- Bahwa masalah kejahatan merintang kemajuan untuk mencapai kualitas hidup yang pantas bagi semua orang (*crime problem impedes progress towards the attainment of an acceptable quality of life for all people*);

¹⁸ Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, Citra Aditya Bhakti, 1996, Hal. 39-40

- Bahwa strategi pencegahan kejahatan harus didasarkan pada penghapusan sebab-sebab dan kondisi-kondisi yang menimbulkan kejahatan; (*crime prevention strategies should be based upon the elimination of causes and conditions giving rise to crime*);
- Bahwa penyebab utama dari kejahatan dibanyak negara ialah ketimpangan sosial, diskriminasi rasial dan diskriminasi nasional, standar hidup yang rendah, pengangguran dan kebutahurufan (kebodohan) diantara golongan besar penduduk.¹⁹

Menurut **Barda Nawawi Arief**, salah satu aspek kebijakan sosial yang kiranya patut mendapat perhatian adalah penggarapan masalah kesehatan jiwa masyarakat (*social hygiene*), baik secara individual sebagai anggota masyarakat maupun kesehatan/kesejahteraan keluarga (termasuk masalah kesejahteraan anak dan remaja) serta masyarakat luas pada umumnya. Penggarapan masalah *mental health*, *national mental health* dan *child welfare* inipun dikemukakan dalam skema **Hoefnagels** sebagai salah satu jalur *prevention of crime without punishment* (jalur “non-penal”).²⁰

Konsep tentang Sistem Peradilan Pidana Umum sebagaimana yang dimuat dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana terdiri dari 4 unsur penegak hukum, yang terdiri dari Polisi sebagai Penyelidik dan Penyidik, Jaksa sebagai Penuntut Umum, Hakim sebagai Pemeriksa dan Pemutus di Pengadilan dan Lembaga Pemasyarakatan sebagai pelaksana putusan, sebagaimana yang dikemukakan oleh **Romli Atmasasmita** bahwa :

“Apabila ditelaah secara teliti isi ketentuan sebagaimana dimuat dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981, maka *“Criminal Justice System”* di Indonesia terdiri atas komponen Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Lembaga Pemasyarakatan sebagai aparat penegak hukum. Keempat aparat tersebut memiliki hubungan yang sangat erat satu sama lain. Bahkan dapat dikatakan saling

¹⁹ Ibid, Hal. 11

²⁰ Ibid, Hal. 54

menentukan. Pelaksanaan penegakan hukum berdasarkan UU No. 8 Tahun 1981 (seharusnya) merupakan suatu usaha yang sistematis.²¹

Sistem Peradilan Pidana terhadap pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat mengalami perbedaan yang cukup besar, dimana perbedaan tersebut terletak pada tidak dilakukannya proses penyelidikan oleh aparat kepolisian, tetapi dilaksanakan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia atau oleh Komnas HAM tersebut dibentuk Tim Ad Hoc yang terdiri dari Komnas HAM dan unsur masyarakat sebagaimana diatur dalam Pasal 18 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Proses Penyidikan perkara pelanggaran HAM Berat tidak juga dilakukan oleh aparat Kepolisian, tetapi dilaksanakan oleh Jaksa Agung (Pasal 21 ayat (1)), atau bersama-sama dengan unsur pemerintah dan masyarakat yang tergabung dalam Penyidik Ad Hoc (Pasal 21 ayat (3) UU No. 26 Tahun 2000), demikian juga pada tahap penuntutan, sedangkan dalam proses pemeriksaan di pengadilan harus dibentuk / diangkat Hakim Ad Hoc yang diangkat oleh Presiden atas usul Ketua Mahkamah Agung (Pasal 28 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000).

Apabila dibandingkan lebih jauh dengan Sistem Peradilan Pidana Umum (KUHAP), dalam Sistem Peradilan Pidana Pelanggaran Berat HAM banyak sekali perbedaan-perbedaan lain yang sangat mendasar pada substansinya.

²¹ Romli Atmasasmita, **Sistem Peradilan Pidana (Criminal Justice System)**, Bina Cipta, Bandung, 1996, Hal. 89

F. METODE PENELITIAN

Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (LIPI) memberikan definisi tentang Penelitian yaitu :

Semua kegiatan pencarian penyelidikan dan percobaan secara ilmiah dalam suatu bidang tertentu untuk mendapatkan fakta-fakta atau prinsip-prinsip baru yang bertujuan untuk mendapatkan pengertian baru dan untuk meningkatkan ilmu pengetahuan dan teknologi.²²

1. Metode pendekatan

Dari segi sifatnya, penelitian ini tergolong penelitian deskriptif, namun dari kerangka acuan analisisnya tergolong penelitian terhadap asas-asas hukum, dalam hal ini asas hukum khususnya hukum pidana materil.

Sehubungan dengan sifat dan kerangka acuan analisis tersebut, maka metode pendekatan yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan hukum normatif yang oleh beberapa penulis buku penelitian “hukum normatif” dipahami sebagai penelitian kepustakaan, yaitu penelitian terhadap data sekunder.

2. Jenis dan Sumber Data

Jenis data dalam penelitian ini meliputi data primer dan data sekunder, namun penelitian ini menitikberatkan pada data sekunder, sedangkan data primer lebih bersifat menunjang.

²² Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum, Suplemen Bahan Kuliah*, Undip, Semarang, 2001, Hal. 8.

Data sekunder dibidang hukum (dipandang dari sudut kekuatan mengikatnya) dapat dibedakan menjadi :

- a. Bahan-bahan hukum primer
 - 1). Norma dasar Pancasila ;
 - 2). Peraturan Dasar (Batang Tubuh UUD 1945, Ketetapan MPR) ;
 - 3). Peraturan perundang-undangan ;
 - 4). Bahan hukum yang tidak dikodifikasikan, misalnya : hukum adat ;
 - 5). Yurisprudence dan Traktat.
- b. Bahan-bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisis dan memahami bahan hukum primer adalah :
 - 1). Rancangan peraturan perundang-undangan ;
 - 2). Hasil karya ilmiah para sarjana ;
 - 3). Hasil-hasil penelitian.
- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan-bahan yang memberikan informasi tentang bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, misalnya:
 - 1). Bibliografi ;
 - 2). Indeks kumulatif.²³

Sumber data yang dipergunakan terdiri dari data primer dan data sekunder.

Untuk data sekunder, bahan hukum primer yang digunakan terutama berpusat pada perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Adapun bahan hukum sekunder yang dipergunakan berupa dokumen atau risalah perundang-undangan, pendapat para ahli hukum, hasil-hasil penelitian dan kegiatan ilmiah lainnya. Disamping itu digunakan pula bahan hukum sekunder yang bersifat publik.

3. Metode Pengumpulan Data

Mengingat penelitian ini memusatkan perhatian pada data sekunder, maka pengumpulan data terutama ditempuh dengan melakukan penelitian kepustakaan dan studi dokumen. Disamping itu juga dilengkapi dengan studi lapangan di Panitia Tetap Hukum Humaniter Departemen Kehakiman Republik Indonesia, Kantor Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Komisi Palang Merah Internasional

²³ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum Dan Jurimetri*, Ghalia, Jakarta, Hal. 11-12.

(*International Committee of Red Cross*) dan ditempat lain yang dinilai dapat diperoleh data sebagaimana yang dimaksud diatas.

4. Penyajian Data dan Analisa

Data yang diperoleh dari penelitian ini berupa data hasil studi pustaka terhadap bahan-bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Data yang diperoleh dari studi pustaka didukung dengan hasil wawancara dengan narasumber yang dinilai menguasai permasalahan-permasalahan yang menjadi tema dari tesis ini yang kemudian semuanya dianalisis dengan analisis kualitatif secara mendalam.

Hasil penelitian berasal dari data yang diperoleh akan dikaji sebagai bahan yang komprehensif dalam rangka pengungkapan bahasan dengan menggunakan analisis kualitatif akan menghasilkan data yang preskriptif analitis.²⁴

G. SISTEMATIKA PENULISAN

Sebelum membahas tentang hasil penelitian, penulis membahas terlebih dahulu landasan teori.

Bab II menguraikan tinjauan tentang Konsep-konsep HAM dan Pelanggaran HAM, Konsep tentang Perang dan Hukum Perang, Konsep tentang Criminal Policy, dan Konsep tentang Sistem Peradilan Pidana Umum dan Sistem Peradilan Pidana Dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat.

Bab III membahas mengenai A. kebijakan legislatif dalam peratifikasian sumber-sumber hukum perang baik untuk perang yang bersifat internasional maupun untuk perang yang bersifat non internasional (Protokol Tambahan I dan II Tahun

²⁴ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, UI Press, Cetakan pertama, Hal. 242.

1977) di Indonesia, yang berisi 1). Dasar pertimbangan dari kebijakan legislatif untuk menetapkan tindak pidana dalam kondisi peperangan baik dalam peraan yang bersifat internasional maupun non internasional (Protokol Tambahan I dan II Tahun 1977) di Indonesia, 2). Perkembangan peratifikasian sumber-sumber hukum perang yang ada di Indonesia sebagai wujud penghormatan terhadap harkat dan martabat bangsa yang beradab. B. Bagaimana upaya kriminalisasi Kejahatan Perang (terutama konflik bersenjata Non Internasional / Protokol Tambahan II Tahun 1977) dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM sebagai bagian dari kebijakan hukum pidana di Indonesia, yang berisi : 1). Prospek/peleuguna melakukan kriminalisasi kejahatan perang dalam pelanggaran HAM berat di Indonesia sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, dan 2). Bentuk formulasi tindak pidana/kejahatan perang (khususnya perang yang bersifat non internasional) dalam pelanggaran HAM berat di Indonesia sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Bab IV mengenai penutup, berisikan kesimpulan dan saran berdasarkan uraian dan pembahasan isi dari hasil penelitian.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

1. Konsep Hak Asasi Manusia dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia

Terbukanya alam demokrasi baik dinegara Indonesia maupun di dunia internasional berdampak pada menguatnya eksistensi tentang semakin perlunya pemahaman dan penghormatan terhadap Hak Asasi Manusia oleh semua pihak pada umumnya dan oleh para penyelenggara pemerintahan pada khususnya.

Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 memberikan definisi tentang apa itu Hak Asasi manusia, yaitu seperangkat hak yang melekat pada hakekat keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Muladi menggambarkan perkembangan Hak Asasi Manusia kedalam tiga generasi, yaitu:

1. HAM generasi pertama yang bernuansa hak-hak sipil dan politik sebagaimana tersurat dan tersirat dalam Piagam HAM Universal PBB Tahun 1948. Piagam HAM tersebut disusun oleh negara-negara yang menang Perang Dunia II yang banyak didominasi oleh negara-negara Barat yang *liberal-individualistik*.
2. Dalam perkembangan selanjutnya muncul HAM generasi kedua yang menyangkut hak-hak ekonomi, sosial dan budaya Tahun 1966.
3. HAM generasi ketiga yang mencangkup hak kolektif termasuk hak untuk pengembangan, tahun 1986 yang banyak diwarnai oleh kepentingan negara-negara yang sedang berkembang.²⁵

²⁵ Muladi, **Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana**, Undip Press, Semarang, 1997, Hal. x

Perjuangan menegakan Hak Asasi Manusia menurut **Oka Mahendra** telah melalui perjalanan yang panjang. Pada tahun 1215 di Inggris para bangsawan telah berhasil memaksa raja untuk memberikan *Magna Charta Libertatum*. Baru 464 tahun setelah itu yaitu pada tahun 1679 berhasil dibuat *Habeas Corpus Act* yang merupakan dokumen bersejarah dalam perjuangan menegakan hak asasi manusia. Kemudian setelah selesainya *Glorius Revolution* pada tahun 1689 lahir *Bill of Rights*. Setelah 87 tahun *Bill of Rights* lahir maka pada tahun 1776 di Amerika lahir *Bill of Rights of Virginia* yang memuat daftar hak asasi manusia agak lengkap yang pertama. Setelah itu, 13 tahun kemudian sebagai hasil revolusi Perancis pada tahun 1789 lahir *Declaration des droit des hommes et des citoyens*, yang kemudian pada perkembangan selanjutnya menjadi pedoman bagi banyak pernyataan hak asasi manusia.

Pada tanggal 10 Desember 1948, Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa menerima *Declaration of Human Rights*. Kemudian tanggal 10 Desember tersebut diperingati sebagai “Hari Hak Asasi Manusia” yang tiap tahunnya diperingati di berbagai negara.

Dalam waktu 18 tahun setelah diterimanya *Declaration of Human Rights*, kemudian Majelis Umum pada tahun 1966 menerima dua covenant, yaitu satu covenant mengatur hak-hak politik dan satunya lagi mengatur hak-hak ekonomi. Covenant tersebut baru dinyatakan berlau 10 tahun kemudian, yaitu pada tahun 1976.²⁶

²⁶ Oka Mahendra, *Gugatan Dari Senayan, Tentang Pemilu, DPR, HAM, Kolusi dan Korupsi*, Manikgeni, Denpasar, 1996, hal. 153.

Sejarah perkembangan Hak Asasi Manusia yang sudah cukup panjang tersebut pada akhirnya mengarah pada terwujudnya kematangan konsep tentang Hak Asasi Manusia itu sendiri di dunia internasional.

Hak-hak Asasi Manusia yang dicetuskan 1948 mempunyai momentum penting bagai sebutir benda yang dijatuhkan dalam empang, ia menggerakkan butir-butir air empang berbentuk lingkaran gelombang konsentris yang meluas keseluruhan jurusan, dinamikanya juga melampaui batas-batas hak-hak sipil dan politik bagi individu dan menerobos kepada sektor-sektor ekonomi, sosial budaya, perang dan damai. Tiada hak tanpa batas, tanggung jawab atau kewajiban, yakni kewajiban individu dalam masyarakat terhadap masyarakat dan negara, sebaliknya untuk menjamin dan melaksanakan hak. Semua kewajiban-kewajiban itu dirumuskan oleh RCHRA dalam sebuah buku kecil yang berjudul *Declaration of the Basic Duties of Asean People and Governments*, di Jakarta tanggal 10 Desember 1983.²⁷

Bangsa Indonesia sebagai bagian dari masyarakat internasional dalam upaya pemajuan dan perlindungan HAM, terikat untuk menghormati prinsip-prinsip dasar tentang pemajuan dan perlindungan HAM sebagaimana yang tertuang dalam Deklarasi Universal PBB tentang HAM, Deklarasi Wina tentang HAM dan instrumen-instrumen HAM Internasional di mana Indonesia menjadi Negara Pihak.

Prinsip pengakuan, prinsip kesetupaduan, prinsip keseimbangan dan prinsip kerjasama internasional atas universalitas HAM memberikan dasar bagi upaya pemajuan dan perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia di Indonesia. Prinsip ini

²⁷ Yap Thiam Hien, *Op cit*, Hal. 35

menjadi panduan Indonesia dalam berdialog tentang Hak Asasi Manusia dengan berbagai masyarakat internasional.

Indonesia mengakui bahwa Hak-Hak Asasi Manusia bersifat universal, namun Deklarasi Wina tahun 1993, juga telah menyetujui dan menyepakati bahwa pelaksanaannya merupakan wewenang dan tanggung jawab setiap pemerintah negara dengan memperhatikan sepenuhnya keanekaragaman tata nilai, sejarah, kebudayaan, sistem politik, tingkat pertumbuhan sosial dan ekonomi serta faktor-faktor lain yang dimiliki bangsa yang bersangkutan.

Prinsip kesatuan berarti bahwa hak-hak sipil, politik, ekonomi, sosial, budaya dan hak pembangunan merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan baik dalam penerapan, pemantauan maupun dalam penilaian pelaksanaannya. Prinsip keseimbangan mengandung pengertian bahwa diantara hak-hak asasi manusia perorangan dan kolektif serta tanggung jawab perorangan terhadap masyarakat dan bangsa memerlukan keseimbangan dan keselarasan. Hal ini sesuai dengan kodrat manusia sebagai makhluk individual dan makhluk sosial. Keseimbangan dan keselarasan antara kebebasan dan tanggung jawab merupakan faktor penting dalam pemajuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia.²⁸

Adnan Buyung Nasution mengatakan tentang perkembangan Hak Asasi Manusia di Indonesia sebagai berikut:

“Pengakuan verbal terhadap Hak Asasi Manusia di Indonesia setidaknya-tidaknya terakomodasi dalam bentuk berdirinya Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, namun sejauh ini penerimaan terhadap prinsip-prinsip mendasar universalitas HAM terkendala oleh kenyataan masih kuatnya arus pemikiran yang partikularistik dalam

²⁸ Nugroho Wisnumurti, **Strategi Pemajuan dan Perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia di Indonesia, Rencana Aksi Nasional HAM Indonesia 1998-2003**, Makalah pada Lokakarya Nasional IV HAM, Komisi Nasional HAM, Depu dan Australian Human Right and Equal Opportunity Commission, Hotel Radison, Jakarta, 1-3 Desember 1998 Hal. 191-192.

memandang Hak Asasi Manusia. Bahwa bangsa-bangsa (termasuk Indonesia) memiliki kondisi-kondisi khusus dibidang politik, sosial, ekonomi, budaya dan lain sebagainya yang bagaimanapun tentu saja berpengaruh dalam pelaksanaan HAM, tetapi tidak berarti dengan adanya kondisi yang bersifat khusus ini, prinsip-prinsip mendasar HAM yang universal ini dapat dikaburkan apalagi diingkari, sebab universalitas HAM tidak identik dengan “penyeragaman” sama dalam prinsip-prinsip mendasar, tetapi tidak mesti seragam dalam pelaksanaannya. Selain itu yang harus diingat bahwa apa yang disebut kondisi bukanlah sesuatu yang bersifat statis, artinya suatu kondisi yang tidak dapat dipakai sebagai patokan mutlak. Kondisi ini sifatnya bisa berubah-ubah, dapat dipengaruhi dan diciptakan dari waktu ke waktu, maka masalahnya adalah kembali kepada siapa yang mengkondisikan dan mengapa ia menciptakan kondisi itu”²⁹.

Suatu konsep, pemikiran dan pedoman akan lebih efektif berlaku bagi suatu pihak apabila diberi bentuk hukum. Demikian pula persoalan Hak Asasi Manusia baru akan efektif untuk dapat dilaksanakan oleh bangsa Indonesia apabila bentuk hukum yang merinci permasalahan Hak Asasi Manusia dapat diciptakan.

Ismail Suny berpendapat bahwa terdapat tiga kemungkinan bentuk hukum yang dapat menampung rincian HAM itu.³⁰

Pertama, menjadikannya bagian yang integral dari UUD 1945, yaitu dengan cara melakukan amandemen-amandemen pada UUD 1945 sebagai yang ditempuh dengan Piagam Hak-Hak Warga negara (*The Bill of Rights*), yang merupakan amandemen I-X pada Konstitusi Amerika Serikat, cara seperti ini akan menjamin tetap terpeliharanya UUD 1945 sebagai naskah historis dimana dalam *the body of the Constitution* tidak diadakan perubahan-perubahan, tetapi hanya tambahan-tambahan. Prosedurnya menurut hukum konstitusi diatur dalam Pasal 37.

Kedua, menetapkan dalam Ketetapan MPR. Keberatannya, suatu Ketetapan MPR pada umumnya tidak mengatur ancaman hukumnya bagi pelanggarnya dalam *precise detail*, tetapi hanya garis-garis besar haluan negara, sekedar ‘*a declaration of general principles*’, tanpa akibat hukum sama sekali.

Ketiga, mengundangkannya dalam suatu undang-undang berikut sanksi hukuman terhadap pelanggarnya.

²⁹ Peter Baehr et al, *Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta 2001, hal xxi-xxii.

³⁰ Dikutip dari Bagir Manan, *Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Hak Asasi Manusia di Indonesia*, Alumni, Bandung, 2001, Hal. 80-81.

Bentuk hukum yang menampung rincian tentang Hak Asasi Manusia di Indonesia, banyak dirumuskan dalam bentuk yang ketiga, yaitu mengundang dalam suatu undang-undang berikut sanksi hukuman bagi pelanggarnya sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, yang didalamnya juga mengatur masalah sanksi bagi pelaku pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat, akan tetapi juga diatur dalam bentuk yang pertama dan kedua, yaitu pengaturan mengenai HAM dalam Amandemen UUD 1945 dan Tap MPR R.I.Nomor XVII/MPR/1998.

Sumber pengetahuan Hukum Internasional mengenai Hak Asasi Manusia adalah :

1. Perjanjian Internasional.

Pada Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Agung Internasional (terjemahan dari *International Court of Justice*. Penulis) yang memberikan ringkasan dari hukum yang akan diterapkan oleh mahkamah menyebut sebagai sumber pengetahuan pertama konvensi internasional, apakah umum atau khusus, dengan jelas menetapkan peraturan yang diakui oleh negara-negara yang terlibat.

2. Kebiasaan Internasional.

Pada Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Agung Internasional selanjutnya menyebutkan bahwa kebiasaan internasional sebagai bukti praktek umum yang diterima sebagai hukum.

3. Prinsip-prinsip Umum Hukum.

Pada Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Agung Internasional juga membahas tentang prinsip-prinsip umum hukum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab. Pada kesempatan itu yang pertama-tama harus dijadikan dasar pikiran ialah istilah bangsa-bangsa beradab sudah kuno, karena keanggotaan Perserikatan Bangsa-Bangsa kini hampir universal dan pretensi kelompok terbatas dari negara yang mengira sabagai satu-satunya yang mengetahui peradaban lebih dari yang sudah-sudah adalah salah.

4. Yurisprudensi dan Doktrin

Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Agung Internasional akhirnya menyebut keputusan-keputusan yudisial dan ajaran dari ahli hukum yang paling memenuhi syarat tentang berbagai bangsa sebagai sarana tambahan untuk penetapan *rule of law* menurut sifatnya, yurisprudensi dan doktrin dapat berguna sebagai sumber informasi penting.

5. Keputusan Organisasi-Organisasi Internasional.

Sumber ini tidak disebut sebagai katagori terpisah dalam Pasal 38 Statuta Mahkamah Agung Internasional, akan tetapi jelas bahwa keputusan seperti itu, sepanjang mengikat menurut hak konstitusional organisasi yang bersangkutan, menumbuhkan hak dan kewajiban internasional.³¹

³¹ Pieter van Dijk, **Hukum Internasional Mengenai Hak Asasi Manusia**, Yayasan Obor, Jakarta, 2001, hal 23-35.

Hak Asasi Manusia di Indonesia diperkuat dengan instrumen perundang-undangan yang mengaturnya, yaitu :

1. Keputusan Presiden Nomor 50 tanggal 7 Juni 1993 tentang Pembentukan Komisi Nasional Nasional Hak Asasi Manusia ;
2. Keputusan Presiden Nomor 29 tanggal 15 Agustus 1998 tentang Aksi Nasional di Indonesia Dalam Bidang Hak Asasi Manusia ;
3. Tap MPR Nomor XVII tanggal 13 Nopember 1998, yang pada intinya menyebutkan bahwa penghormatan, penegakan dan penyebarluasan Hak Asasi Manusia oleh masyarakat dilaksanakan melalui gerakan kemasyarakatan ;
4. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tanggal 23 September 1999 tentang Hak Asasi Manusia ;
5. Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia yang mencabut Perpu Nomor 1 Tahun 1999 ;
6. Keputusan Presiden Nomor 031 tanggal 12 Maret 2001 tentang Pembentukan Pengadilan HAM di Surabaya, Jakarta, Medan dan Makasar ;
7. Keputusan Presiden Nomor 53 tanggal 23 April 2001 tentang Pembentukan Peradilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc.

Berbagai macam hak yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dapat dilihat Bab III dari Pasal 9 sampai dengan Pasal 66, yaitu :

1. Hak Untuk Hidup.

Bahwa setiap orang berhak untuk hidup, mempertahankan hidup, meningkatkan taraf hidupnya, hidup tenteram, aman, damai, bahagia, sejahtera lahir dan batin, serta berhak atas lingkungan hidup yang baik dan sehat. (Pasal 9).

2. Hak Berkeluarga dan Melanjutkan Keturunan.

Bahwa setiap orang berhak untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah atas kehendak bebas calon suami dan calon istri yang bersangkutan, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. (Pasal 10).

3. Hak Mengembangkan Diri.

Bahwa setiap orang berhak untuk mengembangkan pribadinya, untuk memperoleh pendidikan, mencerdaskan dirinya dan meningkatkan kualitas hidupnya agar menjadi manusia yang beriman, bertaqwa, bertanggung jawab dan berakhlak mulia, bahagia, sejahtera dan memperoleh manfaat dan ilmu pengetahuan serta seni, budaya demi kesejahteraan pribadinya, serta berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi yang diperlukan untuk mengembangkan pribadi, mencari, memiliki, menyimpan, mengolah dan menyampaikan informasi dengan segala jenis sarana yang tersedia demi kepentingan umat manusia dan bangsa, melakukan pekerjaan sosial dan kebajikan, mendirikan organisasi termasuk pendidikan dan pengajaran, serta menghimpun dana untuk maksud tersebut sesuai dengan ketentuan perundang-undangan. (Pasal 11, 12, 13, 14, 15, 16)

4. Hak Memperoleh Keadilan.

Bahwa setiap orang tanpa diskriminasi berhak untuk memperoleh keadilan dengan mengajukan permohonan, pengaduan, dan gugatan, baik dalam perkara pidana, perdata maupun administrasi, serta diadili melalui proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, prinsip praduga tidak bersalah, tidak boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhkan pidana, kecuali berdasarkan suatu peraturan perundang-undangan yang sudah sebelum tindak pidana itu dilakukan, mendapat bantuan hukum selama proses hukum yang terjadi pada dirinya, tidak dapat dituntut kedua kalinya dalam perkara yang sama atas suatu perbuatan yang memperoleh kekuatan hukum yang tetap. (Pasal 17, 18, 19)

5. Hak Atas Kebebasan Pribadi.

Bahwa setiap orang berhak atas keutuhan pribadi, baik rohani maupun jasmani, oleh karena itu tidak boleh menjadi obyek penelitian tanpa persetujuan dari dirinya, bebas diperbudak atau diperhamba, bebas memeluk agama sesuai dengan keyakinannya, bebas untuk memilih dan mempunyai keyakinan politiknya, mempunyai, mengeluarkan dan menyebarkan pendapat sesuai hati nuraninya secara lisan maupun tulisan, berhak untuk berkumpul, berapat dan berserikat, memperoleh, mengganti atau mempertahankan kewarganegaraannya, berhak secara bebas untuk berpindah dan bertempat tinggal dalam wilayah negara Republik Indonesia. (Pasal 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 dan 27).

6. Hak Atas Rasa Aman.

Bahwa setiap orang berhak mencari suaka untuk memperoleh perlindungan politik dari negara lain, perlindungan diri pribadi, keluarga,

kehormatan, martabat dan hak miliknya, hak atas pengakuan didepan hukum, hak atas rasa aman dan tentram serta perlindungan terhadap ancaman ketakutan untuk berbuat maupun tidak berbuat sesuatu, berhak atas kemerdekaan dan rahasia dalam hubungan surat menyurat termasuk komunikasi, bebas dari penyiksaan, penghukuman atau perlakuan yang kejam dan tidak manusiawi, serta hidup damai dalam tatanan masyarakat dan kenegaraan. (Pasal 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 dan 35).

7. Hak Atas Kesejahteraan.

Bahwa setiap orang berhak mempunyai milik baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain demi pengembangan dirinya, bangsa dan masyarakat, dengan cara tidak melanggar hukum serta mendapat jaminan sosial yang dibutuhkan, berhak atas pekerjaan, penghidupan yang layak dan berhak mendirikan serikat pekerja demi melindungi dan memperjuangkan kepribadiannya. (Pasal 36, 37, 38, 39, 40, 41 dan 42).

8. Hak Turut Serta Dalam Pemerintahan.

Bahwa setiap orang berhak dalam pemerintahan baik secara langsung maupun melalui perantara wakilnya yang dipilih secara bebas dan dapat diangkat dalam setiap jabatan pemerintahan, berhak untuk mengajukan pendapat, permohonan, pengaduan dan atau usulan kepada pemerintah dalam rangka pelaksanaan pemerintahan yang bersih, efektif dan efisien baik dengan lisan maupun dengan tulisan sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku. (pasal 43,44)

9. Hak Wanita.

Bahwa setiap wanita berhak untuk memilih, dipilih diangkat dalam jabatan, profesi dan pendidikan sesuai dengan persyaratan dan perundang-undangan, setiap wanita berhak untuk menikah dengan seorang pria berkewarganegaraan asing tanpa langsung mengikuti kewarganagaraan suaminya, hak untuk memperoleh pendidikan, serta hak khusus yang melekat pada diri wanita dikarenakan fungsi reproduksinya, dijamin dan dilindungi oleh hukum. (Pasal 45, 46, 47, 48, 49, 50 dan 51).

10. Hak Anak.

Bahwa setiap anak berhak atas perlindungan oleh orang tua, keluarga, masyarakat dan negara, hak anak untuk beribadah, memperoleh pendidikan, mengetahui siapa orang tuanya, hak anak untuk tidak dilibatkan dalam peristiwa peperangan, sengketa bersenjata, kerusuhan sosial dan peristiwa lain yang mengandung unsur kekerasan, hak anak atas perlindungan dari kegiatan eksploitasi ekonomi dan setiap pekerjaan yang membahayakan dirinya. (Pasal 52 s/d 66).

Menurut **Miriam Budiardjo**, kritik negara-negara berkembang terhadap falsafah HAM yang dianut negara-negara maju berkisar pada:

1. HAM dalam Deklarasi Hak Asasi Manusia 1948 berkesan tanpa batas, sehingga hukum positif yang bersifat nasional kurang dihargai ;
2. HAM ekonomi dan HAM pembangunan oleh negara maju terkesan kurang dipertimbangkan sebagai HAM, melainkan sebagai cita-cita semata dan tidak sepenting hak politik ;
3. Deklarasi HAM hanya merumuskan hak-hak individu dan melecehkan hak-hak kolektif (hak komunitas, hak keluarga dan hak-hak bangsa-bangsa) ;
4. Deklarasi HAM mengabaikan ciri-ciri khas setiap bangsa dan masyarakat (*national and regional particularities*), yang seharusnya memungkinkan

pelaksanaan HAM berada disetiap negara. Kekhasan ini menumbuhkan prinsip "*relativisme kultural*", atau "*partikularistik relatif*";

5. Penilaian negara-negara maju terhadap negara-negara berkembang tentang pelaksanaan HAM bersifat "*judgement*" (mengadili) dan seringkali mengaitkan dengan syarat-syarat tertentu (*conditionalities*) yang melekat pada perdagangan dan bantuan ekonomi.³²

Berbagai contoh tragedi kemanusiaan yang merusak citra bangsa Indonesia dibidang penegakan dan penghormatan terhadap Hak Asasi Manusia, antara lain :

1. Pembunuhan massal Tahun 1965 / 1966;
2. Pembunuhan Misterius Tahun 1984 / 1985;
3. Peristiwa Kedung Ombo;
4. Peristiwa Tanjung Priok;
5. Tragedi Aceh (Daerah Operasi Militer);
6. Peristiwa Talangsari Lampung;
7. Tragedi 26 Juli 1996 (Penggeseeran Megawati dari PDI);
8. Kerusuhan Mei 1998 (Turunnya Presiden Soeharto);
9. Tragedi Maluku (Pertikaian antara Umat Islam dan Kristen);
10. Tragedi Papua (Termasuk pembunuhan atas Theys Alluay);
11. Tragedi Trisakti, Semanggi;
12. Tragedi Timor-Timur 1999 (Pasca jajak pendapat);
13. Peristiwa Sambas, Sampit, Poso, Pontianak, Banyuwangi;
14. Peristiwa Haur Koneng, Nipah, Ciamis, Ketapang;
15. Peristiwa Penculikan aktifis Pro-Demokrasi dan lain-lain.

³² Dikutip dari Nyoman Serikat Putra Jaya, **Kapita Selekta Hukum Pidana**, Undip, Semarang, 2001, hal. 35-36.

Perkembangan pengaturan Hak Asasi Manusia merupakan sesuatu yang cukup terlambat di Indonesia, sebab baru berhasil memformulasikan segala hal yang berkaitan dengan Hak Asasi Manusia secara spesifik pada tahun 1999, yaitu dengan terbentuknya Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, yang kemudian tidak lama kemudian disusul dengan terbentuknya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Sesuai dengan sistem hukum hak asasi yang dianut ditingkat internasional, negara ditempatkan sebagai aktor utama (*Duty Holders*), sementara individu atau masyarakat dalam suatu kelompok / masyarakat berkedudukan sebagai pemegang hak (*Right Holders*). Dengan demikian negara sesuai sistem HAM tersebut berkewajiban dan bertanggung jawab (*Obligation atau Responsibility*), tidak memiliki hak-hak yang dimiliki oleh individu atau kelompok yang dijamin dalam instrumen tersebut. Jika negara tidak mau atau tidak mempunyai keinginan untuk memenuhi kewajiban itu maka disinilah negara dikatakan telah melakukan pelanggaran Hak Asasi Manusia. Apabila pelanggaran HAM tersebut tidak mau dipertanggungjawabkan oleh negara, maka tanggung jawab itu diambil alih oleh masyarakat internasional.³³

Protokol Operasional Konvenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik, memberi kemungkinan bagi individu dari suatu negara menghadapi sendiri negara di panggung internasional, apabila merasa haknya telah dilanggar dan telah menggunakan seluruh saluran dalam negeri apabila belum puas dapat mengajukan

³³ Mastra Liba, *Pikiran, Pandangan Dan Pantauan Mengenai HAM Menuju Good Governance*, Yayasan Annisa, Jakarta 2002, hal. 5

tuntutan secara tertulis kepada Komisi Hak Asasi Manusia yang dikenal dengan sebutan “Prosedur 1503”

Mastra Liba membagi kelompok masyarakat berbeda yang berkeinginan menegakan hukum dibidang Hak Asasi Manusia, yaitu :

1. Kelompok masyarakat yang sudah trauma dengan penegakan hukum masa lalu dan ingin selalu melihat cepat penyelesaian lewat penanganan hukum oleh aparat;
2. Kelompok aparat penegak hukum yang berlaku sangat hati-hati dalam penafsiran dan pemahaman hukum, karena terikat dengan bunyi sesuatu pasal dalam perundang-undangan;
3. Kelompok pelaku dan calon pelaku kriminal yang merupakan obyek dan sasaran penegakan hukum, berusaha untuk membuat penafsiran tersendiri guna menyelamatkan diri dan kelompoknya;
4. Kelompok pembuat undang-undang / peraturan belum mampu menyiapkan rambu-rambu dan sanksi secara jelas, yang dapat mengikat semua pihak;
5. Kelompok pengontrol seperti mass media, Lembaga Swadaya Masyarakat dan lain-lain, yang pada umumnya hanya mampu menjelaskan kekurangan-kekurangan dalam penegakan hukum dan tidak menyiapkan suatu konsep kearah solusi penegakan hukum yang lebih baik.³⁴

Pengaturan pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat ada dalam Pasal 7

Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, yaitu :

1. Kejahatan Genosida, dan
2. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan.

Kedua yurisdiksi pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat diatas yang kemudian disebutkan lebih lanjut dalam Pasal 8 dan 9 Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tersebut sebenarnya mengadopsi ketentuan yang ada dalam Statuta Roma tanggal 17 Juli 1998 tentang International Criminal Court, yang di dalam Pasal 5 disebutkan adanya 4 macam yurisdiksi atas :

³⁴ Ibid, Hal. 44-45.

1. Kejahatan Genocida ;
2. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan ;
3. Kejahatan Perang, dan
4. Kejahatan Agresi.

Ketentuan tentang jenis-jenis kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam Statuta Roma 17 Juli 1998 yang pada intinya telah diadopsi dalam yurisdiksi Pengadilan Hak Asasi Manusia di Indonesia adalah :

Article 6 – genocide

For the purpose of this Statute, “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.*

Article 7 – Crimes against humanity

1. *For the purpose of this Statute, “Crime against humanity”, means any of the following acts when committed as part of a widespread or systemic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack :*

- (a) Murder ;*
- (b) Extermination ;*
- (c) Enslavement ;*
- (d) Deportation or forcible transfer of population ;*
- (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law ;*
- (f) Torture ;*
- (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity ;*
- (h) Prosecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the court ;*
- (i) Enforced disappearance of persons ;*
- (j) The crime of apartheid ;*
- (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering or serious injury to body or to mental or physical health.*

2. *For the purpose of paragraph 1 :*

- (a) "Attack directed against any civilian population" means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack ;
 - (b) "Extermination" includes the intentional infliction of conditions of life, inter alia the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the destruction of part of a population ;
 - (c) "Enslavement" means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons in particular women and children ;
 - (d) "Deportation or forcible transfer of population" means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law ;
 - (e) "Torture" means the intentional infliction of severe pain or suffering whether physical or mental upon a person in the custody or under the control of the accused, except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions ;
 - (f) "Forced pregnancy " means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violation of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy ;
 - (g) "Persecution" means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;
 - (h) "The crime of apartheid " means inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that regime ;
 - (i) "Enforced disappearance of persons " means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of a state or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time.
3. For the purpose of this statute, it is understood that the term " gender " refers to two sexes, male and female, within the context of society. The term " gender " does not indicate any meaning different from the above.

Ketentuan tersebut di atas diterjemahkan sebagai berikut :

Pasal 6 - Genosida

Untuk keperluan statuta ini "genosida" berarti setiap perbuatan berikut ini yang dilakukan dengan tujuan untuk menghancurkan seluruhnya atau untuk sebagian suatu kelompok nasional, etnis, ras atau keagamaan, seperti misalnya:

- (a) Membunuh anggota kelompok tertentu ;
- (b) Menimbulkan luka atau mental yang serius terhadap para anggota kelompok tersebut ;
- (c) Secara sengaja menimbulkan kondisi kehidupan atas kelompok tersebut yang diperhitungkan akan menyebabkan kehancuran fisik secara keseluruhan atau untuk sebagian ;
- (d) Memaksakan tindakan-tindakan yang dimaksud untuk mencegah kelahiran dalam kelompok tersebut ;
- (e) Memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok itu kepada kelompok lain.

Pasal 7 – Kejahatan Terhadap Kemanusiaan

1. "Kejahatan terhadap kemanusiaan" berarti salah satu dari perbuatan berikut ini apabila dilakukan sebagai bagian dari serangan meluas atau sistematis yang ditujukan pada suatu kelompok sipil, dengan mengetahui serangan itu :

- (a) Pembunuhan ;
- (b) Pemusnahan ;
- (c) Perbudakan ;
- (d) Deportasi atau pemindahan paksa penduduk ;
- (e) Memenjarakan atau perampasan berat atas kebebasan fisik dengan melanggar aturan-aturan dasar hukum internasional ;
- (f) Penyiksaan ;
- (g) Perkosaan, perbudakan seksual, pemaksaan prostitusi, penghamilan paksa, pemaksaan sterilisasi atau suatu bentuk kekerasan seksual lain yang cukup berat ;
- (h) Penganiayaan terhadap suatu kelompok yang dapat diidentifikasi atau kolektivitas atas dasar politik, ras, nasional etnis, budaya, agama, gender sebagai didefinisikan dalam ayat 3, atau atas dasar lain yang secara universal diakui sebagai tidak diizinkan berdasarkan hukum internasional yang berhubungan dengan setiap perbuatan yang dimaksud dalam ayat ini atau setiap kejahatan yang berada dalam yurisdiksi mahkamah ;
- (i) Penghilangan paksa ;
- (j) Kejahatan Apartheid ;
- (k) Perbuatan tak manusiawi lain dengan sifat sama yang secara sengaja mengakibatkan penderitaan berat atau serius terhadap badan atau mental atau kesehatan fisik.

2. Untuk keperluan ayat 1 :

- (a) "Serangan yang ditujukan terhadap suatu kelompok penduduk sipil", berarti serangkaian perbuatan yang mencakup pelaksanaan berganda dari perbuatan yang dimaksud dari ayat 1 terhadap kelompok penduduk

- sipil, sesuai dengan atau kelanjutan dari kebijakan suatu negara atau organisasi untuk melaksanakan serangan tersebut ;
- (b) "Permusuhan" mencakup ditimbulkannya secara sengaja pada kondisi kehidupan antara lain dihilangkannya akses pada pangan dan obat-obatan yang diperhitungkan akan membawa kehancuran terhadap penduduk ;
 - (c) "Perbudakan" berarti pelaksanaan dari setiap atau semua kekuasaan yang melekat pada hak kepemilikan atau seseorang dan termasuk dilaksanakannya kekuasaan tersebut dalam perdagangan manusia, khususnya orang perempuan dan anak-anak ;
 - (d) "Deportasi atau pemindahan penduduk secara paksa" berarti perpindahan orang-orang yang bersangkutan secara paksa dengan pengusiran atau perbuatan pemaksaan lainnya dari daerah dimana mereka hidup secara sah, tanpa alasan yang diperbolehkan oleh hukum internasional ;
 - (e) "Penyiksaan" berarti ditimbulkannya rasa sakit atau penderitaan yang hebat, baik fisik maupun mental terhadap seseorang yang ditahan atau dibawah penguasaan tertuduh, kecuali kalau siksaan itu tidak bermaksud rasa sakit atau penderitaan yang timbul dari yang melekat pada atau sebagian akibat dari sanksi yang sah ;
 - (f) "Penghamilan paksa" berarti penanganan tidak sah terhadap seseorang perempuan yang secara paksa dibuat hamil dengan maksud mempengaruhi komposisi etnis dari suatu kelompok penduduk atau melaksanakan suatu pelanggaran berat dari hukum internasional. Definisi ini betapapun juga tidak dapat ditafsirkan sebagai mempengaruhi hukum nasional yang berkaitan dengan kehamilan ;
 - (g) "Persekusi" berarti perampasan sengaja dan kejam terhadap hak-hak dasar yang bertentangan dengan hukum internasional dengan alasan identitas kelompok atau kolektifitas tersebut ;
 - (h) "Kejahatan Apartheid" berarti perbuatan tidak manusiawi dengan sifat-sifat yang sama dengan sifat-sifat yang disebutkan dalam ayat 1 yang dilakukan dalam konteks suatu rezim kelembagaan berupa penindasan dan dominasi sistematis oleh suatu kelompok rasial atas kelompok rasial yang lainnya yang dilakukan dengan maksud untuk mempertahankan rezim tersebut ;
 - (i) "Penghilangan paksa" berarti penangkapan, penahanan atau penyekapan orang-orang oleh atau dengan kewenangan, dukungan atau dengan persetujuan dia-diam dari suatu negara atau suatu organisasi politik yang diikuti penolakan untuk mengikuti perampasan, mengakui perampasan kebebasan itu atau untuk memberi informasi tentang nasib atau keberadaan orang-orang tersebut, dengan maksud untuk memindahkan mereka dari perlindungan untuk suatu kurun waktu yang lama ;

3. Untuk keperluan statuta ini, dimengerti bahwa istilah “gender” mengacu pada istilah dua kelamin, lelaki dan perempuan, dalam konteks masyarakat istilah “gender” tidak memperlihatkan suatu arti yang berbeda dengan yang di atas.

2. Konsep Perang dan Hukum Perang

Suatu pertikaian yang terjadi antara negara-negara pada umumnya dapat diakhiri atau diselesaikan dengan dua cara yaitu cara penyelesaian secara damai dan penyelesaian dengan kekerasan. Salah satu cara penyelesaian persengketaan antara negara-negara yang terjadi adalah dengan peperangan.

Dalam *Field Manual*, dinyatakan bahwa kita perlu untuk mengetahui apa yang dimaksud dengan perang, karena berdasarkan ketentuan, maka suatu negara yang berada dalam *State of War* (keadaan perang) dengan negara lain akan berlaku suatu perangkat ketentuan hukum yang hanya berlaku dalam keadaan perang. Adapun definisi perang itu sendiri banyak dikemukakan oleh banyak ahli antara lain adalah:

1. Francois :

Perang adalah keadaan hukum antara negara-negara yang saling bertikai dengan menggunakan kekuatan militer. Supaya ada perang dalam arti teknis, harus ada *animus belligerendi*.

2. Oppenheim :

War is a contection between two or more states throught their armed forces, for the purpose of overpowering each other and imposing such conditions of peace as the victor pleases.

Disini perang memiliki karakteristik:

- a. pertikaian antar negara (*convention between states*)
- b. dengan menggunakan angkatan perang
- c. tujuan adalah menguasai lawan.

3. Mochtar Kusumaatmadja:

Perang adalah suatu keadaan dimana suatu negara atau lebih terlibat dalam suatu persengketaan bersenjata, disertai dangan pernyataan niat salah satu

pihak untuk mengakhiri hubungan damai dengan pihak lain. Sehingga menurut Mochtar yang menjadi pokok esensial dari perang adalah: adanya "*Animus Belligerendi*", yaitu niat untuk mengakhiri hubungan damai, jadi bukan penggunaan kekerasan senjata.

Sebagai alasan dikemukakan :

- 1) Mungkin ada penggunaan kekerasan senjata, tanpa adanya perang (dalam arti hukum), misalnya :
 - a) Penyerbuan Jepang ke Mansyuria (1931-1932);
 - b) Insiden Jepang dengan Tiongkok (1937-1941).
- 2) Mungkin pula ada perang (dalam arti hukum), tanpa penggunaan kekerasan senjata misalnya :
 - a) Dalam Perang Dunia I Tiongkok menyatakan perang kepada Jerman, tetapi tentara Tiongkok tidak pernah bertemu apalagi bertempur melawan tentara Jerman ;
 - b) Dalam Perang Dunia II Argentina dan Peru menyatakan perang kepada Jerman, tetapi tidak pernah tentara dari negara-negara yang saling bermusuhan itu bertemu.

Dengan adanya kemungkinan seperti yang dikemukakan **Mochtar**

Kusumaatmadja tadi, maka dapatlah dibedakan antara :

- Pertikaian bersenjata yang berstatus perang dan
- Perikaian bersenjata yang bukan perang (non war conflict).

4. **Mc. Nair :**

"War is a state or condition of affairs, not a mere series of acts of force".
(*Black-Falk : 15*)

Bagaimana *state of affairs* ini dapat terjadi ?

- a) Apabila suatu negara menyatakan dengan tegas bahwa ada perang ;
- b) Apabila tanpa pernyataan tegas, suatu negara melakukan tindakan kekerasan (senjata) terhadap negara lain, disertai indikasi-indikasi adanya *Animus Belligerendi* ;
- c) Apabila suatu negara melakukan tindakan kekerasan (senjata), tidak disertai *Animus Belligerendi*, tetapi negara yang dimusuhi menganggap perbuatan tersebut sebagai perbuatan yang menimbulkan / menghasilkan *state of war* (Brierly, p.233).

5. **Field Manual 27 -10 :**

*"War may be defined as a legal condition of armed hostility between states."*³⁵

³⁵ GPH. Haryomataram, *Sekelumit Tentang Hukum Humaniter*, Op. cit, hal. 4-5.

Sehubungan dengan pengertian perang (dalam arti hukum), ada dua hal penting yang berkaitan dengan hal tersebut, yaitu :

1. Dengan adanya *Kellog-Briand Pact*, maka tidak ada lagi negara yang berani menyatakan perang, karena takut dikatakan sebagai agresor ;
2. Dengan adanya Konvensi Jenewa 1949, maka berlakunya hukum perang tidak lagi dihubungkan dengan adanya perang dalam arti hukum.

Timbulnya peperangan akan berakibat pada terganggunya hubungan-hubungan antara negara yang terlibat perang, misalnya perdagangan-perdagangan dan hubungan timbal balik antara warga-warga negara dari negara-negara yang berperang terputus pada saat pecah perang dan biasanya dikeluarkan peraturan khusus untuk mengatasi masalah tersebut, sebab hukum internasional memberikan kebebasan yang luas pada hukum-hukum yang bersifat nasional.

Demikian pula terhadap harta benda milik musuh berbeda-beda sesuai dengan apakah harta benda tersebut bersifat publik (yakni dimiliki oleh negara musuh itu sendiri), ataukah sifatnya pribadi (yakni dimiliki oleh warga negara musuh). Terhadap harta benda publik musuh maka suatu negara yang sedang berperang boleh menyita harta benda bergerak yang ada diwilayahnya yang dimiliki oleh negara musuh, apabila harta benda pihak musuh itu berada di wilayah negara musuh yang diduduki oleh angkatan bersenjata negara itu, maka harta benda tersebut dapat disita sepanjang bermanfaat bagi kepentingan tujuan-tujuan militer yang menduduki. Terhadap harta benda pribadi musuh prakteknya biasanya negara-negara yang berperang akan menyita harta benda demikian yang berada dalam kekuasaannya, yaitu menyita untuk sementara bukan mengambil

alihnya, kemudian menyerahkannya untuk diselesaikan melalui traktat-traktat perdamaian.

Keberadaan hukum perang menurut **Anne Sophie Gindroz** sejak jaman purbakala dan abad pertengahan, hampir semua peradaban telah mengetahui peraturan guna membatasi hak peserta tempur untuk melakukan pengerusakan terhadap pihak musuh. Di negara Iran, Yunani, Romawi, India dan di negara Islam serta di Cina yang lama, di Afrika, dan di Eropa Kristen, terdapat pula berbagai peraturan guna melindungi kaum tertentu (wanita, anak-anak, orang tua, peserta tempur yang tidak pegang senjata lagi dan tawanan). Disamping itu peraturan tersebut melarang serangan yang diarahkan pada obyek tertentu seperti tempat ibadah, sekolah, rumah sakit dan juga melarang metode peperangan yang tidak adil, seperti penggunaan racun. Peraturan tersebut baru dikembangkan diabad XIX yang diwarnai dengan beberapa perang dimana berbagai tentara, negara besar turut bertempur dengan menggunakan senjata baru yang dapat mengakibatkan jumlah korban yang amat tinggi, waktu itu dikembangkan hukum perang dalam bentuk konvensi-konvensi multilateral.³⁶

Setiap peperangan perlu ada suatu pengaturan tentang bagaimana suatu perang seharusnya dilakukan sebab sering terjadi kekejaman, tipu muslihat dan menghalalkan segala cara guna memenangkan setiap peperangan, maka perang harus diatur dalam suatu bentuk hukum. Dalam hukum perang inilah yang hendak mengatur hak dan kewajiban pihak berperang, dan juga hubungan antara pihak berperang dengan pihak ketiga yang tetap netral.

³⁶ Anne Sophie Gindroz, **Hukum Humaniter Internasional dan Hak Asasi Manusia**, Makalah pada Penataran Dosen Hukum Humaniter se-Indonesia, Cipayung, Bogor, 15-19 April 1996, hal. 3-4.

Di bawah ini akan dikemukakan pendapat beberapa ahli tentang hukum perang.³⁷

- a. **Nagendra Sing :**
The fundamental basis of the laws of war and their main purpose is to limit the use of force / violence to that which, according to all accepted cannons, is the submission of the enemy to terms (p.70).
- b. **Oppenheim :**
Laws of war are the rules of the Law of Nations respecting warfare (p.26).
- c. Dari Buku : **International Law – USSR :**
Laws and customs of war = regulations governing the relations on the one hand between belligerents, and on the other hand between belligerents and neutrals (p. 405)
- d. **Starke :**
Laws of war consists of the limits set by international law within which the force required to overpower the enemy may be used (p.552).

Berdasarkan definisi-definisi seperti diuraikan di atas, maka dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud dengan hukum perang ialah :

- 1) rangkaian ketentuan yang mengatur pemakaian kekuatan bersenjata, yang meliputi pengaturan tentang cara dan alat apa yang boleh dipakai;
- 2) rangkaian ketentuan yang mengatur perlakuan terhadap orang-orang yang menjadi korban perang (tawanan perang, orang luka dan sakit, orang yang dilindungi dan sebagainya), tetapi mengingat bahwa istilah perang dapat diberi arti bermacam-macam mengingat pula bahwa ketentuan tersebut tidak hanya berlaku dalam perang saja, maka diusulkan untuk mengganti hukum perang dengan :

Rule governing the use of armed force and the treatment of individuals in time of war and armed conflict (Starke p.379)

³⁷ GPH. Haryomataram, **Sekelumit tentang Hukum Humaniter**, Op. cit, Hal. 7-8.

Mochtar Kusumaatmadja membagi hukum perang dalam dua kategori yaitu:

1. Jus ad Bellum (hukum tentang perang)
Mengatur dalam hal bagaimana negara dibenarkan menggunakan kekerasan senjata.
2. Jus in Bello (hukum yang berlaku dalam perang). Ini dibagi dua yaitu:
 - a. Yang mengatur cara dilakukannya perang (*Conduct of war*) "*Haque Laws*".
 - b. Yang mengatur perlindungan orang-orang yang menjadi korban perang, "*Geneva Laws*".³⁸

Perkembangan selanjutnya istilah Hukum Perang berubah menjadi Hukum Humaniter dengan maksud agar sisi kemanusiaan lebih ditonjolkan meskipun dalam kondisi konflik bersenjata sekalipun.

Pada dekade tujuh puluhan itulah istilah Hukum Humaniter Internasional muncul. Mengingat pentingnya hukum humaniter tersebut Pemerintah Indonesia telah membentuk suatu badan interdepartemental dibawah naungan Departemen Kehakiman R.I. yang dikenal sebagai Panitia Tetap Penerapan dan Penelitian Hukum Humaniter (PANTAP Hukum Humaniter) berdasarkan Keputusan Menteri Kehakiman R.I Nomor M.01-Pr.9.01-1980 tanggal 2 Januari 1980, yang pada pokoknya memiliki tugas-tugas sebagai berikut :

1. Merumuskan pokok-pokok Kebijakan Pemerintah yang menyangkut masalah-masalah Hukum Humaniter ;
2. Mengadakan penelitian dan pengkajian mengenai penerapan dan pengembangan konsepsi nasional Indonesia, mengenai Hukum Humaniter yang hubungan dengan sengketa bersenjata, dan ;

³⁸ Mochtar Kusumaatmadja, *Konvensi Palang Merah 1949*, Binacipta, Bandung, 1968, hal.10.

3. Merumuskan pokok-pokok kebijakan mengenai keseragaman penyebarluasan hukum internasional humaniter melalui pendidikan dan penerangan.

Manifestasi pelaksanaan dari tugas-tugas tersebut antara lain PANTAP Hukum Humaniter telah mengadakan pertemuan-pertemuan kerja dengan mengadakan ceramah-ceramah dari pakar hukum internasional dalam bidangnya masing-masing, dan juga mengadakan penataran-penataran dan seminar yang dilakukan secara rutin.

Hukum perang humaniter (*Humanitarian law of war*) atau kaidah-kaidah hukum “perang yang berperikemanusiaan” (*Humanitarian warfare*) menurut **J.G. Starke** pada dasarnya bukan untuk menjadi semacam kitab-kitab hukum yang mengatur “permainan perang” melainkan untuk alasan-alasan perikemanusiaan guna mengurangi atau membatasi penderitaan individu-individu serta membatasi kawasan di dalam mana kebiasaan konflik bersenjata diizinkan.³⁹

F. Sugeng Istanto memberikan definisi Hukum Humaniter Internasional sebagai keseluruhan ketentuan hukum yang merupakan bagian dari Hukum Internasional Publik yang mengatur tingkah laku manusia dalam pertikaian bersenjata yang didasarkan pada pertimbangan kemanusiaan dengan tujuan melindungi manusia.⁴⁰

³⁹ J.G. Starke, **Pengantar Hukum Internasional 2 (Terjemahan)**, Sinar Grafika, Jakarta 1992, Hal. 728.

⁴⁰ F. Sugeng Istanto, **Penerapan Hukum Humaniter Internasional pada Orang Sipil dan Perlindungan Dalam Pertikaian Bersenjata**, Makalah pada Seminar Peranan Palang Merah Internasional dalam Pertikaian Bersenjata Non Internasional, Ujung Pandang, 12-13 Maret 1997, hal. 1

Seorang ahli hukum Belanda yang bernama **Hugo de Groot (Grotius)** yang telah menulis dan menerbitkan sebuah treaties, "*De Jure belli as pacis libri tres*" (*The Law of War and Peace in Three Books*) pada tahun 1625. Didalam buku ini, **Grotius** antara lain menegaskan hal-hal sebagai berikut :

1. Mereka yang melaksanakan perang untuk menang atau dengan niat tidak benar layak untuk dituntut;
2. Mereka yang melaksanakan perang secara melawan hukum bertanggung jawab atas akibat-akibat yang terjadi dan sepatutnya diketahui dan :
3. Sekalipun jenderal atau prajurit yang sesungguhnya dapat mencegah kejadian / kerugian sepenuhnya dapat dipertanggungjawabkan atas tindakannya.⁴¹

Hukum Humaniter memiliki keterkaitan dengan Hukum Hak Asasi Internasional, hal ini dapat disimpulkan dari pandangan-pandangan para ahli yang dapat dibagi menjadi 3 (tiga) aliran, yaitu :

1. Aliran *Integrationniste*.
Menurut aliran tersebut ada dua kemungkinan, yaitu :
 - a. Hukum Humaniter Internasional merupakan bagian dari Hukum HAM Internasional, atau
 - b. Hukum HAM Internasional merupakan bagian dari Hukum Humaniter Internasional.
 Pandangan ini dikemukakan oleh M. Robertson, Voncken dan Benoit.
2. Aliran *Separatisme*.
Aliran ini dikemukakan oleh Col. Draper yang menyatakan bahwa Hukum Humaniter Internasional dan Hukum HAM Internasional merupakan dua hal yang berbeda sifatnya dan sama sekali bertentangan satu sama lain.
3. Aliran *Complementariste*.
Aliran ini dikemukakan oleh Cologerapoulus, yang berpendapat bahwa kedua sistem hukum ini saling mengisi, bersifat komplementer.⁴²

⁴¹ Romli Atmasasmita, **Pengantar Hukum Pidana Internasional**, Refika Aditama, Bandung, 2000, Hal. 3

⁴² GPH. Haryomataram, **Keterkaitan Hukum Humaniter Internasional Dengan Hukum HAM Internasional**, Orasi Dies Natalis XXI UNS Pada Sidang Senat Terbuka Tanggal 11 Maret 1997, Hal.3-4.

Secara umum sumber hukum perang yang merupakan bagian dari hukum internasional diatur dalam Pasal 38 dari Piagam Mahkamah Internasional, yaitu :

- 1) Perjanjian Internasional ;
- 2) Kebiasaan Internasional ;
- 3) Prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab ;
- 4) Keputusan Pengadilan ;
- 5) Ajaran Sarjana (doktrin).

Dari sekian banyak sumber hukum tersebut, maka yang sangat penting bagi hukum perang adalah perjanjian internasional, yang antara lain yaitu :

- 1) *Declaration of Paris 1856*, mengenai cara berperang di laut ;
- 2) *Declaration of St. Petersburg 1868*, mengenai larangan penggunaan peluru dum-dum yang beratnya 400 gram dan dapat meledak ;
- 3) *Haque Declaration 1899*, mengenai peluru dum-dum ;
- 4) *Haque Declaration 1899*, mengenai peluru dan bahan peledak yang dilemparkan dari balon ;
- 5) *Haque Declaration 1899*, mengenai peluru yang menyebar gas cekik ;
- 6) *Haque Convention 1907*, mengenai permulaan perang ;
- 7) *Haque Convention 1907*, mengenai penembakan oleh Angkatan Laut diwaktu perang ;
- 8) *Haque Convention 1907*, tentang hak dan kewajiban negara netral dan orang netral dalam perang didarat ;
- 9) *Haque Convention 1907*, tentang hukum dan kebiasaan perang didarat, dengan annex : *Haque Regulations* (Haque Regulation ini sangat penting bagi prajurit, sehingga disebut Modern's vademecum) ;
- 10) *Protocol 1925*, tentang pemakain dan gas lain dalam waktu perang ;

- 11) *The Haque Airwarfare Rules 1923* ;
- 12) *London Protocol 1936*, tentang pemakaian kapal selama melawan kapal dagang ;
- 13) *Geneva Convention 1949*.⁴³

Ketentuan hukum internasional yang mengatur tentang perang banyak dimuat dalam Konvensi Jenewa Tahun 1949 (tentang Perlindungan Korban Perang) atau yang biasa disebut *Geneva Convention of 1949 for the Protection of Victims of War* yang terdiri dari 4 (empat) konvensi, yaitu :

1. Konvensi Jenewa Tahun 1949 tentang Perbaikan Keadaan Anggota Angkatan Darat yang Luka dan Sakit di Medan Pertempuran Darat ;
2. Konvensi Jenewa Tahun 1949 tentang Perbaikan Keadaan Anggota Angkatan Perang di Laut yang Luka, Sakit dan Korban Karam ;
3. Konvensi Jenewa Tahun 1949 tentang Perlakuan Terhadap Tawanan Perang;
4. Konvensi Jenewa Tahun 1949 tentang Perlindungan Orang-orang Sipil diwaktu Perang.

Konvensi-konvensi Jenewa Tahun 1949 tersebut diatas dilengkapi dengan 2 (dua) buah Protokol Tambahan Tahun 1977, yaitu :

- a. Protokol Tambahan I Tahun 1977 tentang Perlindungan Korban-korban Pertikaian-pertikaian Bersenjata Internasional ;
- b. Protokol Tambahan II Tahun 1977 tentang Perlindungan Korban-korban Pertikaian-pertikaian Bersenjata Non Internasional.

⁴³ GPH. Haryomataram, *Sekelumit tentang Hukum Humaniter*, Op.cit, hal. 12-13.

Kedua protokol tersebut merupakan pelengkap / tambahan Konvensi Jenewa 1949 atau merupakan hukum positif aplikatif, artinya merupakan seperangkat aturan hukum yang sudah tersaji (in operasional) dalam masyarakat dan anggota masyarakat dapat langsung memakainya, sehingga tidak lain dalam bentuk ketentuan-ketentuan pokok / garis-garis besar dan lain-lain, dalam tata susunan perundang-undangan nasional sama dengan undang-undang organik.

Disusunnya kedua protokol tersebut tidak dapat dilepaskan dengan latar belakang situasi internasional pada waktu itu, terutama sifat peperangan internasional yang semakin brutal dan tidak berperikemanusiaan, disamping itu pula alat-alat pembunuh / persenjataan dalam perang semakin mengerikan, hadir terus dalam setiap konflik.

Permasalahan dalam pembahasan ide rancangan kedua protokol banyak terjadi, karena :

1. Kukuhnya prinsip kedaulatan dan integritas nasional ;
2. Pertahanan / keamanan negara ;
3. Kepentingan nasional masing-masing negara ;
4. Suasana saling mempengaruhi (waktu itu) dari negara-negara besar.

Asas-asas hukum perang ada tiga, yaitu :

- 1) Asas Kepentingan Militer (*Military Necessity*).

Bahwa sudah sewajarnya bahwa dalam satu perang pihak yang satu ingin menaklukkan pihak yang lain dalam waktu yang sesingkat-singkatnya dengan biaya yang sekecil mungkin. Dalam usaha ini pihak yang berperang dibenarkan menggunakan semua macam dan bentuk kekerasan dalam jumlah

berapapun agar dapat menaklukkan lawan dalam waktu yang singkat dan dengan ongkos murah, dengan catatan pihak yang berperang tersebut juga memperhatikan asas yang kedua dan ketiga. Ketentuan ini datur dalam buku **Greenspan** yang menyatakan sebagai berikut : *“Belligerent have not got an unlimited right as to the choice of means injuring the enemy. A belligerent may only use force within the limits laid down by international law, he may use only legitimate measures of coercion (p.314).* Mengenai asas kepentingan militer ini didalam Preambul dari *Haque Convention 1907* dikatakan bahwa dalam menyusun *Haque Rules* sudah diperhatikan asas ini, oleh karena itu dalam menerapkan pasal-pasal dari *Haque Rules* itu tidak perlu asas ini diperhitungkan lagi.

2) Asas Perikemanusiaan.

Asas ini melarang semua bentuk kekerasan (*violence*) yang tidak perlu.

Menurut **Greespan** :

“The second principle is that of humanity, which forbids the employment of all such kinds and degrees of violence are not necessary for the purpose of the war” (p.315).

Asas ini tentunya sangat sulit sekali untuk diterapkan, sampai sejauh mana suatu alat / senjata itu dianggap dapat mengakibatkan penderitaan yang tidak perlu atau diluar batas ? Dalam hal ini asas perikemanusiaan ini sering bertentangan dengan Asas Kepentingan Militer.

3) Asas Kesatriaian (*Chivalry*).

Asas kesatriaian ini berasal dari abad pertengahan, pada waktu itu dalam pertempuran orang sangat memperhatikan asas tersebut. Kejujuran harus

diutamakan, penggunaan alat-alat yang tidak terhormat (penggunaan racun misalnya) dilarang.

Menurut Greenspan :

“Chivalry demands a certain amount of fairness in offence and defence, and a certain mutual respect between the opposing forces. It denounces and forbids resort to dishonorable means, expedients, or conduct. (p.376).⁴⁴

Menurut teori hukum Islam, maksud perang bukanlah memperoleh kemenangan atau harta benda musuh, tetapi terutama menjalankan kewajiban, yaitu berjihad dengan jalan yang ditunjukkan Allah, oleh karena itu maka orang Islam yang berjihad dianjurkan untuk menghindarkan penumpahan darah yang berlebihan dan jangan merusak harta benda, jika hal itu tidak diperlukan untuk mencapai maksudnya. Aturan-aturan umum ini didasarkan pada amanat Sayidina Abu Bakar r.a kepada tentara Islam yang untuk pertama kali dikirim ketapal batas Siria dan amanat berbagai Kalifah setelah Sayidina Abu Bakar r.a.⁴⁵

Cara-cara mengakhiri status peperangan menurut **J.G. Starke** , yaitu :

- a. Dengan begitu saja menghentikan permusuhan tanpa diperoleh kesepakatan diantara pihak-pihak yang berperang, misalnya perang antara Swedia dengan Polandia pada Tahun 1716, Perancis dengan Spanyol pada Tahun 1720, Rusia dengan Persia pada Tahun 1801, Perancis dengan Mexico pada Tahun 1867, dan perang antara Spanyol dengan Chili pada Tahun 1867. Kelemahan cara ini adalah tidak menyelesaikan dengan tegas hubungan pihak-pihak yang berperang dan sudah tidak sesuai lagi dengan keadaan modern yang berbelit-belit.
- b. Penaklukan yang diikuti dengan aneksasi.
Asas yang berlaku dalam hal ini adalah bahwa negara yang ditaklukan dan dianeksasi itu lenyap menurut hukum internasional, karena itu tidak mungkin terjadi keadaan perang antara negara yang dianeksir dengan negara penakluk. Tidak begitu jelas berlakunya asas tersebut dalam peristiwa-peristiwa aneksasi yang ditimbulkan dari agresi yang melanggar hukum

⁴⁴ Ibid, hal. 10-12.

⁴⁵ Kushartoyo Budi Santosa, **Hukum Perang Dalam Hukum Islam**, Makalah, Pusat Studi Hukum Humaniter Trisakti, Jakarta 1997, hal. 12.

internasional, misalnya peristiwa Ethiopia dan Cekoslovakia, yang masing-masing dianeksir oleh Italia (1936) dan Jerman (1939). Sekutu menolak mengakui perubahan-perubahan wilayah seperti itu.

- c. Dengan Traktat Perdamaian.
Cara ini lebih lazim dipergunakan, traktat perdamaian pada umumnya mengatur masalah-masalah perhubungan antara pihak-pihak yang berperang sampai sampai mendetail, misalnya masalah evakuasi wilayah, pengembalian tawanan perang, rampasan dan sebagainya. Mengenai masalah-masalah hak milik yang tidak diatur dalam traktat, berlaku *asas Uti Possidetis*, yaitu bahwa setiap negara berhak memiliki harta benda yang benar-benar dimiliki atau dikuasai ketika permusuhan dihentikan, juga berlaku *asas Postiliminium*, apabila traktat tidak mengatur hal-hal lain disamping hal-hal mengenai milik, jadi segala keadaan dan kedudukan harus dipulihkan kembali, hubungan diplomatik dibuka kembali dan sebagainya.
- d. Dengan persetujuan gencatan senjata, yang sekalipun terutama dimaksudkan untuk menghentikan permusuhan, namun *de facto* mengakhiri status perang. Hal ini dianggap merupakan persoalan konstruksi persetujuan yang bersangkutan, misalnya pendapat Israel yang disangkal oleh Mesir bahwa persetujuan gencatan senjata dengan keempat negara arab (Mesir, Libanon, Yordania dan Siria) Tahun 1951 telah mengakhiri status perang.
- e. Dengan pernyataan unilateral oleh negara pemenang, bahwa status perang telah diakhiri, misalnya Deklarasi Negara-negara Sekutu 1947 dan 1951 terhadap Austria dan Jerman Barat, yang disebabkan karena perbedaan pendapat dengan Rusia mengenai prosedur dan asas traktat-traktat perdamaian.⁴⁶

Pada setiap peperangan (sengketa bersenjata) terdapat suatu kenyataan bahwa banyak warganegara (penduduk sipil) masing-masing pihak yang bersengketa jatuh ketangan penguasa dari pihak lain, Sebagian besar dari orang-orang tersebut merupakan tawanan perang yaitu anggota-anggota dari kesatuan yang turut dalam peperangan, di samping itu pula banyak terdapat orang-orang sipil yang karena suatu hal dikumpulkan dalam suatu kamp konsentrasi.

Diantara tawanan-tawanan tersebut ada yang termasuk dalam katagori penjahat-penjahat perang, yaitu orang-orang yang dianggap melanggar hukum

⁴⁶ J.G. Starke, **Pengantar Hukum Internasional**, Justitia Study Group Bandung, 1986, hal. 319-321.

perang yang berlaku. Apabila terdapat tawanan perang, maka pada umumnya dimasukan dalam kamp-kamp tawanan, maka penjahat-penjahat perang (*War Criminals*) ini oleh karena dianggap melanggar hukum pidana baik pidana biasa maupun pidana militer dan hukum perang yang berlaku, maka harus diperiksa dan diputuskan oleh Mahkamah Militer, Nasional, maupun Internasional. Suatu hal yang penting bahwa berbeda dengan hukum nasional yang mempunyai hukum pidana yang lengkap dengan kitab hukum pidana dan hukum secara pidana, maka delik-delik internasional terdapat dalam hukum internasional umum (*general international law*) serta di dalam beberapa perjanjian dan atau Konvensi-konvensi Internasional, terutama di dalam hukum perang internasional, kejahatan-kejahatan yang bisa disebut dengan delik-delik internasional menonjol dengan jelas. Kejahatan-kejahatan perang (*War Crime*) dapat pula diartikan sebagai "*Violations of the rule of warfare*".

Peradilan dan penghukuman kejahatan perang itu menurut hukum internasional umum diserahkan kepada negara masing-masing, dalam arti bahwa negara tersebut berhak menghukum para penjahat perang warga negaranya sendiri. Tiap-tiap pihak yang terlibat dalam pertikaian bersenjata diberi wewenang untuk mengadili dan menghukum tawanan perang yang berada dibawah kekuasaannya dan melanggar peraturan-peraturan hukum perang sebelum ia ditawan.

Kejahatan-kejahatan perang (*War Criminals*) menurut **Wirjono Prodjodikoro** terdiri dari berbagai macam tindakan, yang antara lain adalah :

1. Mempergunakan gas beracun atau racun dalam peperangan yang telah dinyatakan dilarang dalam hukum perang ;

2. Membunuh para prajurit yang luka atau sakit ;
3. Menghancurkan bangunan-bangunan yang tidak boleh diserang (dihancurkan) seperti rumah sakit, gereja, masjid, musium, sekolah dan lain sebagainya ;
4. Menyerang kota-kota yang dinyatakan terbuka, yaitu yang tidak dilengkapi dengan alat-alat penangkis serangan bersenjata dari pihak lawan, dan ;
5. Merampas kapal-kapal laut swasta (bukan kapal perang) yang tidak dipersenjatai dan atau tidak boleh diserang, seperti misalnya kapal-kapal rumah sakit, kapal-kapal dagang dan lain sebagainya.⁴⁷

Selain jenis-jenis kejahatan perang sebagaimana yang tersebut di atas, Ali

Sastroamidjojo membagi kejahatan perang menjadi empat jenis, yaitu :

1. Pelanggaran peraturan-peraturan perang yang berlaku dengan sah oleh anggota-anggota Angkatan Bersenjata ;
2. Semua tindakan permusuhan bersenjata yang dilakukan oleh oknum-oknum yang bukan anggota Angkatan Bersenjata musuh ;
3. Spionase dan penghianatan perang ;
4. Tindakan-tindakan yang merupakan penggedoran.⁴⁸

Jenis-jenis kehatan perang juga diatur dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahannya, yang meliputi :

1. Kategori pelanggaran berat, yang mencangkup perbuatan sebagai berikut :
 - a. Sesuai Konvensi Jenewa I, II, III dan IV ;
 - Pembunuhan disengaja ;
 - Penganiayaan dan perlakuan tidak manusiawi, termasuk percobaan biologis ;
 - Menyebabkan dengan sengaja penderitaan besar atau luka berat atas badan atau kesehatan.

⁴⁷ Wirjono Prodjodikoro, **Asas-Asas Hukum Publik Internasional**, Pembimbing Masa, Jakarta, 1967, hal. 173

⁴⁸ Ali Sastroamidjojo, **Pengantar Hukum Internasional**, Bhatara, Jakarta, 1971, hal. 28

- b. Sesuai Konvensi Jenewa I, II dan III ;
 - Pengerusakan dan tindakan pemilikan atas harta benda yang tidak dibenarkan oleh kepentingan militer dan yang dilaksanakan secara luas, dengan melawan hukum dan dengan sewenang-wenang ;
- c. Sesuai Konvensi Jenewa III dan IV ;
 - Memaksa tawanan perang atau orang yang dilindungi oleh Konvensi Jenewa untuk berdinis dalam ketentaraan negara musuh ;
 - Merampas dengan sengaja hak-hak tawanan perang atau orang yang dilindungi oleh Konvensi Jenewa atas peradilan yang adil dan wajar yang ditentukan dalam konvensi ini.
- d. Sesuai Konvensi Jenewa IV ;
 - Deportasi dan pemindahan yang tidak sah ;
 - Penahanan yang tidak sah ;
 - Penyanderaan.
- e. Sesuai Protokol Tambahan I 1977 ;
 - Setiap perbuatan yang dapat membahayakan kesehatan atau integritas fisik maupun mental ;
 - Dengan sengaja melakukan perbuatan yang dapat menyebabkan kematian atau luka berat atas badan atau atas kesehatan, sebagai berikut : a) serangan terhadap masyarakat sipil, b) Serangan yang membabi buta yang menyebabkan kerugian pada penduduk sipil atau obyek sipil, c) Serangan yang ditujukan pada instalasi yang berisi kekuatan yang berbahaya, d) Serangan yang diarahkan pada

perkampungan yang tidak dipertahankan dan di daerah luar operasi militer, e) Serangan terhadap orang yang tidak lagi ikut dalam pertempuran, f) Penyalahgunaan tanda pelindung.

- Dengan sengaja melakukan perbuatan sebagai berikut : a) Pemindahan sebagian dari masyarakat sipil oleh pihak yang menduduki kedalam wilayah yang sedang diduduki, serta deportasi atau pemindahan sebagian atau seluruh masyarakat sipil yang diduduki, b) Keterlambatan dalam repatriasi tawanan perang atau orang sipil, c) Tindakan yang merendahkan martabat manusia atau diskriminasi berdasarkan perbedaan ras, d) Serangan terhadap monumen sejarah, benda budaya dan tempat ibadah, e) Tidak menghormati hak setiap orang yang dilindungi oleh Hukum Jenewa untuk menerima pengadilan yang adil dan wajar.
- Pelanggaran juga dapat timbul karena tidak dipenuhinya kewajiban yang diberikan oleh Hukum Jenewa.

2. Kategori pelanggaran yang tidak berat, mencakup perbuatan sebagai berikut :

- a. Setiap perbuatan yang tidak dinyatakan sebagai pelanggaran berat, namun bertentangan dengan peraturan yang ditetapkan dalam ketentuan-ketentuan Hukum Humaniter Internasional yang diterapkan dalam pertikaian bersenjata ;

- b. Setiap pelanggaran yang tidak dinyatakan sebagai pelanggaran berat, namun yang disebabkan karena ketidak terpenuhinya kewajiban untuk bertindak sesuai Hukum Humaniter Internasional.

Terhadap segala tindakan bersenjata oleh orang-orang perseorangan bukan militer memang dilarang, oleh karena itu definisi / batasan tentang perang menandakan segi militer daripada perlombaan senjata antara angkatan-angkatan bersenjata daripada para pihak yang bersengketa. Dengan demikian dapatlah ditandakan bahwa oknum-oknum bukan militer yang hendak berjuang untuk membela negaranya sering pula dimasukan didalam angkatan bersenjata sebagai milisia, sukarelawan dan lain sebagainya, supaya mereka mendapat status militer, jika tidak demikian sedangkan mereka mengangkat senjata melawan musuh, maka mereka dianggap sebagai melakukan kejahatan perang dan dapat dihukum oleh pihak yang berperang yang menderita karena delik tersebut.

Selanjutnya bagi anggota angkatan bersenjata yang diadili karena melakukan kejahatan perang bertanggung jawab secara individu (pribadi), dan mereka dapat melepaskan tanggung jawabnya dengan mengemukakan pendapatnya bahwa mereka melakukan delik tersebut karena mendapat perintah dari atasannya. Kemudian masalah mata-mata (spionase) dan penghianatan perang serta tindakan pengerusakan. Spionase tersebut sebenarnya memiliki dua aspek yang saling bertentangan satu dengan yang lainnya, sebab menurut hukum internasional spionase boleh dijalankan oleh pihak-pihak yang berperang untuk mendapatkan informasi-informasi tentang kegiatan dan gerak-gerik pihak musuh, sebaliknya pihak yang bertikai berhak pula menganggap spionase yang dijalankan

oleh pihak musuh di wilayah pihak lawan sebagai suatu tindakan yang melanggar hukum perang yang berlaku. Sebagaimana di atas telah disebutkan apabila pelaku penjahat perang yang lazimnya merupakan prajurit-prajurit, mengemukakan bahwa mereka melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum perang yang berlaku itu, atas perintah atasan. Hal ini sudah pernah diputus oleh Mahkamah Militer Internasional di Nurenburg, bahwa bertindak atas perintah atasan ini tidak merupakan hal yang dapat membebaskan dirinya dari hukuman.

Perintah dari atasan tersebut biasanya hanya dijadikan sebagai alasan untuk meringankan hukuman saja, terutama apabila yang melakukan kejahatan tersebut hanyalah seorang opsir. Opsir ini apabila mengetahui apa yang harus ia jalankan sebagai pelanggaran terhadap hukum pidana, maka ia dapat memperingatkan atasannya dalam hal ini dan mungkin dapat menggerakkan atasannya untuk mencabut perintahnya.

Seorang komandan bertanggung jawab atas perbuatan bawahannya yang melanggar hukum pidana apabila ia dianggap tidak cukup melakukan pengawasan untuk menghindari terjadinya perbuatan melanggar hukum tersebut.

3. Konsep Tentang Criminal Policy

Perkembangan pembangunan yang semakin pesatnya usaha, modernisasi dan industrialisasi yang mengakibatkan semakin kompleksnya masyarakat, maka banyak muncul masalah-masalah sosial dan gangguan atau disorder mental dalam masyarakat.

Kebijakan sosial adalah serangkaian pilihan tindakan pemerintah untuk menjawab tantangan atau memecahkan masalah kehidupan manusia. Salah satu tantangan yang perlu dipecahkan atau ditanggihkan adalah masalah kejahatan.

Kejahatan merupakan fenomena sosial yang terjadi dalam masyarakat dan sampai saat ini sulit untuk diberantas atau dihilangkan, namun usaha pencegahan dan penanggulangannya tetap dilakukan dengan berbagai cara. Kejahatan harus diberantas karena menghambat pencapaian kesejahteraan masyarakat.

Sebagaimana yang dikatakan oleh **Saparinah Sadli** bahwa:

“Perilaku menyimpang itu merupakan suatu ancaman yang nyata atau ancaman terhadap norma-norma sosial yang mendasari kehidupan atau keteraturan sosial dapat menimbulkan ketegangan individual maupun ketegangan-ketegangan sosial dan merupakan ancaman riil atau potensial bagi berlangsungnya ketertiban sosial.”⁴⁹

Menurut **I.S. Susanto** bahwa:

“Hubungan antara kejahatan dan proses kriminalisasi secara umum dinyatakan dengan konsep “penyimpangan” (*deviance*) dan reaksi sosial. Kejahatan dipandang sebagai bagian dari “penyimpangan sosial” dalam arti bahwa tindakan yang bersangkutan “berbeda” dari tindakan – tindakan yang dipandang sebagai normal atau “biasa” di masyarakat, dan terhadap “tindakan menyimpang” tersebut diberikan reaksi sosial yang negatif, dalam arti secara umum masyarakat memperlakukan orang-orang tersebut sebagai “berbeda” dan “jahat”.⁵⁰

Berdasarkan pendapat di atas dapat disimpulkan bahwa deviasi atau penyimpangan diartikan sebagai tingkah laku yang menyimpang dari tendensi sentral atau ciri-ciri karakteristik rata-rata dari populasi, **Kartini Kartono**

⁴⁹ Saparinah Sadli, *Persepsi Sosial Mengenai Perilaku Menyimpang*, Bulan Bintang, Jakarta, 1976, hal 56

⁵⁰ I.S. Susanto, *Kriminologi*, Universitas Diponegoro, Semarang, 1995, hal 8

mengungkapkan bahwa ciri-ciri tingkah laku yang menyimpang itu bisa dibedakan yang meliputi:⁵¹

1. Aspek lahiriah, dalam bentuk deviasi lahiriah yang verbal seperti: kata-kata makian, kata kotor tidak senonoh dan cabul. Dalam bentuk deviasi lahiriah yang non-verbal; yaitu semua tingkah laku yang non verbal yang nyata kelihatan.
2. Aspek-aspek simbolik yang tersembunyi, yang mencakup sikap-sikap hidup, emosi, tingkah laku yang menyimpang.

Deviasi ini dapat dibedakan dalam tiga kelompok:

- a. Individu dengan tingkah laku yang menjadi "masalah" merugikan dan destruktif bagi orang lain, akan tetapi tidak merugikan diri sendiri;
- b. Individu-individu dengan tingkah laku menyimpang yang menjadi "masalah" bagi dirinya sendiri, akan tetapi tidak merugikan orang lain; dan
- c. Individu-individu dengan deviasi tingkah laku yang menjadi "masalah" bagi diri sendiri dan orang lain.

Kongres PBB VIII tentang Pencegahan kejahatan dan pembinaan pelaku di Havana, pada tahun 1990 menerima suatu resolusi tentang *Prevention of urban crimes* dan di situ dinyatakan bahwa:

"that the fear of crime is a problem of all citizens, particularly women, children, elderly persons, person with disabilities and indigenous people, while noting, however, that in many instances, this fear is out of proportion to the actual level of criminality."

Dikemukakan di sini, bahwa faktor-faktor kondusif timbulnya kejahatan mencakup:⁵²

- (a) *Poverty, unemployment, illiteracy, the lack of decent housing at reasonable cost and unsuitable education and training system;*
- (b) *The increasing number of citizens who have prospects of social integration, coupled with a worsening of social inequalities;*
- (c) *Loosening of social and family ties, accompanied by adequate parental upbringing that is frequently made difficult by living conditions;*
- (d) *The difficult conditions associated with people emigrating to towns or other countries;*
- (e) *The destruction of original cultural identities, together with racism and*

⁵¹ Kartini Kartono, *Patologi Sosial*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1999, Hal 13-15

⁵² *Eighth United Nation Congress*, Dokumen A/CONF.144/L. 3, Hal 3

- discrimination, which may lead to disadvantages in the social, health and employment spheres;*
- (f) Deterioration in the urban environment, including the inadequate servicing of areas with neighbourhood facilities;*
 - (g) The difficulties for individual in modern society to become properly integrated in their community, families, work place or schools and to identify with a culture;*
 - (h) Alcohol, drug and other substance buse, whose spread is also promoted by the factors refeered to above;*
 - (i) The spread in organized criminal activities, particulary drug traficking and the receiving of stolen goods;*
 - (j) The encouragement, in particular by the mass media, of ideas and attitudes which lead to violence, inequality or intolerance”*

Kongres PBB ke-7 menyatakan bahwa:

“ Development projects and programmes that are to be planned and executed in comfirmity with local, regional and national realities should be based on realible assesment and forecast of present and future socio-economic trends, including crime and on studies of the social impact and consequences of the policy decisions and invesments. Feasibility studies, which usually involve considerations of economic viability, should also include social factors and be complemented by researc on the possible criminogenic consequences of such projects, with alternative strategies for avoiding them”.

(proyek-proyek dan program-program pembangunan yang direncanakan dan dilaksanakan sesuai dengan kenyataan-kenyataan lokal, regional dan nasional, hendaknya didasarkan pada penelitian yang dapat diandalkan dan perkiraan/ramalan akan perkembangan atau kecenderungan sosial ekonomi pada saat ini maupun di masa yang akan datang, termasuk kecenderungan kejahatan, dan juga hendaknya didasarkan pada studi/penelitian mengenai pengaruh dan akibat-akibat sosial dari keputusan-keputusan serta investasi-investasi kebijakan (dalam arti pelaksanaan kebijakan, pen). Studi-studi kelayakan juga harus meliputi faktor-faktor sosial dan dilengkapi dengan penelitian mengenai kemungkinan timbulnya akibat-akibat kriminogen serta strategi alternatif untuk menghindarinya”⁵³

Kebijakan kriminal menurut **Marc Ancel** adalah sebagai *“The rational organization of the control of crime by society”*, sedangkan **G. Peter Hoefnagels** mengemukakan bahwa, *“Criminal policy is the rational organization of the social reactions to crime”*.⁵⁴

⁵³ Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, Op.cit hal. 14.

⁵⁴ Ibid, hal 2.

Jadi baik **Marc Ancel** maupun **G. Peter Hoeffnagels** melihat kebijakan kriminal sebagai usaha rasional dari masyarakat untuk menanggulangi kejahatan. Selanjutnya **Sudarto** mengemukakan tiga arti kebijakan kriminal dengan mengatakan bahwa:

“Politik kriminal ini dapat diberi arti sempit, lebih luas dan paling luas. Dalam arti sempit, politik kriminal itu digambarkan sebagai keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana; dalam artian yang lebih luas ia merupakan keseluruhan fungsi dari aparaturnya penegak hukum, termasuk didalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi; dalam artian yang paling luas ia merupakan keseluruhan kebijakan, yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat.”⁵⁵

Kebijakan kriminal merupakan usaha yang rasional dari masyarakat untuk mencegah kejahatan dan mengadakan reaksi terhadap kejahatan. Usaha yang rasional itu merupakan konsekuensi logis, karena menurut **Barda Nawawi Arief**, sebagai masalah yang termasuk masalah kebijakan, maka penggunaan hukum pidana sebenarnya tidak merupakan suatu keharusan. Tidak ada kemutlakan dalam bidang kebijakan, karena pada hakekatnya dalam masalah kebijakan orang dihadapkan pada masalah kebijakan penilaian dan pemilihan dari berbagai macam alternatif.⁵⁶

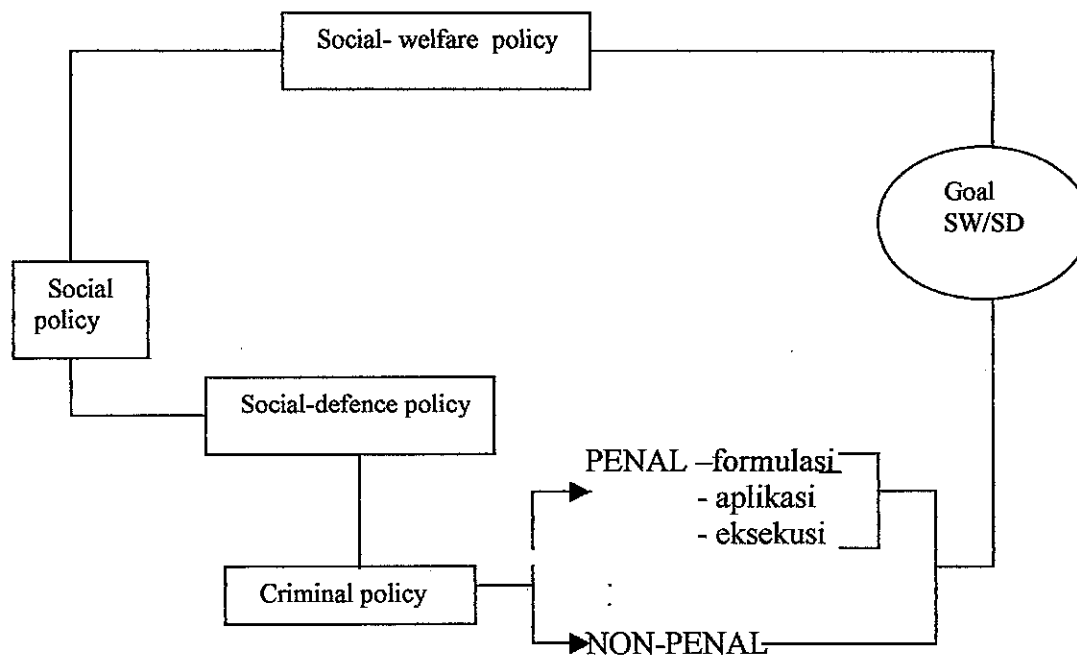
Menurut **Barda Nawawi Arief**, kebijakan kriminal atau penanggulangan kejahatan pada hakekatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*) oleh karena itu dapat dikatakan bahwa tujuan akhir atau tujuan utama dari politik kriminal adalah perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat. Dengan demikian dapat dikatakan, bahwa

⁵⁵ Sudarto, **Kapita Selekta Hukum Pidana**, Alumni, Bandung, 1981, hal 113-114

⁵⁶ Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana** Op. cit., hal 47

politik kriminal pada hakekatnya juga merupakan bagian integral dari politik sosial (yaitu kebijakan atau upaya untuk mencapai kesejahteraan sosial).

Secara sistematis hubungan tersebut dapat digambarkan sebagai berikut :



Usaha penanggulangan kejahatan, dapat dijabarkan:

- a. Pencegahan penanggulangan kejahatan (PPK) harus menunjang tujuan (*goal*), *social welfare*, dan *social defence*. Di mana aspek *social welfare* dan *social defence* yang sangat penting adalah aspek kesejahteraan/perlindungan masyarakat yang bersifat immateriil, terutama nilai kepercayaan, kebenaran, kejujuran/keadilan.
- b. Pencegahan penanggulangan kejahatan dilakukan dengan “pendekatan integral”, ada keseimbangan sarana “penal” dan “non penal”.
- c. Pencegahan penanggulangan kejahatan dengan sarana penal atau “penal law enforcement policy” yang fungsionalisasi/operasionalisasinya melalui beberapa

tahap:c.1. Formulasi (kebijakan legislatif)

c.2. Aplikasi (kebijakan yudikatif)

c.3. Eksekusi (kebijakan eksekutif/administratif)⁵⁷

Mengenai pelaksanaan Politik Kriminal, **Barda Nawawi Arief** menyatakan bahwa:

“Melaksanakan politik kriminal antara lain berarti membuat perencanaan untuk masa yang akan datang dalam menghadapi atau menanggulangi masalah yang berhubungan dengan kejahatan. Termasuk dalam perencanaan itu ialah, di samping merumuskan perbuatan-perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana, juga menetapkan sanksi-sanksi apa yang diterapkan terhadap si pelanggar. Sebagai salah satu bagian dari politik kriminal, maka kebijakan apa yang selama ini ditempuh (*what is*) dan kebijakan bagaimana yang seharusnya ditempuh oleh pembuat undang-undang (*what ought to be*) dalam menetapkan sanksi pidana, termasuk pidana penjara, merupakan suatu masalah yang selama ini belum pernah dilakukan penelitian di Indonesia.⁵⁸

Pencegahan penanggulangan kejahatan dengan sarana penal mempunyai keterbatasan. Pernyataan ini menurut **Barda Nawawi Arief** erat berkaitan dengan batas-batas penanggulangan kejahatan. Keterbatasan kebijakan hukum pidana (penal) dalam penanggulangan kejahatan telah banyak diungkapkan oleh para sarjana, antara lain⁵⁹:

- a. “Professor Schultz examined the movement of criminality in Swizerland in the years 1924 to 1962 and came the conclusion that increases and decreases in crime in a country are not related to changes in its laws or trends in court decisions, but are a function of the major cultural changes in a community’s life” (dikemukakan oleh **Schulz** bahwa naik turunnya kejahatan disuatu negara tidaklah berhubungan dengan perubahan-perubahan didalam hukumnya atau kecenderungan-kecenderungan didalam putusan-putusan pengadilan, akan tetapi berhubungan dengan bekerjanya atau berfungsinya perubahan-perubahan kultural yang besar dalam kehidupan masyarakat, terjemahan **Barda Nawawi Arief**)

⁵⁷ Barda Nawawi Arief, **Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan**, Universitas Diponegoro. Semarang, 2001, hal.77 -78

⁵⁸ Barda Nawawi Arief, **Kebijakan Legislatif Dalam Menanggulangi Kejahatan Dengan Pidana Penjara**, Undip Press, Semarang, 1996, hal 2

⁵⁹ Ibid, hal 21

- b. *“Rubin has remarked that no matter what the nature of the sentence, whether it be punitive or rehabilitative, it will have little or no effect on the crime problem.”*

(**Rubin** menyatakan bahwa penghukuman, apapun yang menjadi hakekatnya, yaitu apakah dimaksudkan untuk menghukum atau untuk memperbaiki, sedikit atau tidak mempunyai pengaruh terhadap masalah kejahatan., terjemahan **Barda Nawawi Arief**)

- c. *Wolf Middendorf examined that it is very difficult to evaluate efficacy of general deterrence and to express results statistically because the mechanism of deterrence is unknown. We don't know the true relationship between cause and effect. People may behave criminally or they may refrain from such behavior, without relation to the presence or absence of laws and actual punishments. Moreover, other social controls, such as parental authority, mores, or religion may deter misconduct, as much as does the fear of punishment.*

(**Wolf Middendorf** menyatakan, bahwa sangatlah sulit untuk melakukan evaluasi terhadap efektivitas dari *“general deterrence”* karena mekanisme pencegahan (*deterrence*) itu tidak diketahui. Kita tidak dapat mengetahui hubungan yang sesungguhnya antara sebab dan akibat. Orang mungkin melakukan kejahatan atau mungkin mengulanginya lagi tanpa hubungan dengan ada tidaknya undang-undang atau pidana yang dijatuhkan. Sarana-sarana kontrol sosial lainnya seperti, kekuasaan orang tua, kebiasaan-kebiasaan atau agama mungkin dapat mencegah perbuatan yang sama kuatnya dengan ketakutan orang pada pidana. Terjemahan **Barda Nawawi Arief**)

Selanjutnya dikatakannya bahwa:

“The effectiveness of all forms of deterrence is directly connected with the structure of a given society. The smaller or closer a society is, the less contested the general value system is, the better deterrence can work.”⁶⁰

Penanggulangan masalah kejahatan bukan hanya merupakan persoalan dari masyarakat dan negara di dunia. Apalagi dengan kecenderungan masa kini yang menuju pada *“one world”* dengan adanya *“era globalisasi”* yang sudah mulai dirintis sejak lama dengan aktivitas-aktivitas kinerja dari *United Organization* (Perserikatan Bangsa-Bangsa)

Pada garis besarnya menurut **Barda Nawawi Arief** bahwa strategi

⁶⁰ Ibid, hal 15

kebijakan penanggulangan /pencegahan kejahatan menurut kongres-kongres PBB meliputi:⁶¹

Strategi dasar/pokok penanggulangan kejahatan, ialah:

- a. Meniadakan faktor-faktor penyebab/ kondisi yang menimbulkan terjadinya kejahatan.

Berdasarkan Kongres ke -6 (1980)

“crime prevention strategies should be based upon the elimination of causes and conditions giving rise to crime”;

“The basic crime prevention strategy must consist in eliminating the causes and conditions that breed crime”;

The main causes of crime in many countries are social inequality, racial and national discrimination, low standart of living, unemployment and illiteracy among broad section of the population”.

Kongres ke-7 (1985)

“The basic crime prevention must seek to eliminate the causes and conditions that favour crime”

Deklarasi Wina kongres ke-10 (2000):

“Comprehensive crime prevention strategies at the international, national, regional and local levels must adress the root cuses and risk factors related to crime and victimization through social, economic, health, educational and justice policies”

- b. Pencegahan kejahatan dan peradilan pidana harus ditempuh dengan kebijakan integral/sistemik (jangan simplistik dan fragmentair)

Pengertian “kebijakan integral /sistemik “ mengandung berbagai aspek:

- b.1 ada keterpaduan antara kebijakan penanggulangan kejahatan dengan keseluruhan kebijakan pembangunan sistem POLEKSOSBUD dalam dokumen kongres dinyatakan:

“the many aspect of criminal policy should be coordinate and the whole should be integrated into the general social policy of each country” (kongres ke-5);

“crime prevention and criminal justice sholud be considered in the context of economic developement, political system, social and cultural values and social change, as well as in the context of the new international economic order” (kongres ke-6 s/d ke-8;lihat Deklarasi Wina kongres ke-10 th.2000)

- b.2 ada keterpaduan antara *“treatment of offenders”* (dengan pidana/tindakan) dan *“treatment of society”* seluruh masyarakat (lingkungan hidup) harus dibangun /disusun sedemikian rupa agar sehat dari faktor-faktor kriminogen.

- b.3 ada keterpaduan antara ‘penyembuhan/pengobatan simptomatik dan

⁶¹ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Op. cit, hal. 81-86

- penyembuhan/pengobatan kausatif
- b.4 ada keterpaduan antara *treatment of offenders dan treatment of the victim*
 - b.5 ada keterpaduan antara individu/*personal responsibility* dengan "*structural/functional responsibility*."
 - b.6 ada keterpaduan antara sarana penal dan non-penal
 - b.7 ada keterpaduan antara sarana formal dan sarana informal/tradisional
keterpaduan antara "*legal system dan extra legal system*"
 - b.8 ada keterpaduan antara pendekatan kebijakan (*policy oriented approach*) dan pendekatan nilai (*value oriented approach*).
- c. Kejahatan-kejahatan yang mendapat perhatian Kongres PBB untuk ditanggulangi, meliputi :
- economic crimes; crime as business; economic abuses;*
 - corruption; corrupt activities of public official;*
 - illicit trafficking in drugs;*
 - money laundering;*
 - violent crime; domestic violence;*
 - organized crime; terrorism; apartheid;*
 - environment crime;*
 - industrial crime;*
 - cyber crime (computer crime; computer related crime);*
 - urban crime;*
 - juvenile crime; instrumental use of children in criminal activities;*
 - transnational/international crime;*
 - crime against cultural property (cultural heritage);*
 - racism (religious/racial crime and all its forms);*
 - xenophobia, intolerance, discrimination;*
- d. perlu dibenahi dan ditingkatkan kualitas aparat penegak hukum dengan membuat resolusi tentang:
code of conduct for law enforcement officials (resolusi MU-PBB 34/169 1979);
international code of conduct for public official (resolusi MU-PBB 51/59);
- e. perlu dibenahi dan ditingkatkan kualitas institusi dan sistem manajemen organisasi/manajemen data:
computerization of records; computerization of criminal justice operations;
dibentuknya jaringan informasi/data internasional (UNCJIN= *United Nation Crime and Justice Information Network*);
- f. disusunnya beberapa "*Guidelines*", "*basic Principles*", "*rules*", "*standard Minimum rules (SMR)*":
- *SMR for the treatment of prisoners (resolusi ecosoc 663 C (XXIV) 1957 and 2076 (LXII) 1977);*
 - *Safegarteeing protection of the rights of those facing the death penalty (resolusi ecosoc 1984/50, th.1984);*
 - *SMR for administration of Juvenile justice (The Beijing rules); resolusi Mu-PBB 40/33, th.1985;*
 - *Declaration of basic Principles of justice for victim o crime and abuse of power (resolusi Mu-PBB 40/34, 1985);*
 - *Basic principles for the treatment of prisoners (resolusi MU-PBB 45/111.*

- 1990);
- *UN Guidelines for the prevention of juvenile delinquency (the Riyadh Guidellines)*; resolusi MU-PBB 45/112, th. 1990;
 - *UN Rules for the Protection of Juvenile Deprived of their Liberty (resolusi MU-PBB 45/113, 1990)*;
- g. Ditingkatkannya “kerjasama internasional” (*international cooperation*) dan “bantuan teknis” dalam rangka memperkuat ‘*the rule of law*’ dan “*management of criminal justice system*”.

4 Konsep tentang Sistem Peradilan Pidana Umum dan Sistem Peradilan Pidana Dalam Proses Pelanggaran HAM Berat

A. Konsep tentang Sistem Peradilan Pidana Umum

Pada era globalisasi seperti sekarang ini, peranan sistem peradilan sangat penting sekaligus kompleks, sebab sistem peradilan yang efisien dan efektif tidak hanya merupakan salah satu barometer terciptanya negara yang demokratis yang dapat meningkatkan wibawa penguasa di mata masyarakat, tetapi juga dapat meningkatkan kepercayaan masyarakat internasional terhadap iklim investasi dalam rangka globalisasi ekonomi atau pasar bebas.

Sebaliknya kondisi peradilan yang penuh diwarnai oleh munculnya indikator kegagalan dalam pencapaian keadilan (*miscarriages of justice*) akan merusak bukan saja berbagai kesan positif seperti terurai diatas, tetapi secara keseluruhan akan merusak legitimasi dan integritas sistem peradilan (*damaging the integrity of the justice system*) dan yang lebih buruk lagi adalah akan memunculkan berbagai langkah ekstra judisial (*extra judicial act*) yang berkonotasi negatif, apapun alasannya seperti langkah main hakim sendiri yang dilakukan oleh massa terhadap pelaku tindak pidana yang

tertangkap tangan, seperti pembakaran pelaku pencurian yang sering terjadi sekarang ini.

Remington dan Ohlin mengemukakan sistem peradilan pidana sebagai pemakaian pendekatan sistem terhadap mekanisme administrasi peradilan pidana dan peradilan pidana sebagai suatu sistem merupakan hasil interaksi antara peraturan perundang-undangan, praktis administrasi dan sikap atau tingkah laku sosial. Pengertian sistem itu sendiri mengandung implikasi suatu proses interaksi yang dipersiapkan secara rasional dan dengan cara yang efisien untuk memberikan hasil tertentu dengan segala keterbatasannya. **Hagan** membedakan pengertian antara "*Criminal Justice Process*" dan "*Criminal Justice System*". Proses Peradilan Pidana adalah setiap tahap dari putusan yang menghadapkan seorang tersangka kepada proses yang membawanya kepada penentuan pidana baginya, sedangkan Sistem Peradilan Pidana adalah interkoneksi antara keputusan dari setiap instansi yang terlibat dalam proses peradilan pidana.⁶²

Muladi membagi pengertian Sistem Peradilan Pidana dalam dua pengertian, yaitu :

1. Dalam pengertian fisik (struktural), sistem Peradilan Pidana harus diartikan sebagai kerjasama antara pelbagai sub-sistem peradilan (Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan serta Pemasyarakatan) untuk mencapai tujuan tertentu. Tujuan jangka pendek adalah untuk resosialisasi pelaku tindak pidana, jangka menengah untuk mencegah kejahatan dan jangka panjang untuk kesejahteraan dan keamanan masyarakat ;
2. Dalam arti abstrak (kultural), sistem peradilan pidana merupakan jalinan konsistensi sikap, pandangan terhadap nilai bahkan filosofi yang secara

⁶² Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana, Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*, Op. cit, hal. 14.

seragam harus dihayati oleh pelbagai sub-sistem peradilan pidana dalam kerangka tujuan tertentu.⁶³

Selain itu **Muladi** menegaskan makna *Integrated Criminal Justice System* adalah sinkronisasi atau keserempakan dan keselarasan, yang dapat dibedakan dalam :

1. Sinkronisasi Struktural (*Structural Synchronization*) ;
Yaitu keselarasan dan keselarasan dalam kerangka hubungan antar lembaga penegak hukum.
2. Sinkronisasi Substansial (*Substantial Synchronization*) ;
Yaitu keserempakan dan keselarasan yang bersifat vertikal dan horisontal dalam kaitannya dengan hukum positif.
3. Sinkronisasi Kultural (*Cultural Synchronization*) ;
Yaitu keserempakan dan keselarasan dalam menghayati pandangan-pandangan, sikap-sikap dan falsafah yang secara menyeluruh mendasari jalannya sistem peradilan pidana.⁶⁴

Hal penting yang harus ada dalam sistem peradilan pidana adalah terciptanya kekuasaan kehakiman yang independen yang telah berlaku secara universal, sebagaimana yang tertera dalam Pasal 10 *The Universal Declaration of Human Rights*, yaitu :

“Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal in the determination of his rights and obligation of any criminal charge against him”

(Setiap orang berhak dalam persamaan sepenuhnya untuk didengar suaranya dimuka umum dan secara adil oleh pengadilan yang merdeka dan tidak memihak, dalam hal menetapkan hak-hak dan kewajiban-kewajibannya dan dalam setiap tuntutan pidana yang ditujukan kepadanya).

⁶³ Muladi, **Suatu Analisis Tentang Peranan Formal Kekuasaan Kehakiman Termasuk Permasalahan Peradilan Terpadu**, Makalah, Semarang, 28 Agustus 2001, hal. 6.

⁶⁴ Romli Atmasasmita, **Sistem Peradilan Pidana, Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme**, Op. cit, hal. 17.

Sehubungan dengan Pasal 10 tersebut diatas, dalam Pasal 8 *The Universal Declaration of Human Rights* menyebutkan :

“Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for act violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law”.

(Setiap orang berhak atas pengadilan yang efektif oleh hakim-hakim nasional yang kuasa atas tindakan perkosaan hak-hak dasar yang diberikan kepadanya oleh undang-undang dasar negara atau undang-undang).

Dalam Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 sesudah amandemen ketiga berbunyi: “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakan hukum dan keadilan”, dalam ayat (2) dikatakan : “Kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer dan lingkungan peradilan tata usaha negara dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi .“

Perbedaan dengan Pasal 24 UUD 1945 sebelum diamandemen adalah kekuasaan kehakiman yang merdeka sudah disebut dalam rumusan, bukan hanya dalam penjelasan. Juga dirinci peradilan dibawah Mahkamah Agung, termasuk yang baru adalah dibentuknya Mahkamah Konstitusi.

Pada ayat (3) yang merupakan amandemen keempat menyebut : “badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.” Menurut **Andi Hamzah**, ayat (3) tersebut merupakan pengganti kata-kata “dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang.” Dalam Pasal 24 yang lama (asli) yang menurutnya sudah disebut dalam pendahuluan, merupakan salinan *R O (Reglement op de*

Rechtelijk Organisatie en het Beleid der Justitie) yang menyebut *Procureur Generaal dan Advocaat Generaal bij de Hooggerechtshof* (Jaksa Agung dan Jaksa Agung Muda pada Mahkamah Agung sebagai bagian dari kekuasaan kehakiman).⁶⁵

Muladi menyebutkan karakteristik sistem peradilan pidana yang baik yaitu :⁶⁶

1. berorientasi pada tujuan yang sama (*purposive behavior*),
2. pendekatan yang bersifat menyeluruh, yang jauh dari sifat fragmenteris (*wholism*),
3. selalu berinteraksi dengan sisten yang lebih besar (*openness*),
4. operasionalisasi bagian-bagiannya akan menciptakan nilai tertentu (*value transformation*),
5. keterkaitan dan kecocokan antar sub sistem (*interrelatedness*),
6. adanya mekanisme kontrol dalam rangka pengendalian secara terpadu (*control mechanism*).

Bahwa bekerjanya sub sistem peradilan selalu didasarkan pada informasi yang berjenjang (*gradual system of information*), misalnya dalam sistem peradilan pidana, Polisi bekerja atas infomasi dari masyarakat, Kejaksaan bergantung dari informasi Polisi, dan Pengadilan banyak mengharapkan informasi dari Jaksa. Demikian pula bekerjanya Lembaga Pemasyarakatan didasarkan informasi dari Pengadilan.

Suatu kelemahan yang mungkin sekali timbul dari mekanisme bekerjanya sub-sub sistem peradilan pidana adalah adanya informasi yang menyesatkan (*misleading information*) dari salah satu sub sistem akan

⁶⁵ Andi Hamzah, *Sistem Peradilan Pidana Terpadu*, Makalah pada Seminar Dalam Rangka Hari Bhakti Adhyaksa, Jakarta, 17 Juli 2003, hal. 4

⁶⁶ Muladi, *Suatu Analisis tentang Peranan Formal Kekuasaan Kehakiman termasuk Permasalahan Peradilan Terpadu*, Op. cit, Hal. 8

berdampak pada terganggunya mekanisme dan tujuan / fungsi dari sub sistem yang lain.

Romli Atmasasmita berpendapat bahwa:

“Pengertian sistem peradilan pidana dapat dilihat dari sudut pendekatan normatif, manajemen dan sosial. Ketiga bentuk pendekatan tersebut kendati berbeda, tetapi tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lainnya, bahkan lebih jauh ketiga bentuk pendekatan tersebut saling mempengaruhi dalam menentukan tolak ukur keberhasilan dalam menanggulangi kejahatan.⁶⁷”

Sebagaimana yang dimuat dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana terdiri dari 4 unsur penegak hukum, yang terdiri dari :

1. Polisi sebagai Penyelidik dan Penyidik, disamping Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS) dan Penyidik Angkatan Laut,
2. Jaksa sebagai Penuntut Umum,
3. Hakim sebagai pemeriksa dan pemutus di Pengadilan dan
4. Lembaga Pemasarakatan sebagai pelaksana putusan.

Ketentuan hukum yang mengatur tentang pelaksanaan hukum pidana formal tersebut dapat ditemukan pada Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981, Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1983 dan berbagai peraturan lain yang bersifat pelaksanaan dari kedua ketentuan tersebut, misalnya Keputusan Menteri Kehakiman, Keputusan Mahkamah Agung dan sebagainya.

⁶⁷ Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana, Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*, Op. cit, hal. 16.

B. Konsep tentang Sistem Peradilan Pidana Dalam Proses Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat

Proses penanganan perkara pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat mengalami perbedaan yang cukup besar, dimana perbedaan tersebut terletak pada tidak dilakukannya proses penyelidikan oleh aparat kepolisian, tetapi dilaksanakan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia saja atau Komnas HAM tersebut membentuk Tim Ad Hoc yang terdiri dari Komnas HAM dan unsur masyarakat sebagaimana diatur dalam Pasal 18 Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia yaitu ayat (1) yang berbunyi "Penyelidikan pelanggaran hak asasi manusia yang berat dilakukan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia." dan ayat (2) yang berbunyi: "Komisi Nasional Hak Asasi Manusia dalam melakukan penyelidikan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat membentuk tim ad hoc yang terdiri dari Komisi Nasional Hak Asasi Manusia dan unsur masyarakat."

Proses Penyidikan perkara pelanggaran HAM Berat tidak juga dilakukan oleh aparat Kepolisian, tetapi dilaksanakan oleh Jaksa Agung saja sebagaimana diatur dalam Pasal 21 ayat (1) yang berbunyi : "Penyidikan perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat dilakukan oleh Jaksa Agung", atau bersama-sama dengan unsur pemerintah dan masyarakat yang tergabung dalam Penyidik Ad Hoc (Pasal 21 ayat (3) UU No. 26 Tahun 2000), demikian juga pada tahap penuntutan, dan juga dalam proses pemeriksaan di pengadilan dapat pula dibentuk / diangkat Hakim Ad Hoc

yang diangkat oleh Presiden atas usul Ketua Mahkamah Agung (Pasal 28 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000).

Sistem Peradilan Pidana Pelanggaran Berat HAM bila dibandingkan lebih jauh dengan Sistem Peradilan Pidana Umum (KUHP) banyak sekali perbedaan-perbedaan lain yang sangat mendasar pada substansinya, seperti dalam hal penangkapan, masa penahanan, masa penyidikan dan sebagainya.

Permasalahan yang timbul dari keikutsertaan Komisi Nasional Hak Asasi Manusia yang terjadi beberapa waktu yang lalu adalah belum ditemukannya keterpaduan antara Komnas HAM selaku Penyelidik dengan Kejaksaan selaku penyidik, karena berdasarkan Pasal 76 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia merasa hanya bertugas sebagai pemantau, sebagaimana yang dikemukakan oleh **Mastra Liba** bahwa :

“Tugas memantau berbeda dengan tugas menangani suatu kasus, sebab tugas menangani kasus diharapkan penanganan yang terencana, sistematis dan tuntas tanpa ada kendala yuridis sampai ke persidangan di pengadilan. Disamping itu berdasarkan Pasal 19 UU No. 26 Tahun 2000 tugas Komnas HAM sudah termasuk lingkup penanganan “Pro Yustisia”.⁶⁸

Diharapkan untuk masa depan sudah dapat tercipta sinkronisasi horizontal para aparat penegak hukum dibidang pelanggaran HAM yang Berat, mengingat sorotan dunia internasional dan desakan masyarakat yang mengharapkan keadilan harus menjadi perhatian serius bersama demi terciptanya rasa percaya masyarakat atas supremasi hukum ditanah air Indonesia.

⁶⁸ Mastra Liba, **Pikiran, Pandangan dan Pantauan Mengenai HAM Menuju Good Governance**, Op. cit. Hal. 26.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Kebijakan Legislatif Dalam Peratifikasian Sumber-Sumber Hukum Perang Baik Yang Bersifat Internasional Maupun Non Internasional (Protokol Tambahan I dan II Tahun 1977) Di Indonesia

1. Dasar Pertimbangan Dari Kebijakan Legislatif Untuk Menetapkan Tindak Pidana Dalam Kondisi Peperangan Baik Yang Bersifat Internasional Maupun Non Internasional (Prokol Tambahan I dan II Tahun 1977) Di Indonesia.

Masyarakat Internasional, termasuk didalamnya bangsa Indonesia mengakui bahwa peperangan antar negara atau dalam suatu negara dalam banyak kasus tidak dapat dihindari, sedangkan dalam setiap situasi perang atau konflik bersenjata tersebut akan jatuh korban, bukan hanya dari pihak-pihak yang bermusuhan, akan tetapi orang-orang yang tidak terlibat secara langsung dengan situasi tersebut juga ikut menjadi korban. Dengan demikian semua orang harus tetap dilindungi HAM-nya, baik dalam keadaan damai maupun perang.

Perkembangan yang terjadi selanjutnya adalah bahwa masyarakat internasional merasakan perlu adanya suatu peraturan yang mengatur masalah peperangan yang biasa disebut dengan hukum humaniter.

Pengertian Hukum Humaniter menurut **Harkristuti Harkrisnowo** adalah:

“Hukum Humaniter merupakan sejumlah prinsip dasar dan aturan mengenai pembatasan penggunaan kekerasan dalam situasi konflik bersenjata.

Tidak seperti perangkat hukum lainnya, hukum humaniter mempunyai sejarah yang belum cukup panjang namun sangat signifikan.⁶⁹

Tujuan Hukum Humaniter yang dirumuskan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa adalah sebagai berikut:

1. untuk melindungi orang yang tidak terlibat atau tidak lagi terlibat dalam suatu permusuhan (*hostilities*), seperti orang-orang yang terluka, yang terdampar dari kapal, tawanan perang dan orang-orang sipil;
2. untuk membatasi akibat kekerasan dalam peperangan dalam rangka mencapai tujuan terjadinya konflik tersebut.

GPH. Haryomataran menyatakan bahwa tujuan hukum perang adalah:

1. Melindungi, baik kombatan maupun non-kombatan, dari penderitaan yang tidak perlu;
2. Menjamin hak-hak azasi manusia yang fundamental bagi mereka yang jatuh dalam tangan musuh;
3. Mencegah dilakukan perang secara kejam tanpa mengenal batas;
4. Memungkinkan dikembalikannya perdamaian.⁷⁰

Latar belakang lahirnya hukum humaniter dapat dikatakan dimulai dengan kepedulian dan keprihatinan Henry Dunant. Ia adalah satu dari ribuan prajurit Prancis dan Austria yang terluka setelah perang di Solferino (Italia Utara) pada tahun 1859. Dalam buku yang ditulisnya, "*Un Souvenir de Solferino*", Dunant menghimbau dua hal, pertama agar diciptakan suatu lembaga internasional yang khusus menangani orang-orang sakit dan terluka, apapun kebangsaan, agama maupun rasnya. Kedua, negara-negara di dunia dihimbau untuk membuat

⁶⁹ Harkristuti Harkrisnowo, **Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat**. www. Komisihukumnasional. go id.

⁷⁰ GPH Haryomataran, **Sekelumit tentang Hukum Humaniter**, Op cit, Hal. 8.

kesepakatan yang mengakui keberadaan lembaga semacam ini, termasuk memberi jaminan agar orang-orang sakit dan luka lebih diperhatikan.

Pada perkembangan selanjutnya Dunant tidak sekedar menghimbau belaka, ia bersama beberapa orang temannya juga beraksi dengan mendirikan *International Committee for Aid to the Wounded* yang kemudian diberi nama *International Committee of the Red Cross*. Komite ini pada akhirnya mendapat tanggapan positif dari sejumlah negara dan selanjutnya menghasilkan konvensi Jenewa yang pertama, yang diadopsi oleh 16 Negara Eropa pada tahun 1864, dan Konvensi ini dinamakan *Convention for the Amelioration of Condition of the Wounded in Armies in the Field*.

Dalam perkembangan selanjutnya dalam setiap peperangan dituntut adanya proses penegakan hukum atas segala bentuk pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan yang tidak boleh dilakukan pada masa peperangan. Dasar-dasar pemidanaan yang berlaku secara umum juga berlaku dalam hukum humaniter. Satu hal yang sangat penting adalah penegasan asas legalitas, bahwasanya seseorang tidak dapat dihukum atas suatu perbuatan yang belum dirumuskan sebagai suatu tindak pidana dalam undang-undang negara yang bersangkutan. Hukum Acara Pidana yang dipergunakan dalam proses peradilan bagi kasus-kasus semacam ini tentu saja mendapat perhatian yang sangat besar.

Menurut **Sudarto**, hukum pidana berpokok pada perbuatan yang dapat dipidana dan pidana. Perbuatan yang dapat dipidana itu merupakan obyek ilmu pengetahuan hukum pidana dalam arti luas, dan harus dibedakan :

- a. Perbuatan jahat sebagai gejala masyarakat dipandang secara konkrit sebagaimana terwujud dalam masyarakat ialah perbuatan manusia yang

memperkosakan/menyalahi norma-norma dasar masyarakat. Ini adalah pengertian perbuatan jahat dalam arti kriminologis.

- b Perbuatan jahat dalam arti hukum pidana, yaitu sebagaimana terwujud *in abstracto* dalam peraturan-peraturan hukum pidana.⁷¹

Moeljatno mendefinisikan perbuatan pidana sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana barang siapa yang melanggar larangan tersebut.⁷²

Meskipun kejahatan-kejahatan perang telah dilakukan dalam setiap peperangan, namun *war crime* yang paling kejam dialami didalam Perang Dunia II, itulah sebabnya negara-negara yang tergabung dalam negara sekutu seperti Inggris, Amerika Serikat, Perancis dan Uni Sovyet menganggap perlu mengadakan suatu perjanjian tentang penuntutan penjahat-penjahat perang, namun sebelumnya secara sendiri-sendiri Presiden Amerika Serikat, Perdana Menteri Inggris pada tanggal 25 Oktober 1941 dan Deklarasi Menteri Luar Negeri Uni Sovyet pada tanggal 7 Nopember 1941 mengatakan bahwa kekejaman dan kebiadaban Jerman dalam peperangan harus diadili setelah Perang Dunia II selesai, yang secara berurutan dinyatakan dalam hal-hal sebagai berikut :

1. Deklarasi St. Yames Tahun 1942 oleh negara-negara Belgia, Cekoslovakia, Luxemburg, Norwegia, Polandia, Yugoslavia, Yunani, Belanda dan Perancis yang berada di London secara bersama-sama menyatakan adanya perbuatan-perbuatan Nazi Jerman yang keji dan kejam dengan konsepsi tindakan-tindakan perang atau kejahatan-kejahatan politiknya terhadap

⁷¹ Sudarto, **Hukum Pidana**, Jilid IA, Fakultas Hukum Undip, Semarang, 1975, hal 30

⁷² Moeljatno, **Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana**, Pidato diucapkan Pada upacara Peringatan Dies Natalis ke-6 Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 19 Desember 1955, hal

penduduk-penduduk sipil yang tidak berdosa yang berada di negara-negara yang didudukinya, maka nantinya sesudah perang selesai, terhadap pelaku-pelaku tersebut harus diberikan hukuman melalui saluran-saluran badan peradilan guna menyatakan kesalahannya dan atau bertanggung jawab terhadap kejahatan tersebut.

2. Deklarasi Moskow tanggal 30 Oktober 1943.

Dengan adanya Deklarasi Moskow terhadap kekejaman Jerman pada tanggal 30 Oktober 1943 dari Presiden Amerika Serikat F.D Roosevelt, Perdana Menteri Inggris W. Churchill dan Perdana Menteri Uni Sovyet Stalin untuk mengadili para penjahat perang Jerman segera sesudah Peradng Dunia II berakhir, yaitu para perwira-perwira Jerman dan anggota-anggotanga serta pengikut partai Nazi yang bertanggung jawab untuk ini atau yang telah mengambil bagian dalam keganasan-keganasan tersebut, pembunuhan-pembunuhan dan pelaksanaannya, mereka harus diadili dan dihukum sesuai dengan hukum dari negara-negara bebas tersebut dan atau pemerintah-pemerintah merdeka yang nantinya akan dibentuk.

3. *London Agreement of 1945 for The Prosecution of European axis War Criminals.*

Menurut ketentuan Pasal 1 Perjanjian London tersebut didirikanlah suatu Mahkamah Militer Internasional (*International Military Tribunal*) yang berwenang untuk mengadili penjahat-penjahat perang yang melakukan kejahatannya tidak terbatas disuatu tempat saja, pada *London*

Agreement dilampirkan suatu piagam yang mengatur tentang susunan, wewenang dan prosedur Mahkamah Militer Internasional itu disusun di Berlin pada tanggal 6 Oktober 1945 yang selain mengatur prosedur mahkamahannya, juga mengatur pengertian kejahatan perang itu sendiri.

Menurut Pasal 6 London Agreement 8 Agustus 1945, yang dapat diadili dalam Mahkamah Militer Internasional itu ialah penjahat-penjahat perang yang melakukan dan mempunyai tanggung jawab pribadi atas :

- a. Kejahatan-kejahatan terhadap perdamaian, yaitu merencanakan, mempersiapkan, memulai, atau menjalankan perang agresi atau perang yang melanggar perjanjian-perjanjian internasional, persetujuan-persetujuan atau jaminan-jaminan atau turut serta didalam suatu rencana atau berkomplot untuk mencapai salah satu daripada tujuan perbuatan-perbuatan tersebut diatas ;
- b. Kejahatan-kejahatan perang, yaitu pelanggaran-pelanggaran terhadap hukum atau kebiasaan perang, seperti pembunuhan, perlakuan kejam terhadap penduduk sipil dengan mengasingkan mereka, mempekerjakan mereka secara paksa atau diwilayah pendudukan memperlakukan tawanan-tawanan perang dengan sangat kejam, membunuh mereka atau memperlakukan orang dilaut secara demikian, merampas milik negara atau milik perseorangan, menghancurkan kota atau desa dengan semena-mena atau membinasakannya tanpa disertai alasan militer yang tepat ;

- c. Kejahatan-kejahatan terhadap kemanusiaan, pembunuhan, membinasakan, memperbudak, pengasingan dan lain-lain kekejaman diluar perikemanusiaan terhadap penduduk sipil, yang dilakukan sebelum atau sesudah ada perang, penuntutan berdasarkan alasan-alasan politik, rasialisme atau keagamaan, pemimpin atau orang yang mengorganisir, menghasut dan membantu mereka yang turut serta dalam memformulir atau melaksanakan rencana bersama komplotan untuk melaksanakan kejahatan-kejahatan tersebut adalah bertanggung jawab atas perbuatan orang-orang (oknum-oknum) yang melakukan rencana tersebut.

Prinsip-prinsip hukum internasional tentang kejahatan-kejahatan perang yang tercantum dalam Perjanjian London 1945 itu yang kemudian dipergunakan untuk mengadili penjahat-penjahat perang di Nurenburg dan di Tokyo sudah diperkuat dengan Resolusi Sidang Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa pada tanggal 11 Desember 1946, kemudian pada Bulan Desember 1948, Sidang Umum PBB juga telah menyetujui suatu konvensi tentang pencegahan dan penghukuman kejahatan internasional yang dinamakan "*Genocide*".

Kejahatan yang diartikan sebagai tindakan tertentu seperti membunuh sebagian atau seluruh anggota-anggota suatu golongan nasional, etnologis, kesukuan, atau keagamaan dengan maksud untuk membinasakannya.

Perbuatan kejam Nazi Jerman terhadap bangsa Yahudi dalam

Perang Dunia II termasuk dalam arti kejahatan genocida. Mahkamah Militer Internasional, menurut Piagam Lampiran Perjanjian London 1945 ini terdiri dari empat hakim yang masing-masing memiliki hakim pengganti, tiap hakim dan hakim pengganti diangkat oleh negara penandatangan Perjanjian London 1945 masing-masing. Tiap negara penadatangan juga mengangkat penuntut umum, yang bertugas memeriksa dan menuntut penjahat-penjahat perang yang penting-penting didepan Mahkamah Militer Internasional.

4. Deklarasi Panglima Tertinggi Tentara Sekutu untuk Timur Jauh di Tokyo pada tanggal 19 Januari 1946.

Bahwa untuk menentukan sikap Sekutu dan Uni Sovyet terhadap Jepang, diadakanlah Konperensi Tingkat Tinggi yang kemudian menghasilkan Perjanjian Postdam tanggal 26 Juli 1945 yang dihadiri pula oleh Presiden Amerika Serikat, Perdana Menteri Inggris, Perdana Menteri Uni Sovyet dan Presiden Republik Cina yang kemudian mengeluarkan suatu pernyataan yang antara lain mengemukakan bahwa mereka tidak bermaksud memperbudak orang-orang Jepang baik sebagai suatu kaum ataupun menghancurkannya sebagai suatu bangsa, akan tetapi hukum yang tepat akan diterapkan pada semua penjahat perang, termasuk mereka yang telah melakukan kejahatan terhadap para tawanan perang.

Berdasarkan Pernyataan itu dikeluarkan pula suatu deklarasi oleh Jenderal Mac Arthur selaku Panglima Tertinggi Tentara Sekutu untuk menuntut para penjahat perang pada Mahkamah Militer Internasional di

Tokyo, kemudian disusunlah suatu Piagam Mahkamah Militer Internasional untuk Timur Jauh pada tanggal 19 Januari 1946 yang kemudian diubah pada tanggal 26 April 1946. Kedua ketentuan tersebut baik untuk Eropa, maupun untuk Timur Jauh pada dasarnya sama, yaitu untuk mengadili dan menghukum para pelaku kejahatan-kejahatan perang tersebut. Tujuan kedua ketentuan internasional tersebut adalah selain untuk memberikan sanksi pada pelanggar-pelanggarnya, juga untuk melindungi para kombatan, hak-hak para tawanan perang dan mereka yang tidak bertempur lagi (*hors de combat*) lainnya serta para penduduk sipil.

Kemudian Resolusi 2391 (XXIII) tanggal 26 Nopember 1968 PBB telah menerima juga Konvensi tentang tidak berlakunya lembaga kadaluarsa terhadap kejahatan perang dan kejahatan kemanusiaan.

Roeslan Saleh memberikan definisi tentang tindak pidana sebagai perbuatan yang oleh suatu aturan hukum dilarang dan diancam pidana, asal saja diingat bahwa larangannya ditujukan kepada perbuatan, yaitu yang menurut Van Hamel dikatakan sebagai suatu gerakan otot yang menampakkan diri sebagai pernyataan dari kehendak dan menyebabkan akibat-akibat di alam nyata.⁷³

Atau merupakan suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang di sini kelakuan atau tingkah laku didefinisikan oleh Duyker sebagai “gerakan yang berarti, yaitu gerakan dimana ada suatu hubungan antara satu subyek dengan sekelilingnya. Di sini subyek bertindak dalam suatu hubungan

⁷³ Roeslan Saleh, **Beberapa Catatan Sekitar Perbuatan dan Kesalahan Dalam Hukum Pidana**, Aksara Baru, Jakarta, 1979, hal 32

maka ia selalu mempunyai beberapa alternatif. Di mana tingkah laku itu berpangkal pada alternatif tersebut. Sebagai tingkah laku kita pandang sebagai manifestasi jasmaniah atas suatu pilihan.”⁷⁴

Suatu tindak pidana diartikan sebagai perbuatan atau tidak berbuat yang dilarang keras oleh hukum yang bertujuan untuk melindungi masyarakat. Pelanggaran terhadap ketentuan ini dapat dilakukan penuntutan oleh negara dan dapat dihukum dengan denda, penjara maupun pembatasan kemerdekaan lainnya, atau beberapa kombinasi dari semua.

Memperhatikan faktor-faktor di atas, maka **Roeslan Saleh** mengatakan bahwa:

“Jika pembentuk undang-undang berkeinginan untuk melarang suatu perbuatan, maka ia dapat melakukannya dengan menunjukkan perbuatan itu sebagai delik. Jika arti dari perbuatan itu dalam pelbagai kelompok dan lapisan masyarakat itu banyak sedikitnya adalah sama. Jika tidak, maka pembentuk undang-undang harus lebih jauh menentukan secara khusus mengenai larangan itu.”⁷⁵

Selain melawan hukum tindak pidana merupakan perbuatan yang merugikan masyarakat dalam arti bertentangan dengan atau menghambat terlaksananya tata pergaulan masyarakat yang dianggap baik dan adil, sehingga dapat dikatakan bahwa tindak pidana adalah perbuatan yang anti sosial.⁷⁶

Pemerintah Indonesia, sejauh ini belum pernah mempunyai pengalaman dalam hal penindakan hukum atas suatu kejahatan perang dalam arti yuridis.

Indonesia sebagai bagian dari masyarakat internasional yang dalam hal ini

⁷⁴ Ibid, Hal 60 -61

⁷⁵ Ibid., Hal 66

⁷⁶ Roeslan Saleh, **Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana**, Aksara Baru, Jakarta, 1983, Hal 13

juga telah meratifikasi Konvensi Jenewa 1949 memiliki tugas dan kewajiban negara sebagai anggota, yaitu mewujudkan apa yang menjadi ide dasar dan pengaturan yang ada dalam Konvensi Jenewa 1949 tersebut dalam wujud :

- a. Kebijakan nasional ;
- b. Isi Konvensi Jenewa 1949 dimasukan dalam sistem legislasi nasional, yang berupa :
 - Pemberlakuan dalam lingkungan tugas dan fungsi serta subyek-subyek yang diatur dalam konvensi .
 - Diterapkan dalam pelaksanaan tugas dan fungsi.
 - Diawasi pelaksanaannya / penerapannya.
 - Ditegakkan bila terjadi pelanggarannya.
- c. Diterapkan dalam kebijakan doktrin, strategi dan taktik pelaksanaan operasi-operasi militer.

Menurut **PLT. Sihombing**, ketentuan tersebut diatas belum sepenuhnya diterapkan oleh pemerintah Indonesia, sebab dalam hal ini posisi negara Indonesia belum jelas.⁷⁷

Penegakan Hak Asasi Manusia sudah menjadi tekad masyarakat internasional, termasuk Indonesia merupakan bagian didalamnya. Adapun secara terperinci dapat dikatakan bahwa tujuan masyarakat internasional menegakan Hak Asasi Manusia adalah :

⁷⁷ **PLT. Sihombing, Kejahatan Perang Dalam Statuta Roma 1998 Diperbandingkan Dengan Stb 1946 Dan Relevansi Dengan Penegakan Hukum Di Indonesia**, Makalah dalam Seminar Nasional Memformulasikan Kejahatan Perang dalam Perundang-undangan Nasional, Semarang, 22 Desember 2003.

- a. Menyelamatkan generasi mendatang ;
- b. Meningkatkan Hak Asasi Manusia dan harkat serta derajat manusia ;
- c. Memelihara perdamaian dan keamanan internasional ;
- d. Melakukan kerjasama untuk mencapai tujuan tersebut.

Salah satu prinsip dasar yang dianut dalam hukum perang adalah pembedaan antara kombatan dengan penduduk sipil (*distincion principle*), pembedaan ini perlu diadakan, karena :

1. Untuk mengetahui siapa yang boleh turut dalam permusuhan dan siapa yang tidak ;
2. Untuk menentukan siapa yang dapat / boleh dijadikan obyek kekerasan dan siapa yang harus dilindungi.

Pengertian kombatan sebenarnya telah berkembang cukup lama guna mendapat perlindungan internasional, sejak diadakan Konferensi Brussel pada tahun 1874 dan kemudian dilanjutkan lagi dengan Konferensi Oxford pada tahun 1880 di Inggris yang kedua konferensi tersebut gagal hanya dalam menentukan apakah rakyat dalam melawan pihak (agresor) mendapat perlindungan internasional sebagai kombatan ?

Kedua konferensi tersebut tidak dapat menjawab dan baru terjawab dalam Konferensi Perdamaian ke I tahun 1899 di Den Haag yang menyatakan tentang adanya hak rakyat untuk melawan musuh dan mereka harus diperlakukan sebagai kombatan.

Ketentuan kombatan biasa dalam Pasal 1 Peraturan Perang di Darat tahun 1899 dan kombatan khusus dalam Pasal 2 ketentuan itu juga. Dalam Pasal 1

menyatakan bahwa tentara biasa (*regular army*), pewajib militer dan sukarelawan diperlukan sebagai kombatan apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

1. Adanya seorang komandan yang bertanggung jawab pada bawahannya ;
2. Adanya tanda-tanda pengenal tetap yang kelihatan dari jarak tertentu ;
3. Membawa senjata secara terang-terangan, dan
4. Tindakan-tindakannya didasarkan atas dasar hukum dan kebiasaan perang.

Dalam Pasal 2 dinyatakan adanya hak bagi penduduk yang berada di wilayah yang belum diduduki musuh untuk melawan pihak penyerang asal mereka dapat memenuhi dua syarat saja, yakni :

1. Membawa senjata secara terang-terangan, dan
2. Bersedia menghormati hukum dan kebiasaan perang.

Pasal 2 tidak memberikan hak pada rakyat di wilayah pendudukan untuk melawan musuh, bahkan mereka itu diberlakukan sebagai "*Franctireur*" (penembak bebas) atau "*Freis Charler*" (gerombolan) atau sebagai "*Sabotir*".

Kemudian mengenai "*levee en masse*" dalam Pasal 2 ini ditentukan syarat yang harus dipenuhi supaya mendapat pengakuan, yaitu :

1. Penduduk dari wilayah yang belum diduduki ;
2. Secara spontan mengangkat senjata ;
3. Tidak ada waktu untuk mengatur diri ;
4. Mengindahkan hukum perang, dan
5. Membawa senjata secara terang-terangan.

Dalam Pasal 3 dinyatakan bahwa Angkatan Bersenjata dari pihak berperang dapat terdiri dari kombatan dan non kombatan. Apabila tertangkap oleh

musuh, kedua-duanya harus diperlakukan sebagai tawanan perang. Perlu ditegaskan bahwa non kombatan yang dimaksudkan dalam Pasal 3 ini bukanlah penduduk sipil, tetapi bagian dari Angkatan Bersenjata yang tidak turut dalam pertempuran.

Dengan demikian berdasarkan apa yang tercantum dalam Pasal 1, 2 dan 3 diatas dapat disimpulkan bahwa golongan yang secara aktif dapat turut serta dalam permusuhan adalah :

1. Tentara (*armis*) ;
2. Milisi dan *Volunteer Corps* (apabila memenuhi persyaratan) ;
3. *Levee en masse* (dengan persyaratan tertentu).⁷⁸

Suatu peristiwa yang cukup menegangkan bagi pemerintah Indonesia beberapa waktu yang lalu adalah ketika muncul wacana yang berkembang dalam masyarakat internasional tentang kemungkinan dibentuknya suatu Peradilan Internasional (*International Criminal Tribunal for Former East Timor*) atau semacamnya dibentuk oleh Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa dalam waktu yang dekat, terutama setelah Dewan Keamanan PBB menerima rekomendasi dari Sekjen PBB atas laporan dari *Untaet*, *Interfet* atau *Ciet* mengenai pelanggaran Hak Asasi Manusia yang terjadi di Timor-Timur.

Pada waktu itu **Sumaryo Suryokusumo** masih menyangsikan apakah Dewan Keamanan PBB akan membentuk *International Tribunal for Former East Timor*, karena masih merupakan skala kecil bila dibandingkan dengan peristiwa yang terjadi di bekas negara Yugoslavia seperti di Bosnia, Herzegovina, Croasia

⁷⁸ Syahmin AK, **Hukum Internasional Humaniter I**, Op. cit, hal. 68-70.

dan terakhir di Cosovo baik dari segi kualitas maupun kuantitas kejahatan itu sendiri.⁷⁹

Meskipun pada akhirnya apa yang menjadi prediksi dari para pakar atas kemungkinan adanya intervensi pihak asing / dunia internasional dalam bidang penegakkan hukum di Indonesia tidak terjadi, akan tetapi kondisi seperti ini tidak mustahil akan terjadi lagi apabila kita tidak mau merubah paradigma maupun persepsi tentang pentingnya penghormatan terhadap Hak Asasi Manusia yang berlaku secara universal.

Dalam perkembangan selanjutnya Pemerintah Indonesia segera membentuk substansi hukum yang mengatur masalah pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat dengan harapan agar masalah di Timor-Timur dapat diatasi dengan payung hukum. Akhirnya terbentuklah Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia yang substansinya sebagian besar mengambil materi *Crime Against Humanity* dan *Genocida* sebagaimana yang diatur dalam Statuta Roma 17 Juli 1998 tentang International Criminal Court.

Kebijakan legislatif yang dilakukan Indonesia yang pada akhirnya diwujudkan dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 didasarkan pada pertimbangan :

1. Bahwa hak asasi manusia merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia, bersifat universal dan langgeng, oleh karena itu harus dilindungi, dihormat, dipertahankan dan tidak boleh diabaikan, dikurangi atau dirampas oleh siapapun.

⁷⁹ Sumaryo Suryokusumo, **Mungkinkah Peradilan Internasional Untuk Timtim Dibentuk**, Makalah Dalam Dialog Publik Pertanggungjawaban dan Peradilan atas Pelanggaran HAM, Jakarta, 11 Februari 2000

2. Bahwa untuk ikut serta memelihara perdamaian dunia dan menjamin pelaksanaan hak asasi manusia serta memberi perlindungan, kepastian, keadilan dan perasaan aman kepada perorangan ataupun masyarakat, maka perlu dibentuk suatu pengadilan tentang hak asasi manusia.

Hal yang sangat disayangkan adalah materi tentang *War Crime* tidak dimasukkan kedalam undang-undang tersebut.

Loebby Luqman, memberikan gambaran sejarah terbentuknya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia sebagai berikut :

“Terbentuknya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia merupakan hasil pilihan yang sangat dilematis, sebab pada waktu itu Indonesia dihadapkan pada dua pilihan, yaitu mengadili sendiri para pelaku pelanggaran Hak Asasi Manusia di Timor-Timur sendiri atau diambil alih oleh dunia internasional. Karena pilihan pertama yang diambil maka yang dikorbankan adalah asas legalitas yang selalu dijunjung tinggi di Indonesia.⁸⁰

Suatu hal penting yang kurang mendapat perhatian yang bersifat antisipatif adalah menyangkut bagaimana proses penyelesaian pelanggaran-pelanggaran / tindak pidana yang terjadi dalam konflik bersenjata yang bersifat non internasional di Aceh, sedangkan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tidak mengatur masalah *War Crime*.

Perkembangan terbentuknya Mahkamah Permanen Pidana Internasional / ICC telah terbentuk dan mempunyai yurisdiksi atas kejahatan sebagaimana yang kemungkinan terjadi selama proses konflik bersenjata antara Pemerintah Indonesia dengan pihak Gerakan Aceh Merdeka, akan menjadi ancaman serius

⁸⁰ Loebby Luqman, *Asas Berlaku Surut Dalam Pengadilan Hak Asasi Manusia*, Makalah, Jakarta, 16 Februari 2000.

apabila kebijakan legislatif dalam menetapkan tindak pidana dalam kondisi peperangan tidak segera dilakukan.

Suatu hal penting selain dari adanya ancaman intervensi pihak internasional terhadap permasalahan hukum di Indonesia adalah mengenai harga diri bangsa Indonesia sebagai negara yang berdaulat, yang sistem hukumnya diintervensi oleh negara asing hanya karena sistem hukum di Indonesia tidak bisa menyelesaikan persoalan tentang kejahatan perang seperti yang potensial terjadi di Aceh dan Maluku.

2. Peratifikasian Sumber-Sumber Hukum Perang Yang Ada Di Indonesia Sebagai Wujud Penghormatan Terhadap Harkat dan Martabat Bangsa Yang Beradab .

Bangsa Indonesia sebagai bagian dari masyarakat internasional tidak dapat mengambil sikap untuk menutup diri terhadap perkembangan dunia internasional. Salah satu bentuk / konsekwensi dari pergaulan internasional adalah mengikuti pedoman-pedoman yang berlaku secara universal, salah satunya dengan meratifikasi sumber-sumber hukum internasional yang ada dan sejalan dengan jiwa kepribadian bangsa Indonesia.

Sumber-sumber hukum internasional yang mengatur tentang perang banyak sekali jumlahnya, akan tetapi sampai saat ini baru beberapa konvensi internasional yang sudah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia, yaitu :

- a. Konvensi-Konvensi Genewa Tahun 1949 tentang Perlindungan Korban Perang, melalui Undang-undang Nomor 59 Tahun 1958 tanggal 4 Juli 1958.
- b. Konvensi Den Haag Tahun 1954 tentang Perlindungan Benda-benda Budaya Pada Waktu Konflik Bersenjata, melalui Keputusan Presiden Nomor 234 Tahun 1966, berikut Protokol tentang Perlindungan Benda-benda Budaya Dalam Situasi Konflik Bersenjata yang diratifikasi pada tanggal 26 Juli 1967.
- c. Konvensi tentang Larangan Pengembangan, Produksi dan Penimbunan Senjata Bakteri dan Senjata Beracun serta Penghancurnya pada tahun 1992.
- d. Konvensi tentang larangan Pengembangan, Produksi dan Penimbunan Senjata-senjata Kimia dan tentang Penghancurannya pada tahun 1997.⁶¹

Adapun sumber-sumber hukum internasional yang mengatur perang yang lain belum diratifikasi, antara lain :

- a. *Declaration of Paris 1856*, mengenai cara berperang di laut ;
- b. *Declaration of St. Petersburg 1868*, mengenai larangan penggunaan peluru dum-dum yang beratnya 400 gram dan dapat meledak ;
- c. *Hague Declaration 1899*, mengenai peluru dum-dum ;
- d. *Hague Declaration 1899*, mengenai peluru dan bahan peledak yang dilemparkan dari balon ;
- e. *Hague Declaration 1899*, mengenai peluru yang menyebar gas cekik ;
- f. *Hague Convention 1907*, mengenai permulaan perang ;
- g. *Hague Convention 1907*, mengenai penembakan oleh Angkatan Laut diwaktu perang ;

⁶¹ Dahlan et al, **Implementasi Nasional Dibiidang Hukum Humaniter Internasional**, Penelitian Hukum Humaniter Internasional, Jakarta, 2001, hal.2

- h. *Haque Convention 1907*, tentang hak dan kewajiban negara netral dan orang netral dalam perang didarat ;
- i. *Haque Convention 1907*, tentang hukum dan kebiasaan perang didarat, dengan annex : *Haque Regulations* (*Haque Regulation* ini sangat penting bagi prajurit, sehingga disebut *Modern's Vademecum*) ;
- j. *Protocol 1925*, tentang pemakain dan gas lain dalam waktu perang ;
- k. *The Haque Airwarfare Rules 1923* ;
- l. *London Protocol 1936*, tentang pemakaian kapal selama melawan kapal dagang ;

Untuk konflik bersenjata yang bersifat internasional, negara-negara setuju kejahatan perang masuk pelanggaran tertentu atas Konvensi-Konvensi Den Haag, seperti penggunaan senjata beracun, perusakan kota tanpa alasan yang tidak dibenarkan untuk keperluan militer, penyerangan terhadap daerah yang tidak dilindungi, penyerangan terhadap institusi agama dan kultural, serta merampas properti publik. Statuta Pengadilan Pidana Internasional (*International Criminal Court/ICC*) membuat daftar bagi kejahatan perang untuk konflik internasional tidak hanya untuk pelanggaran berat atas Konvensi Jenewa, tetapi juga dua puluh enam pelanggaran serius atas hukum dan kebiasaan perang, yang kebanyakan dianggap oleh negara negara sebagai kejahatan sejak Perang Dunia II. Konvensi Jenewa 1949 dilengkapi dengan Protokol Tambahan I 1977 tentang Konflik Bersenjata yang bersifat Internasional dan Protokol Tambahan II Tahun 1977 tentang Konflik Bersenjata yang bersifat Non Internasional.

Secara umum, isi dari Protokol Tambahan I Tahun 1977 tentang Konflik Bersenjata yang bersifat Internasional adalah :

1. Pengaturan tentang perlindungan bagi korban-korban sengketa bersenjata internasional ;
2. Asas umum yang berlaku adalah asas Humaniter / kemanusiaan yang bersifat universal ;
3. Ruang lingkup penerapannya dalam situasi-situasi sebagaimana yang disebut dalam Konvensi Jenewa 1949, termasuk pula terhadap sengketa-sengketa bersenjata yang merupakan perang kemerdekaan yaitu melawan dominasi kolonial dan pendudukan asing, serta melawan Pemerintah Rasialis untuk pelaksanaan hak menentukan nasib sendiri ;
4. Yang dimaksud dengan perlindungan adalah :
 - a. Tidak memperlakukan pihak lawan secara kejam, tetapi secara kemanusiaan.
 - b. Menempatkan orang yang dilindungi dalam situasi yang tidak berbahaya atau tidak menderita.
 - c. Mencegah terjadinya penderitaan yang tidak perlu atau penderitaan yang berlebih-lebihan dan akibat yang tidak membedakan.
5. Bahwa yang dimaksud dengan korban-korban sengketa bersenjata atau orang / obyek yang dilindungi ialah :
 - a. Kombatant.
 - b. Tawanan Perang.
 - c. Orang sipil / penduduk sipil.

- d. Obyek sipil.
6. Bahwa yang dimaksud dengan Sengketa Bersenjata Internasional ialah persengketaan yang bersifat internasional diantara dua negara atau lebih.
 7. Aturan-aturan tentang perlindungan, terdiri dari larangan-larangan yang berlaku dalam suatu sengketa bersenjata yaitu antara lain larangan membalas, larangan berkhianat (menangkap dan membunuh dengan cara berkhianat), larangan menyalahgunakan tanda pengenal, perlindungan terhadap obyek budaya, tempat ibadah, instalasi-instalasi vital dan sebagainya.

Protokol ini selain merupakan suplemen Konvensi Jenewa 1949, yang ditegaskan berlaku dalam setiap pertikaian, baik yang diakui maupun tidak diakui oleh masing-masing pihak, termasuk pendudukan seluruhnya maupun sebagian, baik ada perlawanan maupun tidak. Dengan demikian pernyataan perang tidak berlaku, sebaliknya pernyataan perang dianggap sebagai penyerang / agresor.

Disamping itu, pertikaian dalam memperjuangkan melawan dewan kolonialisme, rasialis, memperjuangkan nasib sendiri sesuai dengan ketentuan Perserikatan Bangsa-Bangsa mendapat pengakuan, walaupun hal tersebut mendapatkan perdebatan yang seru dalam pembentukannya. Kenyataannya sekarang menunjukkan kebenaran Protokol I tersebut. Dengan demikian *War of Liberation* termasuk didalamnya.

Protokol Tambahan II Tahun 1977 tentang Konflik Bersenjata yang bersifat Non Internasional pada pokoknya berisi :

1. Perlindungan bagi korban-korban sengketa bersenjata bukan internasional (non internastional) ;

2. Asas yang berlaku adalah asas kemanusiaan / humaniter yang bersifat universal ;
3. Ruang lingkup Protokol II, ialah bahwa :
 - a. Protokol II mengembangkan dan melengkapi Pasal 3 yang umum dikenal pada Konvensi Jenewa 1949 ;
 - b. Protokol II berlaku pada semua sengketa bersenjata yang tidak tercakup dalam Pasal 1 Protokol I dan yang berlangsung di wilayah salah satu dari pihak Peserta Agung, antara Angkatan Bersenjata dengan angkatan bersenjata pemberontak atau kelompok-kelompok bersenjata pemberontak lainnya yang terorganisir dibawah komando yang bertanggung jawab melaksanakan kekuasaan atau suatu bagian dari wilayahnya, sehingga memungkinkan mereka melaksanakan operasi militer secara terus menerus dan yang teratur baik serta memungkinkan untuk melaksanakan ketentuan protokol ini.
4. Mengenai apa yang dimaksud dengan perlindungan dan korban-korban sengketa bersenjata atau orang-orang / obyek yang dilindungi sebagaimana juga diatur dalam Protokol I.
5. Bahwa yang dimaksud dengan sengketa bersenjata bukan internasional adalah sengketa bersenjata yang berlangsung diwilayah dari salah satu Pihak Peserta Agung, yaitu antara pemerintah yang sah dengan pihak pemberontak.
6. Beberapa permasalahan yang timbul dari penerapan Protoko II ini, yaitu :
 - a. Apakah kedudukan hukum dari pemerintah yang sah dapat disamakan atau sederajat dengan pihak pemberontak ;

- b. Apakah pemberian amnesti setelah berakhirnya peperangan kepada mereka yang turut serta dalam sengketa bersenjata merupakan suatu keharusan ;
 - c. Apakah tahanan politik sebagai akibat dari sengketa bersenjata yang tidak bersifat internasional harus diperlakukan sebagai tawanan perang.
7. Beberapa pasal yang penting dalam Protokol II Tahun 1977 ialah :
- a. Pasal 1 yang pada intinya berisi :
 - 1) Protokol ini melengkapi dan mengembangkan Pasal 3 yang umum dikenal pada Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949 tanpa merubah syarat-syarat yang telah ada bagi penerapannya.
 - 2) Protokol ini tidak boleh berlaku pada situasi-situasi kekacauan dan ketegangan dalam negeri, seperti kerusuhan, tindakan-tindakan kekerasan yang terpencil dan terjadi disana sini dan tindakan-tindakan lainnya yang bersifat serupa yang tidak merupakan pertikaian bersenjata.
 - b. Pasal 2 yang pada intinya berisi :
 - 1) Protokol ini harus diterapkan tanpa suatu pembedaan yang merugikan yang didasarkan atas dasar ras, warna kulit, kelamin, bahasa, agama atau kepercayaan, pandangan politik atau pandangan lainnya.
 - 2) Pada akhir pertikaian bersenjata, semua orang yang telah dirampas kemerdekaannya atau kemerdekaannya yang dibatasi karena alasan-alasan harus mendapat perlindungan sampai perampasan dan pembatasan kemerdekaannya berakhir.

c. Pasal 4, yang pada intinya berisi :

- 1) Setiap orang yang tidak turut serta secara langsung dan orang yang sudah tidak lagi turut serta dalam peperangan wajib dihormati pribadinya, martabatnya dan keyakinannya serta ibadah-ibadah keagamaannya, mereka harus diperlakukan secara peri kemanusiaan, tanpa pembedaan yang merugikan.
- 2) Tindakan-tindakan berikut ini yang ditujukan terhadap orang-orang yang disebutkan dalam ayat (1) adalah dan harus tetap dilarang diwaktu dan ditempat apapun :
 - a) kekerasan terhadap jiwa, kesehatan dan kesejahteraan jasmaniah maupun rokhaniah dari orang-orang, khususnya pembunuhan maupun perlakuan kejam seperti penganiayaan, pengudungan atau setiap bentuk penghukuman jasmani ;
 - b) hukuman kolektif ;
 - c) penyanderaan ;
 - d) tindakan terorisme ;
 - e) perkosaan atas kehormatan pribadi, terutama perlakuan yang menghina dan merendahkan martabat, perkosaan terhadap wanita, pelacuran dan segala bentuk perbuatan tidak senonoh ;
 - f) perampokan ;
 - g) ancaman hendak melakukan setiap tindakan tersebut diatas.
- 3) Anak-anak harus mendapatkan bantuan, perawatan dan perhatian yang mereka perlukan dan terutama :

- a) Mereka harus menerima pendidikan, terutama pendidikan keagamaan dan susila sesuai dengan keinginan orang tua mereka atau dalam keadaan tidak ada orang tua, keinginan dari orang yang bertanggung jawab atas perawatan anak tersebut ;
 - b) Harus diambil segala langkah yang patut untuk mempermudah bersatunya kembali keluarga-keluarga yang untuk sementara terpisah ;
 - c) Anak-anak yang belum mencapai usia lima belas tahun tidak boleh dididik dalam angkatan perang ataupun kelompok-kelompok bersenjata, juga tidak boleh turut serta dalam peperangan ;
 - d) Perlindungan istimewa yang diterapkan dalam pasal ini bagi anak-anak yang belum mencapai usia lima belas tahun harus tetap berlaku bagi mereka seandainya mereka turut serta dalam peperangan ;
 - e) Apabila perlu harus diambil tindakan-tindakan, dan manakala mungkin dengan seizin orang-orang tua mereka atau orang-orang yang berdasarkan undang-undang atau adat kebiasaan pertamanya bertanggung jawab atas perawatan mereka, untuk memindahkan anak-anak untuk sementara dari tempat peperangan ketempat yang lebih aman guna menjamin keamanan dan kesejahteraan anak-anak tersebut.
- d. Pasal 6, yang pada intinya berisi :
- 1) Pasal ini berlaku bagi tuntutan dan hukuman atas pelanggaran-

- pelanggaran kriminal yang bersangkutan dengan pertikaian bersenjata ;
- 2) Tidak boleh menjatuhkan dan melaksanakan hukuman terhadap seseorang yang dinyatakan bersalah terhadap suatu pelanggaran kecuali sesuai dengan keputusan yang telah dijatuhkan oleh pengadilan yang memberikan jaminan-jaminan esensial kebebasan dan tidak berpihaknya pengadilan itu, terutama :
- a) Prosedur harus dijamin bagi seorang tersangka untuk diberitahu tanpa ditunda-tunda tentang hal ihwal pelanggaran yang dituduhkan kepadanya sebelum dan selama pemeriksaan pengadilannya semua hak dan sarana yang diperlukan untuk pembelaan ;
 - b) Tidak seorangpun boleh dijatuhi hukuman karena suatu pelanggaran kecuali berdasarkan pertanggungjawaban pidana perorangan ;
 - c) Tak seorangpun dapat dinyatakan bersalah atas suatu pelanggaran kriminal karena suatu tindakan atau kelalaian yang bukan merupakan suatu pelanggaran kriminal berdasarkan undang-undang pada waktu perbuatan itu dilakukan ;
 - d) Setiap orang yang dituduh melakukan suatu pelanggaran dianggap tidak bersalah sampai kesalahannya itu dinyatakan terbukti dalam undang-undang ;
 - e) Setiap orang yang dituduh melakukan pelanggaran mempunyai hak untuk diadili dengan kehadirannya ;

- f) Tak seorangpun dapat dipaksa untuk memberikan keterangan yang merugikan dirinya sendiri atau dipaksa melakukan kesalahannya.
- 3) Mengenai hukuman yang telah dijatuhkan oleh pengadilan, seorang terhukum harus dibantu dalam hal upaya hukum yang berkenaan dengan pengadilan dan upaya-upaya hukum lainnya dan batas waktu yang diperlukan bagi dapat dilaksanakannya upaya-upaya hukum itu.
 - 4) Hukuman mati tidak boleh dijatuhkan pada orang-orang yang berusia dibawah delapan belas tahun pada waktu perbuatan tersebut dilakukan dan hukuman mati tidak boleh dilaksanakan atas wanita-wanita yang sedang mengandung atau ibu-ibu yang mempunyai anak-anak kecil.
 - 5) Pada akhir peperangan, pemerintah yang berkuasa harus berusaha untuk memberikan amnesti yang seluas mungkin pada orang-orang yang turut serta dalam pertikaian bersenjata itu, atau mereka yang telah dirampas kemerdekaannya karena alasan-alasan yang berkaitan dengan pertikaian bersenjata itu, baik apakah mereka itu diasingkan atau ditahan.

Konvensi-konvensi Jenewa 1949 membedakan antara pelanggaran berat dengan tindakan lainnya yang bertentangan dengan hukum tersebut, pelanggaran-pelanggaran yang dinyatakan sebagai pelanggaran berat terdaftar dalam Konvensi-konvensi Jenewa, tetapi suatu daftar dari tindakan lainnya yang bertentangan dengan hukum tersebut tidak disusun. Namun belum tentu suatu perbuatan yang melanggar hukum dan suatu perbuatan dan yang tidak terdaftar sebagai pelanggaran berat akan dilihat sebagai pelanggaran ringan, dalam hal ini

perlu dipertimbangkan pula ketentuan hukum konvensi lainnya serta hukum kebiasaan internasional.

Claudia Azzolini menguraikan mengenai pelanggaran berat dan ringan terhadap Konvensi Jenewa 1949 sebagai berikut :

“Tindakan lainnya yang bertentangan dengan konvensi-konvensi Jenewa adalah perbuatan yang melanggar hukum tersebut atau akibat dari tidak dipenuhinya suatu kewajiban. Memang sebagian besar kasus pelanggaran ringan yang terjadi berasal dari suatu sikap pasif yang bertentangan dengan kewajiban untuk mengambil sikap aktif. Perlu digarisbawahi bahwa dalam keadaan tertentu, sejumlah besar pelanggaran ringan dapat dianggap sama dengan pelanggaran berat.”⁸¹

Proses peratifikasian sumber-sumber hukum perang di Indonesia seakan mengalami stagnasi, apalagi bila dikaitkan dengan upaya peratifikasian Protokol Tambahan II Tahun 1977 tentang Konflik Bersenjata yang bersifat Non Internasional. Berbagai kekhawatiran muncul apabila bangsa Indonesia meratifikasi protokol tersebut. Salah satu alasannya adalah kekhawatiran semakin memberi tempat yang luas bagi para pemberontak untuk menunjukkan eksistensinya, atau bahkan memicu tumbuh suburnya budaya pemberontakan yang dinilai sangat potensial di bumi Indonesia.

Apabila disuatu negara terjadi pemberontakan dan pemberontakan tersebut telah memecah belah persatuan nasional dan efektifitas pemerintahan maka keadaan ini menempatkan negara ketiga dalam keadaan yang sulit terutama dalam melindungi kepentingan negara mereka dinegara tersebut. Dalam keadaan yang seperti ini dahulu sering melahirkan sistem pengakuan *belligerency*.

Menurut **Boer Mauna** pengakuan pada pemberontak berarti memberikan pihak yang memberontak hak-hak dan kewajiban suatu negara merdeka selama berlangsungnya peperangan, yang berarti :

- a. Angkatan perangnya adalah kesatuan yang sah sesuai dengan hukum perang dan bukan para pembajak ;
- b. Peperangan antara pihak harus sesuai dengan hukum perang ;
- c. Kapal-kapal perangnya adalah kapal-kapal yang sah dan bukan bajak laut ;
- d. Blokade-blokade yang dilakukan di laut harus dihormati oleh negara-negara netral.⁸²

Kekhawatiran Pemerintah Indonesia yang berakibat pada keengganannya untuk meratifikasi Protokol Tambahan II Tahun 1977, sebenarnya tidak cukup beralasan, sebab dalam Pasal 3 protokol tersebut secara jelas dikatakan bahwa protokol ini tidak dapat dipakai untuk mempengaruhi atau mengurangi kedaulatan suatu negara atau tanggung jawab pemerintah dengan segala jalan yang sah mempertahankan atau mengembalikan keamanan dan ketertiban atau untuk mempertahankan kesatuan nasional atau integritas suatu negara.⁶⁴

Secara historis, biasanya kelompok pemberontak yang berusaha menjatuhkan sebuah pemerintahan yang berwenang atau untuk memisahkan diri dari sebuah negara akan memperoleh "status bertikai" sebuah posisi yang membuat mereka membentuk pemerintah tandingan sehingga hukum konflik bersenjata internasional harus diberlakukan.

⁸¹ Claudia Azzolini, **Pelanggaran Terhadap Hukum Humaniter Internasional**, Makalah pada Penataran Dosen Hukum Humaniter se-Indonesia, Cipayung, Bogor, 15-19 April 1996, hal. 18.

⁸² Boer Mauna, **Hukum Internasional**, Alumni, Bandung, 2003, hal. 80.

⁶⁴ Haryomataram, **Sekelumit Tentang Hukum Humaniter**, Op. cit, hal. 114.

Sebuah kelompok pemberontak akan memperoleh “status bertikai” bila terjadi keadaan-keadaan sebagai berikut:

- a. kelompok tersebut berkuasa di sebuah wilayah di dalam Negara dimana mereka melakukan pergerakannya;
- b. kelompok tersebut memproklamkan kemerdekaan, bila tujuan akhirnya adalah pemisahan diri;
- c. kelompok tersebut memiliki angkatan bersenjata yang terorganisir;
- d. kelompok tersebut memulai konflik dengan pihak pemerintah; dan,
- e. yang paling penting, pihak pemerintah juga mengakui status mereka sebagai pemberontak.

Perkembangan yang terjadi dalam kehidupan ketatanegaraan memunculkan kecenderungan bahwa pemerintah biasanya tidak mengakui keberadaan kelompok pemberontak tersebut. Pemerintah biasanya enggan mengakui bahwa mereka kehilangan kendali efektif di wilayah tertentu dan mereka juga menolak untuk memberikan dasar hukum bagi para kelompok pemberontak tersebut.

Penolakan ini memiliki konsekuensi hukum dan kemanusiaan. Tanpa adanya status bertikai secara resmi, sebuah pemerintah tidak diharuskan untuk memperlakukan para pemberontak menurut hukum konflik bersenjata internasional, yang mengakibatkan terjadinya insiden-insiden yang kejam dan biadab.

Untuk mencegah hal ini, komunitas / masyarakat internasional telah mengatur standar minimum aturan kemanusiaan yang harus berlaku tanpa

menunggu suatu pemerintah mengakui para pemberontak mereka. Sebuah konfrontasi akan dinilai sebagai konflik bersenjata non internasional bila pertempuran yang terjadi sangat intens, terorganisir, dan berkelanjutan hingga tidak dapat dikatakan sebagai gangguan dan ketegangan sementara. Sebagai tambahan, konflik tersebut harus terjadi dalam batas wilayah negara tertentu dan secara umum tidak melibatkan pihak asing. Bila situasi yang terjadi memenuhi kriteria-kriteria tersebut, maka kedua belah pihak harus mematuhi aturan kemanusiaan yang telah ditentukan yang umumnya dapat ditemukan dalam Pasal Umum 3 Konvensi Jenewa tahun 1949 dan Protokol Tambahan II tahun 1977. Peraturan-peraturan ini berlaku tanpa memandang status hukum pihak-pihak yang terlibat, dengan demikian maka dapat dicegah terjadinya tragedi kemanusiaan yang tidak perlu.

Tidak mudah untuk mengambil tindakan ketika konfrontasi kekerasan dalam sebuah negara terjadi dalam wilayah hukum kriminal domestik dan berkembang menjadi sebuah konflik bersenjata dimana hukum internasional berlaku. Hal ini menjadi masalah apabila negara yang bersangkutan merasa situasi berada dalam kendali, tapi pihak pemberontak menyatakan apa yang mereka lakukan adalah sebuah kepentingan yang bersifat internasional.

Dengan anggapan bahwa batas telah dilanggar, peraturan-peraturan hukum internasional yang mengatur konflik bersenjata non internasional kurang berkembang dibanding peraturan yang diberlakukan pada konflik bersenjata antar negara. Peraturan ini dapat dilihat dalam prinsip-prinsip hukum dasar umum dan pada *Common Article 3* Konvensi Jenewa tahun 1949. Sebagai tambahan, prinsip

fundamental hukum hak asasi manusia tertentu (dikenal dengan “*non-derogable*”) memberikan perlindungan bagi para korban. Jika pasukan bersenjata pihak pemberontak melakukan kontrol yang baik atas bagian wilayah sebuah negara agar memudahkan mereka untuk menerapkan operasi militer yang terpadu dan berkelanjutan dan tunduk pada kewajiban mereka, maka ketentuan dalam Protokol II tahun 1977 juga berlaku.

Peraturan-peraturan penting yang berlaku bagi semua pihak yang terkait dalam konflik bersenjata dalam negeri:

1. Semua aktivitas perang harus dapat dibenarkan oleh dasar-dasar militer, aktivitas yang tidak dilarang oleh militer.
2. Serangan hanya boleh diarahkan pada obyek-obyek yang memberi kontribusi pada tindakan militer musuh atau yang berhubungan dengan urusan strategi atau taktik. Kerusakan dan kerugian diluar rencana harus diminimalisir.
3. Harus selalu dibedakan antara pasukan perang yang terjun langsung dalam pertempuran dan dapat terkena serangan dengan pihak yang tidak terjun langsung di medan perang yang tidak kena serangan atau digunakan sebagai sandera.
4. Pihak yang tidak ikut berperang dan barang-barangnya harus diamankan sejauh mungkin dari dampak operasi militer yang tidak disengaja. Mencuri tetap saja sebuah tindak kejahatan walau dalam perang.
5. Status tahanan perang tidak muncul ke permukaan dalam konflik bersenjata dalam negeri. Orang-orang yang ditahan dapat diadili dalam hukum negara dimana konflik bersenjata dalam negeri berlangsung atas tindak kejahatan

yang mungkin mereka lakukan. Mereka memiliki perlindungan yang berada di bawah hukum hak asasi manusia. Vonis baru mungkin dijatuhkan setelah peradilan yang layak dilangsungkan di pengadilan yang sah.

6. Orang-orang yang tidak berperan aktif dalam pertempuran (warga biasa, para tahanan, korban, orang sakit dan orang-orang yang terdampar) harus diperlakukan sejajar dan manusiawi, tanpa memandang ras, warna kulit, agama, jenis kelamin, status ekonomi dan sebagainya. Ini berarti tidak boleh terjadi pembunuhan, pembantaian, perlakuan kejam, penyiksaan, pemerkosaan, pelecehan seksual, penghinaan atau hal-hal lain yang merendahkan martabat manusia.
7. penyanderaan dilarang.
8. Membiarkan warga biasa kelaparan sebagai metode perang juga tidak diperbolehkan.
9. Para korban, orang yang sakit dan terdampar harus dikumpulkan dan dirawat.
10. Meskipun dianggap perlu untuk mengevakuasi warga biasa dari wilayah bahaya, tidak diperbolehkan untuk memindahkan mereka untuk alasan-alasan diskriminatif atau untuk dijadikan tameng dalam sebuah penyerangan.

Pada setiap konflik bersenjata non internasional dimana Protokol II tahun 1977 berlaku, peraturan diatas diperlengkap dengan ketentuan-ketentuan lebih mendetil tentang perlindungan penduduk sipil (khususnya anak-anak), perlakuan terhadap tahanan dan pelaksanaan hukuman bagi pelaku tindak kriminal.

Penerapan hukum humaniter di Indonesia bertujuan melindungi dan membantu para korban akibat konflik bersenjata di berbagai daerah di Indonesia

menghadapi banyak masalah. Hal itu antara lain mengakibatkan para korban konflik bersenjata seperti di Aceh, Ambon, Poso, dan daerah lain belum mendapatkan perlindungan hukum internasional tersebut.

GPH Haryomataram, menanggapi persoalan penegakan hukum humaniter yang akhir-akhir ini terkesan mengalami kemunduran dengan merebaknya konflik bersenjata di dunia, di antaranya di Timur Tengah dengan tindakan Israel terhadap pemimpin Palestina Yasser Arafat dan rakyat Palestina, maupun di negara-negara lain, termasuk Indonesia, yaitu :

“Dalam masalah konflik bersenjata di Indonesia khususnya yang terjadi di Aceh antara Gerakan Aceh Merdeka (GAM) dengan TNI selama ini, yang terjadi sebenarnya adalah *war of nationalisme liberation*. Hal itu terkait dengan gerakan kelompok bersenjata yang disebut GAM melakukan perlawanan menuntut kemerdekaan dari Indonesia.”⁸³

GPH. Haryomataram, juga mengatakan bahwa :

“Berdasarkan kajian hukum humaniter kasus Aceh sangat menarik. Dalam menyikapi konflik bersenjata di Aceh itu, ada beberapa kemungkinan yang dapat ditempuh. Namun hukum humaniter yang bisa diterapkan hanya satu, yaitu pasal 3 Konvensi Jenewa tahun 1949 yang telah diratifikasi Indonesia.

Di dalam satu pasal konvensi yang meliputi empat ayat tanpa nomor itu secara tegas disebutkan soal perlindungan dalam konflik bersenjata berskala internasional maupun nasional dilarang adanya pembunuhan, penganiayaan dan semacamnya. Selain itu pihak-pihak yang terlibat konflik bisa mengacu ayat lain dalam pasal itu, yakni dengan perjanjian yang melibatkan negara lain. Sedangkan ayat lain pada pasal itu juga menyebutkan, berlakunya hukum humaniter tidak mengubah status pihak-pihak yang terlibat konflik, yakni status negara adalah tetap negara dan pemberontak tetap pemberontak..”⁸⁴

Ketidaktegasan pemerintah Indonesia tersebut juga menyangkut apa yang sebenarnya terjadi di Aceh. Selama ini pemerintah dalam mengatasi masalah

⁸³ GPH. Haryomataram, **Hukum Humaniter Mengalami Kemunduran**, Pikiran Rakyat, Bandung, 6 Oktober 2003

⁸⁴ Ibid.

konflik Aceh telah terjebak pada masalah-masalah politik yang berkembang di tanah air seperti dalam penegakan HAM.

Sikap tidak tegas pemerintah Indonesia itu, pernah menimbulkan masalah pada tugas-tugas kemanusiaan yang dilaksanakan Palang Merah Indonesia (PMI) dan Palang Merah Internasional (*International Committee Red Cross/ICRC*) di Aceh. Akibatnya petugas kemanusiaan palang merah yang sebenarnya berada pada posisi netral, selalu mendapat gangguan baik dari GAM maupun dari TNI.

Konflik bersenjata lain di sejumlah daerah di Indonesia, seperti di Ambon dan Poso, merupakan perselisihan yang sejauh ini tidak diatur hukum humaniter. Konflik bersenjata yang biasa disebut sebagai internal konflik itu, terjadi antara kelompok-kelompok bersenjata di suatu wilayah negara yang tidak melibatkan secara langsung angkatan bersenjata negara.

Menurut **Muladi**, saat ini aturan Hak Asasi Manusia sengketa bersenjata, yaitu Konvensi Den Haag 1907 yang mengatur tentang tata laku perang belum diratifikasi, sehingga tidak mempunyai kekuatan mengikat bagi Indonesia. Sedangkan Konvensi Jenewa 1949 telah diratifikasi Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 59 Tahun 1958, Konvensi Den Haag 1954 telah diratifikasi dengan Keputusan Presiden Nomor 234 Tahun 1966, Konvensi Senjata Biologi dan Racun 1972 telah diratifikasi dengan Keputusan Presiden Nomor 58 Tahun 1991. Sehubungan dengan analisis hukum positif diatas, maka pada masa mendatang perlu dipikirkan secara intensif hal-hal sebagai berikut .⁸⁵

- a. Perlu segera dilakukan kajian-kajian instrumen-instrumen Hak Asasi Manusia Internasional, serta segera menentukan skala prioritas dalam rangka akses

⁸⁵ Muladi, **Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana**, Undip Pres, Semarang, 1997, hal. 22-23.

- dan ratifikasinya ;
- b. Perlu segera dibentuk undang-undang yang secara komprehensif mengatur tentang ratifikasi, dalam rangka pelaksanaan Pasal 11 Undang-Undang Dasar 1945 ;
 - c. Perlu peninjauan kembali perundang-undangan (baik warisan kolonial maupun yang diundangkan setelah proklamasi kemerdekaan) yang cenderung melanggar Hak Asasi Manusia dan menggantikannya dalam hukum nasional yang bermuatan nilai dasar, nilai instrumental, nilai praktis bangsa serta memperhatikan kecenderungan internasional yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab ;
 - d. Adaptasi terhadap kecenderungan internasional dapat ditempuh baik dengan ratifikasi dengan segala kemudahannya (*reservation*) atau dengan harmonisasi hukum atas dasar pendekatan yang antisipatif ;
 - e. Perlu peningkatan profesionalisme aparat penegak hukum dan aparat pemerintah, agar selalu *concerned* terhadap perkembangan masyarakat, sehingga dapat menjaga keseimbangan antara kepastian hukum dan keadilan ;
 - f. Perlu peningkatan terus menerus usaha untuk meningkatkan kesadaran hukum baik dilingkungan masyarakat maupun aparatur negara ;
 - g. Perlu dipacu berdirinya lembaga-lembaga kajian Hak Asasi Manusia dilingkungan perguruan tinggi untuk memberikan masukan yang obyektif tentang pemahaman dan penghayatan Hak Asasi Manusia disegenap lapisan masyarakat ;
 - h. Disegala bentuk pengadilan (Umum, Militer, Agama dan PTUN), perlu dilakukan panel khusus untuk mengadili kasus-kasus pelanggaran Hak Asasi Manusia ;
 - i. Pembaharuan hukum positif dalam kaitannya dengan Hak Asasi Manusia dapat dilakukan baik dengan menggunakan pendekatan global (peraturan khusus diluar kodifikasi), pendekatan evolusioner (amandemen terhadap peraturan-peraturan yang sudah ada) atau pendekatan kompromis (pengaturan khusus tetapi tetap dalam suatu sistem kodifikasi) ;
 - j. Menjadikan reputasi penegakan Hak Asasi Manusia sebagai konduite pengembangan karier disegala lapisan profesional, baik pemerintah maupun swasta ;
 - k. Menjadikan Hak Asasi Manusia sebagai bagian dari kurikulum segala lapisan pendidikan dan latihan ;
 - l. Perlu pendekatan-pendekatan sektoral untuk menyamakan persepsi terhadap perundang-undangan yang bersifat kontroversial ;
 - m. Perlu segera dirumuskan semacam Piagam Hak dan Kewajiban Asasi Bangsa Indonesia yang merupakan hasil dialog antara budaya bangsa Indonesia dengan instrumen-instrumen Hak Asasi Manusia Internasional ;
 - n. Secara antisipatif perlu segera dilakukan usaha-usaha agar penegakan hukum positif sedikit banyak juga mengacu pada instrumen Hak Asasi Manusia, sepanjang relevan dengan budaya bangsa.

Lebih lanjut **Muladi** menyatakan bahwa gambaran komprehensif tentang

masalah Hak Asasi Manusia di Indonesia diatas tidak menjadikan bangsa Indonesia pesimis, sebab setiap negara sekalipun di negara yang sudah maju inkonsistensi dalam masalah Hak Asasi Manusia mempunyai dimensi masalah tersendiri.

“Negara maju mungkin sudah tidak mempunyai masalah HAM Ekonomi, Sosial dan Budaya dan HAM untuk pengembangan (*Right to Development*). Namun seringkali kita dengar masih banyak persoalan tentang Hak-hak Sipil dan Politik khususnya tentang kekerasan terhadap wanita dan anak, kejahatan terorganisasi dan ras diskriminasi, dengan demikian hal yang menantang didepan kita adalah sampai seberapa jauh kita mengisi pengertian relativisme kultural yang dapat diterima secara internal maupun eksternal. Disamping itu secara jujur harus sadar dan berjiwa besar bahwa permasalahan HAM di Indonesia masih cukup mendasar, karena masih berkaitan dengan pelbagai generasi HAM, yaitu Hak-hak Sipil dan Politik, Ekonomi, Sosial dan Budaya, serta Hak untuk Pengembangan.”⁸⁶

Gambaran tersebut diatas meskipun pada intinya membuat bangsa Indonesia untuk tidak pesimis, tidak berarti permasalahan tentang Hak Asasi Manusia di Indonesia dibiarkan begitu saja, akan tetapi dengan melakukan berbagai upaya untuk mengatasi dan menyelesaikan permasalahan tersebut, diantaranya dengan menegakan hukum terhadap para pelaku pelanggaran Hak Asasi Manusia.

Perkembangan proses peratifikasian sumber-sumber hukum perang yang mengalami stagnasi tersebut dapat menyulitkan posisi Indonesia dalam menyikapi suatu persoalan, seperti yang baru-baru ini terjadi, yaitu Pemerintah Indonesia melakukan perundingan dengan pihak Gerakan Aceh Merdeka di Swedia. Hal tersebut sangat tidak masuk akal apabila ditinjau dari kacamata hukum, sebab Indonesia yang tidak pernah meratifikasi Potokol Tambahan II Tahun 1977

⁸⁶ Ibid, hal. 24.

tentang Konflik Bersenjata yang Bersifat Non Internasional, yang didalamnya mengatur tentang kedudukan pemberontak, akan tetapi yang terjadi sekarang ini justru kita melakukan perundingan dengan pihak yang tidak pernah dianggap ada oleh sistem hukum kita. Sikap yang demikian ini tentunya tidak akan terasa janggal apabila Protokol Tambahan II Tahun 1977 tersebut telah diratifikasi pemerintah Indonesia.

Sumber-sumber hukum internasional yang mengatur kejahatan perang ada yang perlu ratifikasi dan ada yang tidak memerlukan proses ratifikasi. Sumber hukum internasional tentang kejahatan perang yang memerlukan ratifikasi misalnya Konvensi Jenewa 1949 dan Statuta Roma 1998 tentang *International Criminal Court*, sedangkan yang tidak memerlukan proses peratifikasian misalnya mengenai tata cara berperang sebagaimana yang diatur dalam Konvensi-konvensi Den Haag tahun 1899 dan 1907

Peratifikasian bukanlah suatu keharusan apabila kita lihat dari sudut pandang hukum positif (pidana), sebab kita dapat saja membuat suatu rumusan tindak pidana sebagaimana yang diatur dalam hukum internasional, tanpa terlebih dahulu meratifikasinya. Peratifikasian terhadap hukum internasional yang berlaku pada dasarnya hanya merupakan kewajiban moral bagi bangsa Indonesia untuk menunjukkan dukungan terhadap masyarakat internasional karena bangsa Indonesia termasuk bagian dari masyarakat internasional.

Kondisi ideal adalah dengan melakukan peratifikasian sumber-sumber hukum internasional yang mengatur masalah kejahatan perang sekaligus melakukan kriminalisasi dalam hukum pidana di Indonesia.

B. Upaya Kriminalisasi Kejahatan Perang (Terutama Konflik Bersenjata Yang Bersifat Non Internasional / Protokol Tambahan II Tahun 1977) Dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia Sebagai Bagian Dari Kebijakan Hukum Pidana Di Indonesia

1. Prospek / Peluang Guna Melakukan Upaya Kriminalisasi Kejahatan Perang Dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat Di Indonesia Sebagaimana Diatur Dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Akhir-akhir ini banyak negara yang perhatiannya tertuju kepada masalah penentuan sebagai delik (kriminalisasi) maupun dekriminalisasi. Kriminalisasi sebagai proses yang mengubah perbuatan yang semula bukan dianggap sebagai tindak pidana, artinya perbuatan yang dianggap mengganggu ketertiban umum ataupun merugikan dan perlu mendapatkan sanksi pidana. Atau dekriminalisasi yaitu perbuatan yang semula dianggap sebagai tindak pidana lalu dihapuskan.

Perhatian negara tersebut menurut **Roeslan Saleh** sebagai akibat dari keresahan yang ditimbulkan oleh cara-cara hukum pidana melakukan tugasnya, juga karena bertambahnya pengetahuan orang tentang akibat-akibat dari digunakannya hukum pidana, baik terhadap mereka yang dinyatakan sebagai penjahat, maupun terhadap masyarakat sebagai keseluruhan.⁸⁷

Teori-teori kriminalisering yang mengemukakan tentang proses penentuan dapat dipidananya kelakuan, dan berusaha menjelaskan tentang faktor-faktor

⁸⁷ Roeslan Saleh, *Beberapa Asas-Asas Hukum Pidana dalam Perspektif*, Aksara Baru, Jakarta, 1981, hal 56

determinan yang mempengaruhi proses-proses ini ternyata masih terbatas.⁸⁸

Dasar pembenaran untuk menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, menurut Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional pada bulan Agustus 1980 perlu memperhatikan :

1. Apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci oleh masyarakat karena merugikan atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban.
2. Apakah biaya mengkriminalisasi seimbang dengan hasil yang akan dicapai, artinya *cost* pembuatan undang-undang, pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan situasi tertib hukum yang akan dicapai.
3. Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa, sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.⁸⁹

Menurut **Bassiouni**, kriminalisasi dan dekriminalisasi harus didasarkan pada faktor-faktor kebijakan tertentu yang meliputi:

1. Keseimbangan sarana-sarana yang digunakan dalam hubungan-hubungannya dengan hasil-hasil yang ingin dicapai;
2. Analisis biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang dicari;
3. Penilaian atau penafsiran tujuan-tujuan yang dicari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia.
4. Pengaruh sosial dari kriminalitas dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan atau dipandang dari pengaruh – pengaruhnya yang sekunder.⁹⁰

Dewasa ini hukum pidana mengalami suatu pertumbuhan hukum yang dapat dikatakan semrawut dari penentuan-penentuan perbuatan yang dapat dipidana, bahkan menurut **Roeslan Saleh** telah terjadi “inflasi hukum pidana”.⁹¹

⁸⁸ Ibid, hal 57

⁸⁹ Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, 1980, Semarang, dikutip dari Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Hukum Pidana**, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996, hal.34

⁹⁰ Ibid, hal 36

⁹¹ Roeslan Saleh, **Beberapa Asas-asas Hukum Pidana Dalam Perspektif**, Op.,cit, hal 59

Terjadinya inflasi hukum pidana ini menurut **Hanafi** dikarenakan dalam hukum positif, tiap-tiap tindak pidana disebutkan setelah diteliti dengan menentukan unsur-unsur materilnya. Oleh karena itu perbuatan-perbuatan yang merugikan yang terus berkembang yang tidak diatur dengan rinci unsur-unsurnya dalam perumusan tindak pidana tidak terjangkau oleh hukum pidana.⁹²

Proses kriminalisasi yang berlangsung terus tanpa suatu evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan sistem mengakibatkan timbulnya:

1. krisis kelebihan kriminalisasi (*the crisis of over-criminalization*), dan
2. krisis kelampauan batas dari hukum pidana (*crisis of overreach of the criminal law*)

Kelebihan kriminalisasi tersebut oleh **Ahmad Hanafi** diartikan sebagai melimpahnya jumlah kejahatan dan perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasikan dan kelampauan batas dari hukum pidana diartikan sebagai usaha pengendalian perbuatan dengan tidak menggunakan sanksi yang efektif.⁹³

Kongres ke-4 di Caracas tahun 1980 dibicarakan masalah "*crime and the abuse power: offences and offenders beyond the reach of law*". Menurut **Mardjono Reksodiputro** bahwa *beyond the reach of law* ini harus diartikan sebagai:

- (a) perbuatan yang tidak tercantum dalam KUHP atau undang-undang ataupun tidak melanggar undang-undang tetapi sangat merugikan masyarakat, dan
- (b) perbuatan yang tidak terjangkau oleh undang-undang tetapi tetap tidak terjangkau oleh penegakan hukum karena sifat penerapan hukumnya yang selektif dan beragam.⁹⁴

⁹² Ahmad Hanafi, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1967, hal 77-80

⁹³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Op.,cit, hal 36-37

⁹⁴ Mardjono Reksodiputro, *Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana*, Kumpulan Karangan Buku Kedua, Pusat Pelayanan dan Pengabdian Hukum(d/h Lembaga Kriminologi), Universitas Indonesia, Jakarta, 1994, hal 78

Upaya kriminalisasi kejahatan perang dalam hukum nasional dewasa ini menjadi suatu kebutuhan, sebab perkembangan dunia internasional yang mengatur masalah kejahatan perang berjalan dengan cepat dan radikal, dalam hal ini dapat dilihat dengan lahirnya Statuta Roma 17 Juli 1998 yang nantinya dapat mengambil alih setiap perkara kejahatan yang dianggap serius apabila suatu negara tidak melakukan langkah-langkah dibidang penegakan hukum dengan tepat.

Menurut **Muladi** karakteristik *International Criminal Court* (Statuta Roma 17 Juli 1998) bersifat komplementer terhadap yurisdiksi pengadilan nasional (*complementary to national criminal jurisdiction*). Hal ini nampak dari Statuta Roma 17 Juli 1998 yang mengatur bahwa International Criminal Court dapat mengadili (*admissible*) dalam hal negara yang bersangkutan tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*) untuk melakukan penyelidikan atau penuntutan dan yang pada akhirnya memutuskan untuk tidak menuntut (*decided not to prosecute*). *Unwillingness* merupakan refleksi dari kesan bahwa langkah-langkah ditingkat nasional ditujukan sebagai perisai (*shielding*) terhadap yurisdiksi International Criminal Court dan penundaan yang tidak beralasan (*unjustified delay*) serta tidak independen atau bersifat memihak (*not being conducted independently or impartiality*). Ketidakmampuan (*inability*) dikaitkan dengan kesan bahwa sistem peradilan nasional “*collapse or unavailability*” baik bersifat total maupun substansial (diatur dalam Pasal 1 dan 17 Statuta Roma 17 Juli 1998).⁹⁵

⁹⁵ Muladi, **Prospek Pengaturan Pengadilan Hak Asasi Manusia Di Indonesia**, Makalah pada Seminar Nasional Tentang Rancangan Undang-Undang Pengadilan Hak Asasi Manusia Di Indonesia, Jakarta, 16 Februari 2000.

Langkah untuk mewujudkan pengadilan Hak Asasi Manusia, sebagai pilihan kebijakan legislatif yang ditempuh Pemerintah Indonesia pada waktu itu untuk menghindari ancaman / tekanan dunia internasional terhadap proses penyelesaian konflik yang terjadi di Timor-timur pasca jejak pendapat bukanlah hal yang mudah, menurut **Romli Atmasasmita** hal tersebut disebabkan oleh :

- a. Masalah pelanggaran Hak Asasi Manusia merupakan hal yang baru di Indonesia ;
- b. Suatu kejahatan Hak Asasi Manusia tidak identik dengan kejahatan yang diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana atau undang-undang pidana khusus yang berlaku. Pelanggaran Hak Asasi Manusia bersifat universal, sedangkan pelanggaran hukum pidana secara esensial merupakan tatanan adat istiadat, kultural, sosial dari suatu bangsa sekalipun terhadap beberapa kualitas tindak pidana memiliki kesamaan pandang diantara masyarakat bangsa-bangsa;
- c. Lembaga yang sudah ada belum terbiasa menangani persoalan Hak Asasi Manusia dan yurisprudensi internasional dalam kasus-kasus pelanggaran belum banyak dan berasal dari suatu Mahkamah Ad-hoc Sementara ;
- d. Larangan pemakaian penafsiran secara analogi sudah diakui dalam sistem hukum pidana diseluruh negara, termasuk di Indonesia. Apabila pemafsiran tersebut masih dipergunakan dalam kasus pelanggaran Hak Asasi manusia, maka pemerintah berarti memandangnya sebagai kasus biasa (*ordinary crime*) sehingga mengurangi makna dan esensi dari pelanggaran Hak Asasi Manusia itu sendiri dan sekaligus memberikan celah hukum yang kuat bagi Perserikatan Bangsa-bangsa untuk membentuk Mahkamah Ad-hoc Internasional bagi pelanggaran Hak Asasi Manusia di Indonesia ;
- e. Tuntutan masyarakat internasional melalui PBB agar pemerintah Indonesia secara serius menangani pelanggaran Hak Asasi Manusia di Indonesia, termasuk di Timor-timur sangat sulit untuk dihindarkan atau diabaikan pemerintah Indonesia ;
- f. Pemakaian asas berlaku surut atau *non retroactive principle* sebagai asas universal bersifat dilematis karena asas ini disatu sisi dianut dalam Statuta *International Criminal Court* dan sistem hukum pidana Indonesia, serta hampir diseluruh negara menganutnya, namun disisi lain dalam praktek Mahkamah Ad-hoc di Rwanda dan negara bekas jajahan Yugoslavia, asas berlaku surut tetap diberlakukan sekalipun untuk satu kurun waktu tertentu saja.⁹⁶

⁹⁶ Romli Atmasasmita, **Latar Belakang Penyusunan Rancangan Undang-Undang Tentang Pengadilan Hak Asasi Masia Di Indonesia**, Makalah pada Seminar Naional Tentang Rancangan Undang-Undang Pengadilan Hak Asasi Manusia Di Indonesia, Jakarta, 16 Februari 2000.

Romli Atmasasmita juga mengatakan bahwa sifat / karakteristik yang membedakan International Criminal Court dengan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana sebagai berikut :

“Tindak pidana yang menjadi yurisdiksi ICC difokuskan pada tindak pidana yang berkaitan dengan peranan negara dalam kaitannya dengan penduduk sipil, konsekwensinya adalah tidak diperkenankan adanya impunity pada seorang komandan (untuk militer) atau pada atasan (untuk pejabat sipil), kemudian sifat pertanggungjawabannya adalah individual, sekalipun komandan atau atasan tersebut memberikan perintah dalam rangka melaksanakan tugas jabatannya.”⁹⁷

Perbedaan / sifat karakteristik *International Criminal Court* dengan hukum nasional yang berlaku di Indonesia, sedikit banyak mendorong Indonesia untuk mengaplikasikannya dalam kasus pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Suwardi Martowirono, mengingatkan tentang kemungkinan berlakunya yurisdiksi Statuta Roma 1998 di Indonesia sebagai berikut :

“Cepat atau lambat Statuta Roma 17 Juli 1998 akan berlaku di Indonesia dan oleh karena itu Indonesia harus menentukan sikapnya terlepas dari kekurangan-kekurangan yang ada dalam statuta tersebut. Indonesia harus menyiapkan diri agar jajaran peradilan mulai dari aparat penyidik, penyidik, penuntut umum dan pengadilan berjalan efektif, dan efisien didalam kemungkinan menghadapi penerapan yurisdiksi International Criminal Court, dengan meningkatkan kemampuan teknis dan pengetahuan sehingga tidak ada lagi celah-celah untuk dinilai “*unwillingness*” dan “*inability*”.”⁹⁸

Kedudukan Statuta Roma 17 Juli 1998 sebagai pelengkap dan bukan sebagai pengganti pengadilan nasional. Akan tetapi ada beberapa pasal

⁹⁷ Romli Atnasasmita, **Karakteristik Tindak Pidana Dalam Statuta ICC Dan Dampak Pembentukan Pengadilan Pidana Internasional (ICC) Terhadap Perkembangan Hukum Pidana**, Makalah, Bandung, 16 Nopember 2002.

⁹⁸ Suwardi Martowirono, **Kepentingan Indonesia Meratifikasi Statuta Roma 1998**, Makalah pada Seminar Pembudayaan dan Pemasyarakatan Konvensi Jenewa 1949, Jakarta, 23 Juli 2002.

pengecualiannya, yaitu :

1. Pasal 17 (a) Statuta Roma yang pada intinya menyatakan bahwa pengadilan dapat memutuskan bahwa sebuah kasus tidak dapat diterima jika:

- a. Kasus tersebut sedang diinvestigasi atau dituntut oleh suatu negara yang mempunyai yurisdiksi atasnya, kecuali negara tersebut tidak mau atau tidak dapat melaksanakan investigasi atau penuntutan secara sungguh-sungguh ;
- b. Kasus tersebut sedang diinvestigasi oleh sebuah negara yang mempunyai yurisdiksi atasnya dan negara tersebut telah memutuskan untuk tidak menuntut orang terkait, kecuali putusan tersebut dihasilkan dari ketidakinginan atau ketidakmampuan negara tersebut untuk melaksanakan tuntutan secara sungguh-sungguh ;
- c. Orang yang terkait telah diadili untuk perbuatan yang merupakan subyek dari pengakuan dan sebuah persidangan oleh pengadilan tidak diizinkan menurut Pasal 20 paragraf 3 ;
- d. Kasus tersebut tidak memiliki daya tarik yang cukup untuk menentukan tindakan pengadilan selanjutnya.

2. Pasal 17 ayat (2) Statuta Roma yang berbunyi bahwa:

“Bahwa untuk menentukan ketidakmauan dalam sebuah kasus, pengadilan dapat mempertimbangkan, berkenaan dengan prinsip-prinsip tentang hak-hak pembelaan diri yang sesuai dengan hukum-hukum internasional, apakah satu atau lebih dari yang berikut ini adalah :

- a. Acara kerja telah atau sedang dilaksanakan atau keputusan nasional telah dibuat dengan tujuan untuk melindungi orang yang terkait dari tanggung jawab kriminal atas kejahatan dalam yurisdiksi dari pengadilan ;
- b. Telah ada penundaan yang tidak tepat terhadap acara kerja yang dalam keadaan tersebut tidak konsisten dengan tujuan pemberian hukuman yang setimpal pada orang yang terkait ;
- c. Acara kerja tidak dijalankan secara independen atau netral dan tindakan-tindakan tersebut dilakukan dengan cara yang tidak konsisten dengan tujuan untuk memberikan hukuman yang setimpal kepada orang yang terkait.

3. Pasal 20 ayat (3) Statuta Roma yang berisi bahwa tidak ada orang yang telah disidang oleh pengadilan lain untuk perbuatan yang juga terlarang menurut Pasal 6, 7 atau 8 dapat disidang oleh pengadilan berkenaan dengan perbuatan yang sama kecuali acara kerja pengadilan lain tersebut :

- a. Sidang tersebut bertujuan untuk melindungi orang yang terkait atas tanggung jawab kriminal kejahatan dalam yurisdiksi pengadilan, atau
- b. Sebaliknya sidang tersebut tidak dilakukan secara independen atau netral dalam hubungannya dengan perlindungan hak yang diketahui oleh hukum internasional dan dilakukan dalam sebuah cara yang dalam keadaan tersebut tidak konsisten dengan tujuan untuk memberikan hukuman yang setimpal kepada orang yang terkait.⁹⁹

Dalam menyusun rumusan hukum pidana, masalah yang patut diperhatikan adalah subyek dan obyek hukumnya disamping kriteria perbuatan yang dilakukan (peristiwa pidana) serta sanksi yang dijatuhkan. Untuk merumuskan suatu masalah baru dalam hukum pidana, perlu dipelajari hukum pidana positif yang ada (*ius constitutum*) dan hukum yang sebaiknya ada (*ius constituendum*).

Kebijakan/politik hukum pidana yang berkaitan dengan memformulasikan kejahatan perang kedalam hukum pidana nasional tidak terlepas dari kebijakan kriminal (*criminal policy*), yakni kebijakan nasional untuk menanggulangi kejahatan. *Criminal Policy* ini menurut **Barda Nawawi Arief** merupakan bagian dari politik penegakan hukum dalam arti luas (*law enforcement policy*), yang semuanya merupakan bagian dari politik sosial (*social policy*), yakni usaha dari masyarakat atau negara untuk meningkatkan kesejahteraan warganya.¹⁰⁰

Upaya melakukan pembaharuan hukum pidana yang berkaitan erat dengan kriminalisasi dan dekriminalisasi suatu perbuatan (termasuk didalamnya kriminalisasi kejahatan perang dalam hukum nasional) haruslah sesuai dengan

⁹⁹ Ibid, hal. 5

¹⁰⁰ Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op. cit, Hal. 2.

politik kriminal (*criminal policy*) yang dianut oleh bangsa Indonesia, yakni nilai-nilai fundamental yang berlaku didalam masyarakat, tidak bertentang dengan norma dasar (ground norm) bangsa Indonesia dalam hal ini Pancasila dan UUD 1945. Disamping politik kriminal yang dianut bangsa Indonesia sebagaimana tersebut diatas, patut pula diperhatikan kriteria umum berkenaan dengan penetapan kriminalisasi, antara lain berkenaan dengan:

- a. kerugian yang ditimbulkan,
- b. korban yang ditimbulkan,
- c. biaya pembuatan undang-undang,
- d. pengawasan dan penegakkan hukum,
- e. beban yang ditanggung oleh korban,
- f. beban atau kemampuan aparat penegak hukum dan sebagainya, serta
- g. prinsip-prinsip umum hukum pidana nasional.

Merformulasikan kejahatan perang kedalam hukum nasional dengan pendekatan rasional menjadi penting, dan patut dihindari proses untuk melakukan kriminalisasi secara emosional. Melakukan pendekatan rasional merupakan suatu usaha atau langkah-langkah yang dibuat secara sengaja dan sadar. Hal ini berarti kita mengadakan penilaian dan melakukan penelitian dari alternatif-alternatif yang ada dengan memperhatikan semua faktor yang dapat mendukung berfungsinya hukum pidana. Dengan demikian kriminalisasi kejahatan perang kedalam hukum nasional dihadapkan pada pemilihan, yakni akan masuk menjadi bagian dari materi atau substansi KUHP atau peraturan perundang-undangan lain (Kitab Undang-undang Militer, Undang-undang Pengadilan Hak Asasi Manusia), atau

mendapat tempat pengaturan dalam undang-undang tersendiri. Untuk hal ini perlu adanya persepsi yang sama, terutama tentang pengertian kebijakan perang, subyek, obyek, tindak perbuatan dan akibatnya, serta kriteria sanksi.¹⁰¹

Proses penentuan tempat yang tepat bagi pengaturan kejahatan perang dalam hukum nasional hendaknya dirumuskan / diformulasikan secara tepat, sehingga tidak menimbulkan permasalahan dalam aplikasi dan eksekusinya.

Menurut **Barda Nawawi Arief**, kajian formulasi tidak hanya mencakup formulasi / perumusan tindak pidananya, tetapi juga keseluruhan sistem aturan pemidanaannya. Hal ini mengandung arti bahwa :

- 1 Aturan / sistem pemidanaan yang dikaji dan diformulasikan, tidak hanya aturan hukum pidana materiil (substansi), tetapi juga aturan pidana formal, dan aturan hukum pelaksanaan / eksekusi.
- 2 Apabila difokuskan pada hukum materiil atau substansinya, maka yang dikaji dan diformulasikan tidak hanya perumusan tindak pidananya, tetapi juga pertanggungjawabannya, sistem pidana dan pemidanaan.¹⁰²

Khusus mengenai formulasi kejahatan perang dari aspek pidana materiil, patut pula dikaji beberapa alternatif pengaturan atau penempatannya sebagaimana yang dikemukakan oleh **Barda Nawawi Arief**, antara lain :

1. Ditempatkan atau diintegrasikan didalam KUHP yang sekarang ini berlaku (yang didalamnya juga sudah mengatur kejahatan “dalam masa perang”);
2. Ditempatkan atau diintegrasikan dalam undang-undang diluar KUHP yang saat ini ada (misalnya dalam Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia yang sudah mengatur “Pelanggaran HAM Berat” berupa “Kejahatan Genocida” dan “Kejahatan Kemanusiaan” atau ;
3. Ditempatkan atau diatur dalam undang-undang tersendiri diluar KUHP ;
4. Ditempatkan dalam KUHP yang akan datang sebagai wujud dari kebijakan yang menyeluruh.¹⁰³

¹⁰¹ Lies Siregar, **Kemungkinan Memformulasikan Kejahatan Perang Ke Dalam Sistem Hukum Pidana Nasional Indonesia**, Makalah dalam Seminar Nasional Memformulasikan Kejahatan Perang Dalam Perundang-undangan Nasional, Semarang, 22 Desember 2003, Hal. 5

¹⁰² Barda Nawawi Arief, **Kajian Formulasi Kejahatan Perang Dalam Hukum Nasional Indonesia**, Makalah Dalam Seminar Nasional Memformulasikan Kejahatan Perang Dalam Perundang-undangan Nasional, Semarang, 22 Desember 2003 hal. 15-16.

¹⁰³ Ibid, hal. 16

Proses penegakan hukum dibidang pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat sebagaimana yang telah dan sedang terjadi di Indonesia dinilai telah berhasil, baik dari segi substansi materi yang mencakup hampir keseluruhan kriteria pelanggaran HAM sebagaimana yang menjadi yurisdiksi *International Criminal Court* (tentang kejahatan terhadap kemanusiaan maupun genocida), maupun dari segi hukum pidana formal yang diantaranya terdiri dari Komisi Nasional Hak Asasi Manusia selaku penyelidik, maupun Kejaksaan Republik Indonesia selaku penyidik dan penuntut umumnya.

Prospek/peluang bagi Indonesia untuk melakukan upaya pengkriminalisasian Kejahatan Perang dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat Di Indonesia cukup besar, sebab dengan terbentuk serta berlakunya Statuta Roma 17 Juli 1998 yang salah satu fungsinya adalah tidak untuk menggantikan atau merupakan perluasan pengadilan nasional, tetapi sekedar untuk melengkapi, sebagai pengadilan pidana internasional untuk masa depan dan hanya akan berlaku apabila pengadilan nasional suatu negara tidak dapat / tidak mau untuk melakukan penegakkan hukum yang efektif dan efisien.

Wadah pengaturan yang efektif bagi materi kejahatan perang sebagaimana yang diatur dalam Pasal 8 Statuta Roma 1998 adalah dengan memasukannya dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, mengingat undang-undang tersebut sudah dapat diterapkan dan dilihat dari substansinya kejahatan perang sebagaimana diatur dalam Statuta Roma 17 Juli 1998 *tentang International Criminal Court* termasuk dalam katagori pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat.

2. Bentuk Formulasi Tindak Pidana / Kejahatan Perang (Khususnya Yang Bersifat Non Internasional) Dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat Di Indonesia Sebagaimana Diatur Dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Istilah kejahatan perang membangkitkan serangkaian kesan yang menakutkan kamp konsentrasi, pembersihan etnis, eksekusi tahanan, pemerkosaan dan pembombardiran kota. Kesan tersebut berhubungan dalam banyak hal dalam definisi istilah hukum, namun hukum internasional membuat batasan bahwa tidak semua istilah tersebut sesuai dengan pengertian kita terhadap perilaku mengerikan tersebut.

Kejahatan perang adalah segala pelanggaran hukum atas perang atau hukum kemanusiaan internasional (*international humanitarian law / IHL*) yang mendatangkan tanggung jawab kriminal individual. Sedangkan pembatasan terhadap panduan konflik bersenjata sudah diusahakan setidaknya oleh prajurit Cina Sun Tzu (abad ke 6), bangsa Yunani kuno termasuk diantara yang pertama yang memandang larangan larangan tersebut sebagai undang undang. Pengertian kejahatan perang muncul pertama kali dalam Manu, Kitab Undang-Undang Hindu (kira kira 200 SM) dan akhirnya membuka jalan kepada hukum Roma dan Eropa. Pengadilan sebenarnya atas kejahatan perang yang pertama diadakan untuk mengadili Peter von Hagenbach, yang disidangkan tahun 1474 di Austria dan di hukum mati atas kekejaman perang.

Dari Perang Dunia pertama, negara negara telah menerima bahwa pelanggaran tertentu atas hukum perang sebagian besar telah di kodifikasi dalam

Konvensi Den Haag tahun 1899 dan 1907. Piagam Pengadilan Militer Internasional di Nuremberg mendefinisikan kejahatan perang sebagai “pelanggaran hukum atas kebiasaan perang”, termasuk pembunuhan, perlakuan yang buruk atau deportasi penduduk sipil dalam teritori yang telah diduduki, pembunuhan atau perlakuan yang buruk terhadap tahanan perang, pembunuhan sandera, perampasan barang-barang publik atau property pribadi, perusakan tanpa alasan atas kota-kota dan penghancuran yang tidak perlu bagi kepentingan militer.

Berbagai perbuatan yang merugikan kepentingan umat manusia, dalam hal ini ketika dalam kondisi peperangan dirasakan sebagai suatu peristiwa yang mengganggu dan merusak rasa keadilan masyarakat akan melahirkan suatu peraturan yang memiliki tujuan baik preventif maupun represif terhadap perbuatan yang merugikan tersebut. Hal tersebut bisa dilakukan dengan melakukan pengaturan dalam hukum pidana, maupun upaya pembaharuan hukum pidana yang telah ada.

Roeslan Saleh, berpendapat bahwa undang-undang harus disesuaikan dengan dinamika kehidupan, oleh karena itu pembentuk undang-undang harus selalu “mengikuti” perubahan-perubahan yang terjadi dalam masyarakat.¹⁰⁴

Sehubungan dengan itu **S. Balakrisnan** mengatakan, “Hukum pidana sedang berubah dan memang seharusnya memerlukan perubahan sesuai dengan perubahan masyarakat. Perubahan ini tidak hanya mengenai perbuatan apa yang merupakan atau dinyatakan sebagai kejahatan tetapi juga mengenai apa yang

¹⁰⁴

⁸⁴ Roeslan Saleh, *Mengadili Sebagai Pergulatan Kemanusiaan*, Op. Cit, hal 41

seharusnya dijadikan pidana untuk suatu kejahatan, karena gagasan mengenai pidana juga telah berubah sesuai dengan perubahan-perubahan itu sendiri terutama mengenai pandangan hidup tentang moral dan kemasyarakatan".¹⁰⁵

Adanya tindakan untuk melakukan peninjauan kembali terhadap kebijakan pidana selama ini, adalah hal yang wajar jika dilihat dari sudut penegakan hukum, khususnya dari sudut mekanisme penanggulangan kejahatan.

Bahwa meningkatnya kejahatan dapat disebabkan oleh karena tidak tepatnya kebijakan legislatif yang ditempuh, faktor tidak efisiennya struktur peradilan yang ada serta pelaksanaan undang-undang yang tidak konsekuen dan sikap dari aparat penegak hukum.

Tahap perumusan / pembentukan hukum pidana merupakan tahap yang paling penting, sebab akan mempengaruhi proses selanjutnya, yaitu tahap aplikasi maupun tahap eksekusi.

Tahap kebijakan legislatif menurut **Barda Nawawi Arief**, jika dilihat sebagai suatu kesatuan proses, tahap ini merupakan tahap yang paling strategis. Dari tahap kebijakan legislatif ini diharapkan adanya suatu garis pedoman untuk tahap-tahap berikutnya yaitu tahap penerapan pidana oleh badan pengadilan dan tahap pelaksanaan pidana oleh aparat pelaksana pidana.¹⁰⁶

Untuk itu dalam pengertian ini, perlu pula kita meninjau tugas dan fungsi

¹⁰⁵ Barda Nawawi Arief, **Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara**, Op. Cit, hal 48

¹⁰⁶ Muladi dan Barda Nawawi Arief, **Teori –Teori dan Kebijakan Hukum Pidana**, Alumni, Bandung, 1992, hal 173

pembuat undang-undang (badan legislatif) pada tahap formulasi ini. Menurut **Roeslan Saleh** bahwa “pembentuk undang-undang tidak hanya menetapkan tentang perbuatan-perbuatan yang dikenai hukum pidana, tetapi ia juga menunjuk macam-macam sanksi yang dapat diterapkan, begitu pula maksimum ukuran pidana.”¹⁰⁷

Mengenai tugas atau fungsi pembuat undang-undang dalam tahap ini, lebih diperinci oleh **Barda Nawawi Arief** sebagai berikut:

“perencanaan atau kebijakan penanggulangan kejahatan yang dituangkan oleh peraturan perundang-undangan secara garis besar meliputi:

- a. perencanaan atau kebijakan tentang perbuatan-perbuatan terlarang apa yang akan ditanggulangi karena di pandang membahayakan atau merugikan;
- b. perencanaan atau kebijakan tentang sanksi apa yang dapat dikenakan terhadap pelaku perbuatan terlarang itu (baik berupa pidana atau tindakan) dan sistem penerapannya;
- c. perencanaan atau kebijakan tentang prosedur atau mekanisme sistem peradilan pidana dalam rangka proses penegakan hukum pidana.”¹⁰⁸

Berpijak dari pendapat **Barda Nawawi Arief** tersebut diatas, berikut ini akan diuraikan bagaimana perencanaan atau kebijakan penanggulangan kejahatan yang terdiri dari tiga elemen dasar, yaitu formulasi tentang perbuatan yang dilarang (kejahatan perang), sanksi atas perbuatan yang dilarang, serta mekanisme sistem peradilan pidana dalam rangka proses penegakan hukum pidana.

A. Kejahatan Perang (*War Crimes*)

Peperangan pada prinsipnya diperbolehkan sepanjang dianggap sebagai solusi terakhir (*Ultimum Remidium*), meskipun diperbolehkan, suatu

¹⁰⁷ Roeslan Saleh, **Segi Lain Hukum Pidana**, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984, hal 18

¹⁰⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Hukum Pidana**, Alumni, Bandung, 1992, hal 158-159

peperangan mengharuskan untuk tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang dianggap tidak diperlukan bagi kepentingan perang itu sendiri dan justru akan berakibat timbulnya kerugian pada umat manusia.

Menurut Barda Nawawi Arief:

“Proses penegakan hukum pidana diawali dengan proses penetapan/pembuatan hukum pidana lebih dahulu oleh badan pembuat undang-undang. Dilihat dari keseluruhan proses penegakkan hukum pidana, tahap kebijakan legislatif/formulatif ini merupakan tahap yang paling strategis. Oleh karena itu kesalahan atau kelemahan dalam proses formulatif merupakan kesalahan yang strategis yang dapat menghambat upaya penegakan hukum pada tahap berikutnya, yaitu tahap aplikatif/ kebijakan yudikatif dan tahap eksekusi / kebijakan administrasi.”¹⁰⁹

Bentuk perbuatan terlarang yang dapat diformulasikan oleh bangsa Indonesia untuk mencegah dan menanggulangi akibat perbuatan / kejahatan dalam peperangan tersebut dapat dilakukan dengan cara mengadopsi ketentuan yang diatur dalam *International Criminal Court* (Statuta Roma 1998), yang didalamnya mengatur pula tentang kejahatan perang.

Substansi Kejahatan Perang yang terbaru tersebut diatur secara khusus dan terperinci dalam Statuta Roma 17 Juli 1998 tentang *International Criminal Court*, yaitu dalam Pasal 8 yang meliputi:

- a. Pelanggaran berat terhadap Konvensi Genewa 12 Agustus 1949, yakni perbuatan-perbuatan berikut ini yang dilakukan kepada orang-orang atau properti yang dilindungi dibawah ketetapan-ketetapan konvensi Genewa yang relevan :
 1. Pembunuhan yang disengaja ;
 2. Penyiksaan atau perlakuan yang tidak berperikemanusiaan termasuk eksperimen biologis ;
 3. Penyiksaan atau perlakuan yang tidak berperikemanusiaan termasuk

¹⁰⁹ Barda Nawawi Arief, **Beberapa Catatan Terhadap Fenomena Kebijakan Formulasi Hukum Pidana Dalam Berbagai Produk Legislatif Di Indonesia**, Makalah Kuliah Umum di Sekolah Tinggi Hukum Militer, Jakarta, 20 September 2000, hal. 2

- eksperimen biologis ;
4. Pengerusakan secara luas dan pemberian suatu properti yang tidak dibenarkan oleh keperluan militer dan dilaksanakan secara tidak sah dan tidak beralasan ;
 5. Memaksa seorang tawanan perang atau orang yang dilindungi lain untuk mengabdikan dibawah kekuasaan negara yang bermusuhan ;
 6. Dengan sengaja mencabut hak-hak seorang tawanan perang atau orang yang dilindungi lainnya atas sidang yang adil ;
 7. Pengasingan atau pemindahan seseorang secara tidak sah atau pengurungan secara tidak sah ;
 8. Penyanderaan.
- b. Pelanggaran serius lainnya atas hukum-hukum dan adat-istiadat yang dipakai dalam konflik bersenjata internasional yang telah ditetapkan, yakni perbuatan-perbuatan sebagai berikut :
1. Secara sengaja mengarahkan serangan kearah populasi orang-orang sipil atau kearah orang sipil secara individu yang tidak secara langsung terlibat dalam permusuhan ;
 2. Secara sengaja mengarahkan serangan ke arah obyek-obyek sipil, yaitu obyek yang bukan obyek militer ;
 3. Secara sengaja mengarahkan kearah perseorangan, instalasi atau unit-unit atau kendaraan yang terlibat dalam bantuan kemanusiaan atau misi perdamaian dalam hubungannya dengan piagam PBB, selama berhak atas perlindungan yang diberikan kepada orang-orang sipil atau obyek-obyek sipil dibawah hukum internasional tentang konflik bersenjata ;
 4. Secara sengaja melancarkan sebuah serangan dengan sepengetahuan bahwa serangan yang demikian akan menimbulkan korban jiwa atau luka kepada orang-orang sipil atau kerusakan terhadap obyek-obyek sipil atau kerusakan jangka panjang yang besar dan hebat pada lingkungan yang akan melampaui batas dalam hubungannya dengan keuntungan militer yang konkrit dan langsung secara keseluruhan yang telah diantisipasi ;
 5. Menyerang atau memborbardir dengan alasan apapun kota, desa-desa, tempat tinggal atau gedung yang tidak dilindungi dan yang bukan sasaran militer ;
 6. Membunuh atau melukai seorang pejuang yang sudah meletakkan senjatanya atau seorang pejuang yang sudah tidak berdaya, telah menyerah pada kebijaksanaan ;
 7. Menggunakan bendera putih secara tidak benar / benderanya atau lencana militer dan seragam musuh atau seragam PBB, atau juga emblem-emblem khusus konvensi Jenewa, yang mengakibatkan kematian luka serius ;
 8. Pemindahan secara langsung atau tidak langsung oleh negara berkuasa bagian dari populasi orang sipil sendiri kedalam wilayah yang dikuasai, pengasingan atau pemindahan semua atau sebagian dari populasi wilayah yang dikuasai didalam atau diluar wilayah ;
 9. Secara sengaja mengarahkan serangan kearah gedung yang dipakai untuk kegiatan keagamaan, pendidikan, ilmu pengetahuan, kesenian dan tujuan amal, monumen bersejarah, rumah sakit dan tempat dimana orang sakit

- dan terluka dikumpulkan, yang ditetapkan bukan sebagai sasaran militer ;
10. Menunjuk orang yang berada dalam kekuasaan pihak yang bermusuhan untuk melakukan mutilasi fisik atau untuk melakukan eksperimen secara medis atau ilmiah apapun yang tidak dibenarkan oleh perlakuan medis dari orang tersebut atau dilaksanakan menurut kemauan orang itu sendiri, dan yang menyebabkan kematian atau membahayakan kesehatan orang itu secara serius ;
 11. Melukai atau membunuh dengan cara curang individu milik negara atau angkatan perang negara yang bermusuhan ;
 12. Menyatakan bahwa tidak akan memberikan apapun ;
 13. Menghancurkan atau menyita properti musuh kecuali penghancuran atau penyitaan yang demikian sangat penting sekali dibutuhkan oleh kepentingan perang ;
 14. Menyatakan penghapusan, penundaan atau penolakan dalam pengadilan hak-hak dan kegiatan warga negara pihak yang bermusuhan ;
 15. Memaksakan warga negara pihak yang bermusuhan untuk mengambil bagian dalam operasi perang yang diarahkan kearah negara mereka sendiri, walaupun mereka berada dalam "*belligerent service*" sebelum permulaan perang ;
 16. Merampok sebuah kota atau tempat, walaupun ketika melakukan penyerangan ;
 17. Menggunakan racun atau senjata beracun ;
 18. Menggunakan gas yang membuat sesak nafas, beracun atau gas lainnya dan semua cairan atau bahan serupa ;
 19. Menggunakan peluru yang mudah memuai dalam tubuh manusia, seperti peluru yang dibungkus dengan keras yang tidak menutupi bagian tengah secara menyeluruh atau yang ditembus dengan torehan ;
 20. Menggunakan senjata, proyektil dan bahan metode perang yang sifatnya bisa menyebabkan luka yang berlebihan atau penderitaan yang tidak perlu atau yang sifatnya tidak memandang bulu dalam pelanggaran hukum internasional tentang konflik bersenjata ditetapkan bahwa senjata, proyektil dan bahan metode perang seperti itu adalah subyek dari larangan yang umum dan disertakan dalam tambahan undang-undang ini, dalam amandemen dalam hubungannya dengan ketentuan lain yang relevan dalam Pasal 121 dan 123 ;
 21. Melakukan penghinaan terhadap martabat seseorang, termasuk perbuatan memalukan dan menghinakan ;
 22. Melakukan pemerkosaan, perbudakan seksual, melaksanakan prostitusi, kehamilan yang dipaksakan, termasuk sterilisasi atau bentuk lain dari kejahatan seksual yang juga merupakan pelanggaran dari Konvensi Jenewa ;
 23. Memanfaatkan orang sipil atau orang yang dilindungi lainnya untuk membuat tempat tertentu, area atau angkatan militer bebas dari operasi militer ;
 24. Secara sengaja mengarahkan serangan kearah gedung, bahan, unit medis dan transport dan personil yang menggunakan emblemen khusus dari

- Konvensi Jenewa yang sesuai dengan hukum internasional ;
25. Secara sengaja menggunakan kelaparan orang sipil sebagai metode berperang dengan menghilangkan obyek yang dibutuhkan untuk keselamatan mereka, termasuk dengan sengaja menghalangi persediaan pertolongan sebagaimana ditetapkan dalam Konvensi Jenewa ;
 26. Mewajibmiliterkan atau mendaftarkan anak dibawah umur 15 tahun ke angkatan bersenjata nasional atau menggunakan mereka untuk berpartisipasi secara langsung dalam permusuhan ;
- c. Dalam kasus sebuah konflik bersenjata yang bukan bersifat internasional, pelanggaran serius dalam Pasal 3 sama seperti Konvensi Genewa 12 Agustus 1949 yang empat, yakni perbuatan berikut ini yang ditujukan pada orang yang tidak secara aktif mengambil bagian dalam permusuhan, termasuk anggota angkatan bersenjata yang telah menurunkan senjata mereka dan mereka yang ditetapkan "*hors de combat*" karena penyakit, luka penawanan dan sebab-sebab lain :
1. Kekerasan kepada kehidupan dan orang, termasuk semua jenis pembunuhan, mutilasi, perlakuan yang kejam dan penyiksaan ;
 2. Melakukan penghinaan terhadap martabat orang, termasuk perbuatan memalukan dan menghinakan ;
 3. Penyanderaan ;
 4. Memberikan hukuman dan melaksanakan eksekusi tanpa adanya keputusan yang dikeluarkan oleh pengadilan yang berkonstitusi, yang mampu memberikan semua *judicial quarantee* yang secara umum diketahui sangat diperlukan
- d. Paragraf 2 (c) berlaku untuk konflik bersenjata yang bersifat internasional, dan hak tersebut tidak berlaku untuk gangguan internal seperti kerusuhan, tindakan kekerasan yang terpencil dan sporadis atau perbuatan lain yang sejenis.
- e. Pelanggaran serius lainnya dari hukum dan adat yang dipergunakan dalam konflik bersenjata yang bukan bersifat internasional, dalam kerangka hukum internasional yang telah ditetapkan yakni perbuatan sebagai berikut :
1. Secara sengaja mengarahkan serangan kearah populasi orang sipil atau kearah sipil yang tidak berperan langsung dalam permusuhan ;
 2. Secara sengaja mengarahkan serangan kearah gedung, bahan, unit medis dan transport dan personil yang menggunakan emblem khusus dari Konvensi Genewa yang berhubungan dengan hukum internasional ;
 3. Secara sengaja mengarahkan serangan kearah personil, instalasi, bahan, unit atau kendaraan yang terlibat dalam bantuan kemanusiaan atau misi perdamaian dalam hubungan dengan Piagam PBB, selama mereka berhak atas perlindungan yang diberikan pada orang sipil atau obyek sipil dibawah hukum internasional tentang konflik bersenjata ;
 4. Secara sengaja mengarahkan serangan kearah gedung yang dipakai untuk kegiatan keagamaan, pendidikan, kesenian, ilmu pengetahuan atau tujuan amal, monumen bersejarah, rumah sakit dan tempat dimana orang sakit dan terluka dikumpulkan yang ditetapkan sebagai bukan bagian dari sasaran militer ;

5. Merampok sebuah kota atau tempat, walaupun ketika melakukan penyerangan ;
6. Melakukan pemerkosaan, perbudakan seksual, melaksanakan prostitusi, melaksanakan sterilisasi dan bentuk lain dari kejahatan seksual yang juga merupakan kejahatan yang serius dari Pasal 3 sama seperti Konvensi Jenewa yang empat ;
7. Mewajib militerkan atau mendaftarkan anak dibawah usia 15 tahun ke angkatan bersenjata atau group yang menggunakan mereka untuk berpartisipasi secara aktif dalam permusuhan ;
8. Memerintahkan pemindahan populasi orang sipil untuk alasan yang berhubungan dengan konflik, kecuali keamanan dari orang sipil terlibat atau alasan militer yang penting sekali ;
9. Membunuh atau melukai dengan cara curang seseorang pejuang musuh ;
10. Menyatakan bahwa tidak akan memberikan apapun ;
11. Menunjuk orang yang berada dalam kekuasaan pihak lain untuk melakukan eksperimen secara medis atau ilmiah apapun yang tidak dibenarkan oleh perlakuan medis dari orang tersebut atau dilaksanakan menurut kemauan orang itu sendiri dan yang menyebabkan kematian atau membahayakan kesehatan orang itu secara serius ;
12. Menghancurkan atau menyita properti musuh kecuali penghancuran atau penyitaan yang demikian sangat penting sekali dibutuhkan untuk kepentingan konflik ;
13. Paragraf 2 (e) berlaku untuk konflik bersenjata yang tidak bersifat internasional dan hal tersebut tidak berlaku untuk situasi gangguan internal, seperti kerusuhan, tindakan kekerasan yang terpencil dan sporadis atau perbuatan lain yang sejenis. Paragraf 2 (e) berlaku konflik bersenjata yang berlangsung dalam wilayah sebuah negara ketika ada konflik bersenjata yang berlarut-larut antara pemerintah dan group bersenjata yang terorganisir atau antara group yang demikian.

Bentuk-bentuk kejahatan perang sebagaimana yang diatur dalam Pasal 8 Statuta Roma 1998 sebagaimana tersebut diatas seluruhnya dapat diadopsi kedalam materi kejahatan perang yang nantinya diharapkan dapat dimasukkan dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Pengertian / definisi Kejahatan Perang juga pernah ada dan berlaku di Indonesia, yakni diberlakukan oleh Pemerintah Hindia Belanda guna mengadili para penjahat perang dunia II (terutama Jepang), yaitu :

1. Staatsblad 1946 Nomor 44 tanggal 1 Juni 1946, tentang Ordonansi Perumusan Pengertian Kehatan Perang.
2. Staatsblad 1946 Nomor 45 tanggal 1 Juni 1946, tentang Ordonansi Hukum Pidana Kejahatan Perang ;
3. Staatsblad 1946 Nomor 46 tanggal 1 Juni 1946, tentang Ordonansi Kekuasaan Mengadili Penjahat Perang ;
4. Staatsblad 1946 Nomor 47 tanggal 1 Juni 1946, tentang Ordonansi Pelaksanaan Peradilan Kejahatan Perang ;
5. Staatsblad 1946 Nomor 48 tanggal 3 Juni 1946, tentang Ordonansi Korban-korban Perang, yang merupakan pengganti terhadap "Pengaturan Umum Mengenai Kecelakaan Perang (Staatsblad 1942 Nomor 59).

Kelima Staatsblad tersebut sudah tidak lagi berlaku sebab menurut Undang-undang Nomor 73 Tahun 1958 yang memberlakukan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 untuk seluruh wilayah Indonesia, sedangkan dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 hanya memberlakukan semua peraturan hukum pidana yang sudah ada sebelum tanggal 8 Maret 1942 .

Peraturan-peraturan yang berkaitan dengan kejahatan perang pada masa Hindia Belanda tersebut menurut **Barda Nawawi Arief** sebagai berikut :

"Pihak Belanda pada waktu itu sudah membuat perangkat peraturan yang cukup lengkap mengenai Kejahatan Perang sebab :

1. Terdapat Hukum Pidana Materiil yang diatur dalam Staatsblad 1946 Nomor 44 dan 45 ;
2. Terdapat Hukum Acara Pidana yang diatur dalam Staatsblad 1946 Nomor 47, dan
3. Terdapat Lembaga Peradilan yang mengaturnya sebagaimana diatur

dalam Staatsblad 1946 Nomor 46.¹¹⁰

Definisi / macam-macam dari kejahatan perang sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1 Staatsblad 1946 Nomor 44 tentang Ordonansi Perumusan tentang Pengertian Kejahatan Perang ialah perbuatan-perbuatan yang melanggar undang-undang atau adat istiadat kebiasaan perang, dilakukan dalam masa perang oleh kawula / warga negara sebuah negara musuh atau antek-antek musuh seperti :

1. Pembunuhan dan pembunuhan massal ;
2. Teror yang sistematis ;
3. Pembunuhan sandera ;
4. Penyiksaan penduduk sipil ;
5. Dengan sengaja membiarkan penduduk sipil kelaparan ;
6. Pemerksaan ;
7. Mengangkut gadis dan wanita untuk prostitusi yang dipaksakan atau memaksa untuk melakukan prostitusi ;
8. Deportasi penduduk sipil ;
9. Penginterniran penduduk sipil dalam keadaan yang bertentangan dengan perikemanusiaan ;
10. Memaksa penduduk sipil untuk melakukan kegiatan yang berhubungan dengan kewajiban militer dari lawan ;
11. Menghaki kedaulatan dalam masa pendudukan militer ;

¹¹⁰ Barda Nawawi Arief, **Kajian Formulasi Kejahatan Perang Dalam Hukum Nasional Indonesia**, Makalah Dalam Seminar Nasional Memformulasikan Kejahatan Perang dalam Perundang-undangan Nasional, Semarang, 22 Desember 2003, hal. 4

12. Merekrut prajurit dengan paksa diantara penduduk wilayah yang diduduki ;
13. Usaha untuk merubah atau menghapuskan kewarganegaraan dari penduduk di wilayah yang diduduki ;
14. Penjarahan ;
15. Pengambilalihan hak milik ;
16. Pemungutan pajak yang bertentangan dengan hukum dan diluar batas ;
17. Pemalsuan uang atau mengeluarkan uang yang dipalsukan ;
18. Menjatuhkan hukuman kolektif ;
19. Dengan sengaja menghancurkan atau merusak hak milik ;
20. Dengan sengaja menembaki tempat yang tidak dipertahankan ;
21. Dengan sengaja merusak bangunan keagamaan, kemanusiaan, pendidikan atau tempat-tempat yang bersejarah ;
22. Perusakan kapal penumpang atau kapal dagang tanpa memberi peringatan atau tanpa mengambil tindakan untuk menyelamatkan penumpang dan awak kapal ;
23. Perusakan kapal pencari ikan atau kapal penolong ;
24. Penembakan dengan sengaja kapal rumah sakit ;
25. Penyerangan atau pengerusakan kapal rumah sakit ;
26. Pelanggaran terhadap peraturan-peraturan lain yang berhubungan dengan palang merah ;
27. Penggunaan gas beracun atau gas yang mencekik ;
28. Penggunaan peluru yang meledak atau pecah dan alat-alat lain yang tidak manusiawi ;

29. Perintah untuk tidak mengakui adanya tawanan perang ;
30. Perlakuan yang tidak wajar terhadap yang luka-luka dan tawanan perang ;
31. Memperkerjakan tawanan perang secara bertentangan dengan ketentuan hukum yang berlaku ;
32. Penyalahgunaan bendera putih ;
33. Meracuni sumber air ;
34. Penangkapan massal yang bertentangan dengan hukum ;
35. Perlakuan yang tidak wajar terhadap penduduk diinternir atau terpidana ;
36. Pelaksanaan hukuman mati secara kejam ;
37. Tidak memberikan bantuan kepada atau mencegah pemberian bantuan kepada korban yang karam ;
38. Dengan sengaja tidak mau memberikan obat-obatan kepada para penduduk.
39. Bertentangan dengan persyaratan gencatan senjata melakukan permusuhan atau memberikan keterangan kesempatan atau sarana kepada orang lain untuk melakukan perbuatan itu.⁹¹

Selanjutnya **Barda Nawawi Arief** menyimpulkan dari isi Pasal 1 Staatsblad 1946 Nomor 44 tersebut sebagai berikut :

- a. Unsur-unsur Kejahatan Perang adalah :
 - perbuatan-perbuatan yang melanggar undang-undang atau kebiasaan perang (ada 39 jenis kejahatan) ;
 - dilakukan dalam masa perang ;
 - oleh warga negara / kawula suatu negara musuh atau antek-antek musuh.
- b. Bahwa kejahatan perang ditujukan (subyeknya) pada musuh atau antek-antek musuh dan tidak ditujukan pada pihak / penguasa yang membuat peraturan ini (Belanda), dengan demikian mengandung kesan

⁹¹ Haryomataram, **Pelanggaran Berat Dalam Konvensi Jenewa 1949 Dan Protokol Tambahan 1997 Diperbandingkan Dengan Staatsblad 1946**, Makalah dalam Seminar Nasional Memformulasikan Kejahatan Perang Dalam Perundang-undangan Nasional, Semarang, 22 Desember 2003, hal. 2-4.

bersifat seperti "*Victor Justice*", yaitu pengadilan yang dibentuk oleh pihak atau negara yang berkuasa / menang perang. Menurut Pasal 1 Staatsblad 1946 Nomor 46, hakim militer di Hindia Belanda berwenang pula mengadili kejahatan perang yang dilakukan oleh siapapun juga dan dimanaun juga tindak pidana itu dilakukan.

- c. Ke-39 kejahatan yang disebut dalam Staatsblad 1946 Nomor 44 diatas ternyata sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam Konvensi Den Haag 1907 atau hukum dan kebiasaan perang dan mempunyai kemiripan dengan kejahatan-kejahatan perang (*grave breaches*) yang diatur dalam keempat Konvensi Genewa 1949, maupun dalam Protokol Tambahan I dan II Tahun 1977.¹¹²

Istilah kesengajaan dan tidak beralasan termasuk tindakan disengaja, dan juga kasus kecerobohan. Pertanggungjawaban pidana tidak dibatasi terhadap tindakan positif, tapi dapat muncul pada peristiwa dimana suatu tindakan gagal ketika ada tugas untuk melakukannya dan kegagalannya baik disengaja dimana konsekuensinya mengikuti atau karena kecerobohan ekstrim tentang konsekuensi-konsekuensi itu.

Dalam komentar Komite Internasional Palang Merah (ICRC) pada protokol tambahan, kesengajaan dijelaskan bahwa tertuduh pasti telah bertindak dengan sadar dan dengan maksud, misalnya dengan pikirannya pada tindakan dan konsekuensinya dan mereka menghendakinya. Hal ini meliputi konsep "maksud yang melanggar undang undang" atau "kecerobohan" yakni perilaku terhadap pihak yang tanpa merasa pasti atas hasil keterangan, menerima kemungkinan terjadinya. Dilain sisi kelalaian biasa atau kurang memperkirakan tidak tercakup, misalnya ketika seseorang bertindak tanpa berfikir akan konsekuensinya. Kelalaian dapat dikenakan tindakan disipliner dibawah undang undang nasional.

¹¹² Barda Nawawi Arief, *Kajian Formulasi Kejahatan Perang Dalam Hukum Nasional Indonesia*, Op. cit, hal. 7-8.

Statuta Pengadilan Pidana Internasional menetapkan bahwa orang yang tertuduh hanya akan dihukum jika penyerangannya dilakukan “dengan niat dan pengetahuan”. Seorang tertuduh mempunyai niat, dalam hubungan dengan tingkah laku, “niat untuk ikut seta dalam tingkah laku” dan dalam hubungan dengan konsekuensi “niat untuk menyebabkan konsekuensi tersebut” atau menyadari bahwa itu akan terjadi pada rangkaian peristiwa biasa. “mengetahui” berarti kesadaran bahwa keadaan yang ada atau konsekuensi akan terjadi pada rangkaian peristiwa biasa.

Berhubungan dengan kesalahan, atau kesengajaan dan kealpaan sehingga menurut **Roeslan Saleh** pertanggungjawaban pidana adalah sesuatu yang berkaitan dengan keadaan-keadaan mental dari tersangka dan hubungan antara keadaan mental itu dengan perbuatan yang dilakukan adalah sedemikian rupa sehingga orang itu dicela karenanya.¹¹³

KUHP menyatakan bahwa seseorang hanya dapat dipertanggungjawabkan apabila ia melakukan tindak pidana dengan sengaja atau dengan kealpaan. Di mana perbuatan yang dapat dipidana adalah perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, kecuali peraturan perundang-undangan menentukan secara tegas bahwa suatu tindak pidana dilakukan dengan kealpaan dapat dipidana.

Adapun bentuk-bentuk khusus dari kesengajaan (yang dalam perumusan teknis perundang-undangan biasanya digunakan istilah

¹¹³ Roeslan Saleh, **Pikiran-pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana**, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982, hal 22.

“mengetahui”, “yang diketahuinya”, “padahal diketahuinya” atau “sedangkan ia mengetahui” dinyatakan pula sebagai dapat dipidana, maka berbagai istilah atau bentuk-bentuk khusus dari kesengajaan itu harus tetap dirumuskan sebagai syarat khusus dalam perumusan delik.

Masalah pertanggungjawaban pidana berkaitan erat dengan unsur kesalahan. Membicarakan unsur kesalahan dalam hukum pidana berarti mengenai jantungnya, demikian dikatakan oleh **Idema**.¹¹⁴

Menurut **Hanafi** pertanggungjawaban pidana dalam syariah Islam ialah pembebanan seseorang akibat perbuatannya (atau tidak berbuat dalam delik omisi) yang dikerjakannya dengan kemauan sendiri, di mana ia mengetahui maksud-maksud dan akibat-akibat dari perbuatannya itu.¹¹⁵

Pertanggungjawaban pidana ditegakkan atas tiga hal, yaitu:

1. adanya perbuatan yang dilarang;
2. dikerjakan dengan kemauan sendiri;
3. pembuatnya mengetahui terhadap akibat perbuatan tersebut.

Syariah Islam menganggap bahwa pertanggungjawaban pidana berlaku terhadap tindak pidana yang dilakukan dengan sengaja saja di mana di sini disebutkan bahwa perbuatan itu dikerjakan dengan kemauan sendiri dan pembuat mengetahui terhadap akibat perbuatan tersebut.

Kesimpulannya bahwa antara KUHP dan syariah Islam memiliki perbedaan tentang pertanggungjawaban pidana di mana untuk syariah Islam hanya perbuatan yang disengaja yang dapat dipidana sedangkan KUHP pada

¹¹⁴ Sudarto, **Hukum Pidana IB**, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 1975, hal 2

¹¹⁵ Ahmad Hanafi, *Op. cit.*, hal 154.

prinsipnya mengatur sama dengan syariah Islam namun, ada perkecualian bila peraturan perundang-undangan menentukan secara tegas bahwa tindak pidana dilakukan dengan kealpaan dapat dipidana.

Pertanggungjawaban pidana harus ada yang disebut dengan "*moral culpability*", dan *moral culpability* dipandang tidak ada jika pada waktu dilakukannya perbuatan ada dan oleh hukum diakui keadaan-keadaan memaafkan terhadap itu. **Jeremy Hall** mengatakan bahwa *moral culpability* adalah suatu dasar dari pertanggungjawaban dalam perbuatan pidana.¹¹⁶

Pertanggungjawaban pidana atas kejahatan berat yang diurai diatas menurut **Harkristuti Harkrisnowo** dapat dikenakan pada orang-orang yang:

1. memenuhi semua unsur tindak pidana;
2. memerintahkan dilakukannya tindakan tersebut, termasuk dalam bentuk percobaan;
3. gagal mencegah atau menindak perilaku kejahatan yang dilakukan oleh bawahannya, sedangkan si atasan mengetahui bahwa bawahannya tengah atau akan melakukan kejahatan tersebut;
4. dengan sengaja membantu dilakukannya kejahatan tersebut, baik secara langsung maupun secara substansial, termasuk menyediakan sarana untuk penyelesaian kejahatan tersebut;
5. langsung berpartisipasi dalam merencanakan atau menyepakati kejahatan tersebut dan kejahatan itu dilakukan;
6. secara langsung dan umum menghasut seseorang untuk melakukan kejahatan tersebut dan kejahatan itu dilakukan;
7. mencoba melakukan kejahatan itu dengan memulai perbuatan, namun tidak selesai karena hal-hal yang ada di luar dirinya.¹¹⁷

Pertanggungjawaban pidana sangat penting untuk dapat menentukan siapa yang harus dipersalahkan atas suatu tindak pidana. Pertanggungjawaban tersebut lebih banyak dibebankan pada negara selaku pelindung warga negaranya.

¹¹⁶ Barita Sinaga, *Varia Peradilan*, IX, 101, 1994, hal 157

¹¹⁷ Harkristuti Harkrisnowo, *Op. cit*, hal. 5

B. Sanksi Pidana terhadap Pelaku Kejahatan Perang

Pemidanaan merupakan suatu hal yang sangat penting dalam setiap penerapan pidana, akan tetapi dalam praktek kebanyakan para hakim menjatuhkan pidana masih terikat pada pandangan yang *yuridis sistematis* artinya hakim selalu meredusir kejadian yang hanya memperhatikan faktor faktor *yuridis relevant* saja, dan kurang memperhatikan faktor-faktor yang menyangkut terdakwa.¹¹⁸

Pada dasarnya sulit mengetahui secara pasti metode-metode perlakuan yang paling efektif untuk mencegah dan mengatasi kejahatan. Ini disebabkan karena kejahatan itu sifatnya sangat kompleks.

Soerjono Soekanto mengemukakan beberapa faktor yang perlu diperhitungkan dalam menentukan efektifitas suatu sanksi. Faktor-faktor yang dikemukakan antara lain:

- a. karakteristik atau hakekat dari sanksi itu sendiri;
- b. persepsi warga masyarakat dalam menanggung resiko;
- c. jangka waktu penerapan sanksi negatif itu;
- d. karakteristik dari orang yang terkena sanksi
- e. peluang-peluang yang memang (seolah-olah) diberikan oleh suatu kebudayaan masyarakat;
- f. karakteristik dari perilaku yang perlu dikendalikan atau diawasi dengan sanksi negatif itu;
- g. keinginan masyarakat atau dukungan sosial terhadap perilaku yang akan dikendalikan.

Dikemukakan pula empat hal yang harus dipenuhi agar hukum dapat berlaku efektif dalam arti mempunyai dampak positif, yaitu:¹¹⁹

- a. hukum positif tertulis yang ada harus mempunyai taraf sinkronisasi vertikal dan horizontal yang selaras;

¹¹⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Op cit, hal 115-116

¹¹⁹ Soerjono Soekanto, *Dampak Hukum Terhadap Pola Perilaku Manusia*, Masalah-Masalah Hukum No. 5-6 tahun XII -1982, hal 25 -26 Tinjauan Sosiologis Hukum terhadap Masalah- Masalah "efektivitas hukuman"

- b. para penegak hukum harus mempunyai kepribadian yang baik dan dapat memberikan teladan dalam kepatuhan hukum;
- c. fasilitas yang mendukung proses penegakan hukum harus memadai;
- d. warga masyarakat harus dididik agar dapat mematuhi hukum.

Dari berbagai teori pembedaan, teori absolut atau mutlak mungkin merupakan teori paling tua. Menurut teori ini, setiap kejahatan harus diikuti dengan pidana, tidak boleh tidak. Seorang mendapat pidana karena telah melakukan kejahatan, tidak dilihat akibat yang timbul dari penjatuhan pidana itu di masa depan.

Penghukuman didasarkan pada pembalasan, tetapi dapat pula karena unsur cinta pada sesama manusia sebagai dasar adanya norma-norma yang sudah dilanggar oleh penjahat, sehingga suatu kejahatan sudah pantas ditanggapi dengan pidana karena melanggar norma. Selain ada pula yang memakai "*moral obligation*" sebagai dasar untuk menjatuhkan pidana kepada pelaku dengan sesuatu yang menyakitkan akibat perbuatannya yang melanggar hukum.

Berbeda dengan teori absolut/pembalasan, menurut teori tujuan (relatif) tujuan penghukuman adalah mengamankan masyarakat dengan jalan prevensi umum. Menurut teori absolut bahwa pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan suatu kejahatan atau tindak pidana (*quia peccatum est*).¹²⁰

Pada teori relatif pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbangan kepada orang yang telah melakukan suatu

¹²⁰ Muladi & Barda Nawawi Arief, **Teori-Teori Kebijakan Hukum Pidana**, Alumni, Bandung, 1992, hal 10

tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat, oleh karena itu teori inipun sering juga disebut teori tujuan (*Utilitarian theory*). Tujuan pidana agar orang jangan melakukan kejahatan (*"ne peccetetur"*). Singkatnya, tujuan dari *utilitarian theory* adalah untuk menjatuhkan hukuman yang memadai untuk memenuhi tujuan umum dari pencegahan kejahatan (*crime prevention*).

Kombinasi antara kedua teori di atas adalah teori campuran (gabungan) dalam hukuman. **Zevenbergen** dan **Mr. De Bie** mengatakan bahwa pertimbangan dari hukuman ialah pembalasan, tetapi tujuannya ialah memelihara tata tertib hukum.¹²¹

Sanksi pidana diperuntukkan terhadap perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan agama, kesusilaan, maupun moralitas. Moralitas bukan sekedar perbuatan yang benar, tetapi perbuatan benar atas dasar suatu prinsip. Selain itu sanksi pidana juga digunakan terhadap perbuatan yang dianggap membahayakan kehidupan masyarakat, dan negara yang dikhawatirkan dapat menghambat tercapainya pembangunan nasional.

Syariah Islam menyatakan suatu perbuatan dan mengancamnya dengan hukuman jika perbuatan itu dikategorikan atau dinyatakan sebagai kejahatan. Didalamnya ada perbuatan aktif atau pasif yang dapat merusak (mengganggu) terwujudnya ketertiban sosial, keyakinan, kehidupan individu, hak milik, kehormatan, serta ide-ide yang diterima.¹²²

¹²¹ Ibid.

¹²² Abdul Qadir Audah, *Islamic System of Justice*. International Islamic Publishers, Karachi, 1987, hal 74-75

Syariah Islam menetapkan suatu perbuatan-perbuatan tertentu sebagai kejahatan dan mengancam dengan hukuman tertentu untuk perbuatan-perbuatan tersebut dengan maksud melindungi kepentingan kolektif dan sistem yang ada di atasnya berdiri bangunan besar masyarakat, serta membuat masyarakat dapat menyelamatkan nilai-nilai moral dan kehidupan yang harmoni.

H.L Packer dalam "*the limits of criminal sanction*" menyimpulkan bahwa:

- 1 sanksi pidana sangatlah diperlukan, kita tidak dapat hidup sekarang maupun dimasa yang akan datang, tanpa pidana.
(*the criminal sanction is indispensable; we could not now or in the foreseeable future, get along without it*)
2. sanksi pidana merupakan alat atau sarana terbaik yang tersedia, yang kita miliki untuk menghadapi kejahatan-kejahatan atau bahaya besar dan segera serta untuk menghadapi ancaman-ancaman dari bahaya.
(*the criminal sanction is the best available device we have for dealing with gross and immediate harms and threats of harm*).
3. sanksi pidana suatu ketika merupakan "penjamin yang utama/terbaik" dan suatu ketika merupakan "pengancam yang utama" dari kebebasan manusia. Ia merupakan penjamin apabila digunakan secara manusiawi; ia merupakan pengancam, apabila digunakan secara sembarangan dan secara paksa.
(*The criminal sanction is at once prime guarantor and prime threatener of human freedom. Used providently and humanely, it is guarantor: used indiscriminately and coercively, it is threatner*).¹²³

Setiap kejahatan perang dapat dikenakan sanksi pidana sebagaimana yang dirumuskan dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia dengan cara mempertimbangkan jenis / berat ringannya kejahatan dengan pidana penjara yang bervariasi. Adapun jenis sanksi pidana yang diancamkan terhadap pelaku Kejahatan terhadap

¹²³ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Op. cit hal 155 - 156.

Kemanusiaan dan Kejahatan Genocida adalah sebagaimana yang diatur dalam Pasal 36 sampai dengan Pasal 40 Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, yaitu dengan mengelompokkan menjadi 3 (tiga) macam, yaitu :

- a. Pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 25 tahun dan paling singkat 10 tahun. (Pasal 36-37) ;
- b. Pidana penjara paling lama 15 tahun dan paling singkat 5 tahun. (Pasal 38-39) ;
- c. Pidana penjara paling lama 20 tahun dan paling singkat 10 tahun. (Pasal 40).

Pengenaan sanksi pidana terhadap pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat (harapan penulis termasuk didalamnya kejahatan perang) sangatlah berat apabila dibandingkan dengan yang diatur dalam KUHP, terutama pidana penjara yang menggunakan minimum khusus yang relatif lama, yaitu dari pidana penjara minimal 1 hari menjadi pidana penjara minimal 5 tahun atau 10 tahun dan ancaman pidana maksimum yang lebih lama dari ancaman pidana maksimum dalam KUHP, yaitu 20 tahun, menjadi 25 tahun.

Menurut **Muladi**, pelanggaran dan pengingkaran terhadap Hak Asasi Manusia tidak hanya dipertimbangkan sebagai tragedi pribadi, tetapi dapat menimbulkan keresahan sosial (sosial unrest) dan bahkan dapat menimbulkan ketegangan antar masyarakat dan bangsa. Didalam Piagam HAM PBB dalam hal ini dinyatakan bahwa : *“Respec for human rights and human dignity is the foundation of freedom, justice and peace in the world”*. Asas-asas dasar Hak Asasi Manusia berpangkal tolak pada akal, kehendak dan bakat manusia,

yang memiliki hak-hak dasar untuk hidup, martabat dan pengembangan pribadi (*self development*). Selanjutnya atas dasar kultur, sejarah dan sumberdaya orang berbicara tentang masyarakat yang mempunyai hak-hak dasar untuk bertahan (*survive*), menentukan nasib sendiri (*self determination*) dan berkembang sebagai masyarakat. Selanjutnya apabila ingin meningkatkan kesejahteraannya memerlukan instrumen dari orang-orang berupa pemerintah, yang merupakan sekaligus agen dari masyarakat semata-mata. Dalam hal ini pemerintah diciptakan oleh masyarakat untuk masyarakat sekaligus termasuk warganya.¹²⁴

Berpangkal tolak dari pentingnya penghormatan terhadap Hak Asasi Manusia dan dampak meluas yang ditimbulkan dari kejahatan perang sebagai bagian dari pelanggaran hak asasi manusia yang berat itulah sudah sepantasnya sanksi yang diancamkan relatif lebih berat dari yang diatur dalam KUHP.

C Penegakan Hukum Pidana terhadap Pelaku Kejahatan Perang

Proses hukum acara pidana bagi pelaku kejahatan perang dapat mengacu pada proses penanganan perkara pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, yang secara umum dibagi menjadi 4 (empat) tahap, yaitu :

1. Penyelidikan

Penyelidikan pelanggaran hak asasi manusia yang berat dilakukan

¹²⁴ Muladi, **Polisi, Hak Asasi Manusia Dan Globalisasi**, Makalah Seminar Nasional Polisi Indonesia II tentang Pertanggungjawaban Polisi, Pusat Studi Kepolisian, Fakultas Hukum Undip, Semarang, 15 Juli 1996, hal. 3.

oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, yang apabila diperlukan membentuk tim ad hoc yang terdiri dari Komisi Nasional Hak Asasi Manusia dan unsur Masyarakat (Pasal 18).

Dalam melaksanakan tugas dan fungsinya Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (selaku penyelidik) diberi wewenang untuk :

- melakukan penyelidikan dan pemeriksaan terhadap peristiwa yang timbul dalam masyarakat yang berdasarkan sifat dan lingkungannya patut diduga terdapat pelanggaran hak asasi manusia yang berat ;
- menerima laporan atau pengaduan dari seseorang atau kelompok orang tentang terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat, serta mencari keterangan dan barang bukti ;
- memanggil pihak pengadu, korban atau pihak yang diadukan untuk diminta dan didengar keterangannya ;
- memanggil saksi untuk diminta dan didengar kesaksiannya ;
- meninjau dan mengumpulkan keterangan ditempat kejadian dan tempat lainnya yang dianggap perlu ;
- memanggil pihak terkait untuk memberikan keterangan secara tertulis atau menyerahkan dokumen yang diperlukan sesuai dengan aslinya ;
- atas perintah penyidik dapat melakukan tindakan berupa : pemeriksaan surat, penggeledahan dan penyitaan, pemeriksaan setempat terhadap rumah, pekarangan, bangunan, dan tempat-tempat lainnya yang diduduki atau dimiliki pihak tertentu dan mendatangkan ahli dalam hubungannya dengan penyelidikan. (Pasal 19 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000)

2. Penyidikan

Penyidikan perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat dilakukan oleh Jaksa Agung, apabila diperlukan Jaksa Agung dapat mengangkat penyidik ad hoc yang terdiri dari unsur pemerintah dan atau masyarakat yang memenuhi persyaratan yang ditentukan (Pasal 21).

Jangka waktu penyidikan adalah selama 90 (sembilan puluh hari) sejak tanggal hasil penyelidikan diterima dan dinyatakan lengkap oleh penyidik. Jangka waktu penyidikan tersebut dapat diperpanjang oleh Ketua Pengadilan HAM apabila dianggap kurang oleh penyidik untuk menyelesaikan tugasnya untuk paling lama 90 (sembilan puluh hari) dan apabila setelah perpanjangan tersebut penyidik masih juga merasa membutuhkan waktu tambahan lagi untuk melakukan penyidikan, maka dapat diminta satu kali lagi pada Ketua Pengadilan HAM untuk waktu paling lama 60 (enam puluh) hari.

Apabila sampai batas waktu penyidikan yang diberikan oleh undang-undang dan penyidik belum juga dapat menemukan bukti yang kuat, maka penyidik wajib mengeluarkan Surat Penghentian Penyidikan dan penyidikan dapat dibuka kembali apabila ditemukan bukti yang kuat untuk dilakukannya penuntutan. (Pasal 22)

3. Penuntutan

Penuntutan perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat dilakukan oleh Jaksa Agung, yang dalam pelaksanaannya dapat dibentuk penuntut umum ad hoc yang terdiri dari unsur pemerintah dan atau

masyarakat yang memenuhi persyaratan yang ditentukan undang-undang, dan disumpah sebelum melaksanakan tugasnya (Pasal 23).

Jangka waktu penuntutan adalah 70 (tujuh puluh) hari terhitung sejak tanggal hasil penyidikan diterima. (Pasal 24).

Komisi Nasional Hak Asasi Manusia sewaktu-waktu dapat meminta keterangan secara tertulis kepada Jaksa Agung mengenai perkembangan penyidikan dan penuntutan perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat. (Pasal 25).

4. Pemeriksaan di Pengadilan

Pelanggaran hak asasi manusia yang berat diperiksa dan diputus oleh majelis hakim yang terdiri dari 5 (lima) orang hakim yang berasal dari hakim pengadilan ham sebanyak 2 (dua) orang dan hakim ad hoc sebanyak 3 (tiga) orang, yang diketuai oleh hakim dari Pengadilan HAM. (Pasal 27)

Hakim ad hoc diangkat dan diberhentikan oleh Presiden selaku Kepala Negara atas usul Ketua Mahkamah Agung untuk masa kerja 5 tahun dan dapat dipilih kembali satu kali masa jabatan. (Pasal 28).

Perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM dalam waktu paling lama 180 hari sejak perkara dilimpahkan ke Pengadilan Hak Asasi Manusia. Apabila dimohonkan banding, maka perkara tersebut akan diperiksa dan diputus dalam waktu paling lama 90 hari sejak perkara tersebut diterima oleh Pengadilan Tinggi. Jangka waktu tersebut sama dengan jangka waktu yang dimiliki Mahkamah Agung untuk memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi

manusia yang berat yang dimintakan kasasi kepadanya (Pasal 31-33).

Wolf Middendorf menyatakan bahwa keseluruhan efektivitas peradilan pidana tergantung pada tiga faktor yang saling berkaitan. Ketiga faktor yang dikemukakan ialah:

1. adanya undang-undang yang baik (*good legislation*);
2. pelaksanaan yang cepat dan pasti (*Quick and certain enforcement*); dan
3. pemidanaan yang layak atau sekedarnya dan seragam (*moderate and uniform sentencing*)¹²⁵

Bangsa Indonesia tentunya tidak menginginkan terulangnya proses-proses penegakan hukum dimasa lalu yang banyak sekali terjadi penyimpangan-penyimpangannya, terutama dimasa Orde Baru, yang menurut

Mohamad Mahfud M.D. ditandai oleh hal-hal sebagai berikut :

- Pembuatannya tidak partisipatif, tidak menyerap aspirasi masyarakat, serta tidak memberi peluang kepada lembaga peradilan untuk turut membangun hukum secara leluasa dan bebas. Lembaga peradilan dan seluruh prosesnya diintervensi oleh pemerintah ;
- Isinya bersifat politivist-instrumentalistik, membuat membenaran-pembenaran terhadap apa yang diinginkan atau lebih dilakukan oleh penguasa, akibat dari hal ini maka setiap tindakan pemerintah yang bersifat korup menjadi sulit diproses oleh hukum karena memang dilindungi oleh peraturan-peraturan yang membenarkan korup ;
- Lingkup isinya biasanya memberi peluang bagi pemerintah untuk melakukan penafsiran-penafsiran sendiri secara sepihak melalui atribusi dan delegasi kewenangan untuk membuat peraturan lanjutan, melalui atribusi dan delegasi kewenangan inilah kemudian pemerintah mengakumulasikan kekuasaannya secara terus menerus sehingga semakin lama semakin otoriter dan steril dari kekuatan kontrol dan kekuatan-kekuatan yang ada diluarnya ;
- Implementasinya lebih mengutamakan program dan kebijakan daripada peraturan (hukum) resmi, jika capaian target suatu program sulit dicapai karena adanya ketentuan hukum, maka dibuatlah kebijaksanaan yang menyimpang dari ketentuan hukum tersebut ;

¹²⁵ Barda Nawawi Arief, **Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara**, Op. cit, hal 50.

- Penegakannya mengutamakan perlindungan konstituensi pemerintah, sehingga banyak kasus hukum dibelokkan menjadi hanya suatu kesalahan prosedur yang bersifat wajar, jika upaya membelokkan kasus hukum menjadi kesalahan prosedur sulit dilakukan, maka dicarilah kambing hitam yang harus memikul tanggung jawab dari sebuah pelanggaran hukum yang sebenarnya tidak dilakukan. Ini semua dilakukan sebagai upaya perlindungan konstituensi pemerintah dengan dasar bahwa jika suatu perbuatan yang bersifat pelanggaran dilakukan oleh pejabat atau keluarganya sampai dijadikan kasus hukum dan dibawa pengadilan, maka pemerintah sebagai institusi akan terkena getah dan mengakibatkan kegoncangan, maka dibelokkanlah kasus hukum tersebut atau dicarikan kambing hitam pelakunya melalui kekuasaan yang dimiliki pemerintah.¹²⁶

Pengalaman proses penegakan hukum yang buruk selama Orde Baru diharapkan tidak perlu terjadi lagi, salah satunya dengan pembentukan perangkat perundang-undangan yang baik.

Lahirnya Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, mengalami proses yang panjang dalam hal pembentukannya, hal ini disebabkan pada rencana penegakan dari substansi, bukan pada materi / pidana materiil dari undang-undang tersebut, yaitu berkaitan erat dengan penerapan yang berlaku surut.

Kondisi tersebut diharapkan tidak terjadi untuk pelanggaran hak asasi manusia yang berat mengenai kejahatan perang, sebab dengan semakin cepat terbentuknya substansi hukum yang mengatur kejahatan perang tersebut semakin kecil resiko terulangnya kembali asas retroaktif yang justru melanggar hak asasi manusia.

¹²⁶ Mohamad Mahfud M.D, **Sistem Hukum dan Peradilan Nasional Serta Dampaknya Pada Penegakan Hukum dan Peradilan HAM**, Makalah pada Seminar Nasional tentang Penyelesaian Kasus-kasus Pelanggaran HAM dimasa lal, Antara Kebenaran dan Keadilan, Jakarta, 11 April 2000, hal. 7

BAB IV

PENUTUP

A. KESIMPULAN

1. Kebijakan Legislatif dalam Peratifikasian Sumber-Sumber Hukum Perang baik yang bersifat Internasional maupun Non Internasional (Protokol Tambahan I dan II Tahun 1977) di Indonesia.

1.1. Dasar Pertimbangan Dari Kebijakan Legislatif Untuk Menetapkan Tindak Pidana Dalam Kondisi Peperangan Baik Yang Bersifat Internasional Maupun Non Internasional (Protokol Tambahan I dan II Tahun 1977) Di Indonesia.

Bahwa yang menjadi tujuan Hukum Humaniter (hukum perang) yang dirumuskan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa adalah untuk melindungi orang yang tidak terlibat atau tidak lagi terlibat dalam suatu permusuhan (*hostilities*), seperti orang-orang yang terluka, yang terdampar dari kapal, tawanan perang, dan orang-orang sipil serta untuk membatasi akibat kekerasan dalam peperangan dalam rangka mencapai tujuan terjadinya konflik tersebut.

Suatu hal penting yang kurang mendapat perhatian yang bersifat antisipatif adalah menyangkut bagaimana proses penyelesaian pelanggaran-pelanggaran / tindak pidana yang terjadi dalam konflik bersenjata yang bersifat non internasional seperti yang terjadi di Aceh, sedangkan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tidak mengatur masalah *War Crime*.

Perkembangan terbentuknya *Mahkamah Permanen Pidana Internasional / ICC* yang mempunyai yurisdiksi atas kejahatan sebagaimana yang kemungkinan terjadi selama proses konflik bersenjata antara Pemerintah Indonesia dengan pihak Gerakan Aceh Merdeka, akan menjadi ancaman serius apabila kebijakan legislatif dalam menetapkan tindak pidana dalam kondisi peperangan tidak segera dilakukan.

1.2. Peratifikasian Sumber-Sumber Hukum Perang Yang Ada Di Indonesia Sebagai Wujud Penghormatan Terhadap Harkat dan Martabat Bangsa Yang Beradab.

Proses peratifikasian sumber-sumber hukum perang di Indonesia seakan mengalami stagnasi, apalagi bila dikaitkan dengan upaya peratifikasian Protokol Tambahan II Tahun 1977 tentang Konflik Bersenjata yang bersifat Non Internasional. Berbagai kekhawatiran muncul apabila Bangsa Indonesia meratifikasi protokol tersebut. Salah satu alasannya adalah kekhawatiran semakin memberi tempat yang luas bagi para pemberontak untuk menunjukkan eksistensinya, atau bahkan memicu tumbuh suburnya budaya pemberontakan yang dinilai sangat potensial di bumi Indonesia.

Apabila disuatu negara terjadi pemberontakan dan pemberontakan tersebut telah memecah belah persatuan nasional dan efektifitas pemerintahan maka keadaan ini menempatkan negara ketiga dalam keadaan yang sulit terutama dalam melindungi kepentingan negara mereka dinegara

tersebut. Dalam keadaan yang seperti ini dahulu sering melahirkan sistem pengakuan *belligerency*.

Kekhawatiran Pemerintah Indonesia yang berakibat pada keengganan untuk meratifikasi Protokol Tambahan II Tahun 1977, sebenarnya tidak cukup beralasan, sebab dalam Pasal 3 protokol tersebut secara jelas dikatakan bahwa protokol ini tidak dapat dipakai untuk mempengaruhi atau mengurangi kedaulatan suatu negara atau tanggung jawab pemerintah dengan segala jalan yang sah mempertahankan atau mengembalikan keamanan dan ketertiban atau untuk mempertahankan kesatuan nasional atau integritas suatu negara.

2. Perkembangan Upaya Kriminalisasi Kejahatan Perang (terutama Konflik Bersenjata yang bersifat Non Internasional / Protokol Tambahan II Tahun 1977) sebagai bagian dari Kebijakan Hukum Pidana di Indonesia.

2.1. Prospek / Peluang Guna Melakukan Upaya Kriminalisasi Kejahatan Perang Dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat Di Indonesia Sebagaimana Diatur Dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Tuntutan untuk melakukan upaya kriminalisasi kejahatan perang dalam hukum nasional dewasa ini menjadi suatu kebutuhan, sebab perkembangan dunia internasional yang mengatur masalah kejahatan perang berjalan dengan cepat dan radikal, dalam hal ini dapat dilihat dengan lahirnya Statuta Roma 17 Juli 1998 yang nantinya dapat mengambil alih

setiap perkara kejahatan yang dianggap serius apabila suatu negara tidak melakukan langkah-langkah dibidang penegakan hukum.

Karakteristik *International Criminal Court* (Statuta Roma 17 Juli 1998) bersifat komplementer terhadap yurisdiksi pengadilan nasional (*complementary to national criminal jurisdiction*). Hal ini nampak dari Statuta Roma 17 Juli 1998 yang mengatur bahwa *International Criminal Court* dapat mengadili (*admissible*) dalam hal negara yang bersangkutan tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*) untuk melakukan penyelidikan atau penuntutan dan yang pada akhirnya memutuskan untuk tidak menuntut (*decided not to prosecute*). *Unwillingness* merupakan refleksi dari kesan bahwa langkah-langkah ditingkat nasional ditujukan sebagai perisai (*shielding*) terhadap yurisdiksi *International Criminal Court* dan penundaan yang tidak beralasan (*unjustified delay*) serta tidak independen atau bersifat memihak (*not being conducted independently or impartiality*). Ketidakmampuan (*inability*) dikaitkan dengan kesan bahwa sistem peradilan nasional “*collapse or unavailability*” baik bersifat total maupun substansial (diatur dalam Pasal 1 dan 17 Statuta Roma 17 Juli 1998). Resiko terjadinya intervensi hukum internasional oleh pihak asing akan mudah terjadi apabila bangsa Indonesia tidak mempunyai perangkat hukum yang mengatur masalah kejahatan perang.

2.2. Bentuk Formulasi Tindak Pidana / Kejahatan Perang (Khususnya Non Internasional) Dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat Di Indonesia

Sebagaimana Diatur Dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Kejahatan Perang sebenarnya dapat dimasukkan kedalam salah satu yurisdiksi / kewenangan Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat, sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, yang substansinya mengadopsi ketentuan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 8 Statuta Roma 17 Juli 1997 tentang International Criminal Court, sehingga untuk pidana formalnya dapat langsung diterapkan seperti halnya kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

B. SARAN

1. Pemerintah Indonesia seyogyanya memberikan perhatian yang serius dalam upaya peratifikasian sumber-sumber hukum internasional yang berkaitan dengan kejahatan perang, terutama Protokol Tambahan I Tahun 1977 tentang Konflik Bersenjata yang bersifat Internasional dan Protokol Tambahan II Tahun 1977 tentang Konflik Bersenjata yang bersifat Non Internasional.
2. Penanganan yang dilakukan oleh Pemerintah Indonesia terhadap Gerakan Aceh Merdeka, yaitu dengan melakukan perundingan di Swedia sebenarnya sikap yang tidak memiliki landasan hukum yang jelas, sebab belum meratifikasi Protokol Tambahan II Tahun 1977, oleh karena itu perhatian terhadap sumber hukum tentang konflik bersenjata yang bersifat non internasional ditempatkan

dalam skala prioritas dalam kebijakan formulasi / legislatif di Indonesia.

3. Perlunya segera melakukan perubahan terhadap materi Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, dengan cara memasukan materi mengenai kejahatan perang sebagaimana yang diatur dalam Pasal 8 Statuta Roma 17 Juli 1998 tentang *International Criminal Court*. Hal tersebut perlu dilakukan dalam rangka menjaga kedaulatan hukum negara Indonesia dari hukum asing karena ketidakterseediaannya ketentuan hukum yang dapat ditegakkan oleh Indonesia dalam mengadili pelaku-pelaku Kejahatan Perang di Indonesia (terutama konflik bersenjata non internasional).
4. Meningkatkan profesionalitas dan integritas para penegak hukum, terutama yang menangani masalah pelanggaran HAM berat (termasuk didalamnya kejahatan perang), sehingga dapat terwujud suatu lembaga peradilan yang efektif dan dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat, yang pada akhirnya nanti meningkatkan harkat dan martabat bangsa Indonesia dimata dunia internasional.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Qadir, Audah, **Islamic System of Justice**, International Islamic Publisers, Karachi, 1987
- Ali, Ahmad, **Loyonya Penegakkan Hukum dan HAM**, Koran Tempo, Rabu, 30 Januari 2002.
- Atmasasmita, Romli, **Sistem Peradilan Pidana (Criminal Justice System)**, Bina Cipta, Bandung, 1996.
- , **Pengantar Hukum Pidana Internasional**, Refika Aditama, Bandung, Bandung, 2000.
- , **Latar Belakang Penyusunan Rancangan Undang-Undang Tentang Pengadilan Hak Asasi Masia Di Indonesia**, Makalah pada Seminar Naional Tentang Rancangan Undang-Undang Pengadilan Hak Asasi Manusia Di Indonesia, Jakarta, 16 Februari 2000.
- , **Karakteristik Tindak Pidana Dalam Statuta ICC Dan Dampak Pembentukan Pengadilan Pidana Internasional (ICC) Terhadap Perkembangan Hukum Pidana**, Makalah, Bandung, 16 Nopember 2002.
- Azzolini, Claudia, **Pelanggaran Terhadap Hukum Humaniter Internasional**, Makalah pada Penataran Dosen Hukum Humaniter se-Indonesia, Cipayung, Bogor, 15-19 April 1996
- Baehr, Peter, et al, **Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia**, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta 2001
- Chazawi, Adami, **Pelajaran Hukum Pidana Bagian II**, Rajawali, Jakarta, 2002
- Dahlan et al, **Implementasi Nasional Dibidang Hukum Humaniter Internasional**, Penelitian Hukum Humaniter Internasional, Jakarta, 2001
- Fadilah, Agus, **Bentuk - Bentuk Sengketa Bersenjata dan Hukum Humaniter, Suatu Perspektif**, Massma Sikumbang, Jakarta, 1997.
- Gindroz, Anne Sophie, **Hukum Humaniter Internasional dan Hak Asasi Manusia**, Makalah pada Penataran Dosen Hukum Humaniter se-Indonesia, Cipayung, Bogor, 15-19 April 1996
- Hambali, Ahmad et al, **Sakralisasi Ideologi Memakan Korban, Sebuah Laporan Investigati Kasus Tanjung Priok**, Kontras, Jakarta, 2001

Hamzah, Andi, **Sistem Peradilan Pidana Terpadu**, Makalah pada Seminar Dalam Rangka Hari Bhakti Adhyaksa, Jakarta, 17 Juli 2003

Hanafi, Ahmad, **Asas-Asas Hukum Pidana Islam**, Bulan Bintang, Jakarta, 1967

Hanitijo Soemitro, Ronny, **Metodologi Penelitian Hukum Dan Jurimentri**, Ghalia, Jakarta, 1988.

-----, **Metodologi Penelitian Hukum, Suplemen Bahan Kuliah**, Undip, Semarang, 2001

Harkrisnowo, Harkristuti, **Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat**. www.komisihukumnasional.go.id.

Hart, Harold D, Ed., **Punishment: For and Against**, Hart Publising Company, Inc., New York City

Haryomataram, GPH, **Sekelumit Tentang Hukum Humaniter**, UNS, Surakarta, 1994.

-----, **Keterkaitan Hukum Humaniter Internasional dengan Hukum HAM Internasional** Orasi Dies Natalis XXI UNS pada Sidang Senat Terbuka, 11 Maret 1997.

-----, **Pengantar Hukum Humaniter**, ICRC dan Trisakti, Jakarta, 2000.

-----, **Hukum Humaniter Mengalami Kemunduran**, Pikiran Rakyat, Bandung, 6 Oktober 2003

Haryono, Hary, **Ratifikasi Protokol I Konvensi Jenewa 1949, Dilihat dari Aspek Politik Luar Negeri**, Makalah dalam Semiloka Hukum Humaniter Internasional dan Pengadilan Pidana Internasional dimasa depan, Depkundang RI dan ICRC, Jakarta, 2000.

Istanto, Sugeng, **Penerapan Hukum Humaniter Internsional pada Orang Sipil dan Perlindungan Dalam Pertikaian Bersenjata**, Makalah pada Seminar Peranan Palang Merang Internasional dalam Pertikaian Bersenjata Non Internasional, Ujung Pandang, 12-13 Maret 1997

Kartono, Kartini, **Patologi Sosial**, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1999, hal 13-15.

Kusumaatmadja, Mochtar, **Konvensi Palang Merah 1949**, Binacipta, Bandung, 1968

Keijzer, Nico, **Legaliteitsbeginsel** Makalah Penataran Hukum Pidana, Kerjasama Indonesia-Belanda, Semarang, Agustus 1987

Liba, Mastra, **Pikiran, Pandangan Dan Pantauan Mengenai HAM Menuju Good Governance**, Yayasan Annisa, Jakarta 2002

Lopa, Baharudin, **Masalah-Masalah Politik Hukum Sosial Budaya dan Agama**, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2001.

Luqman, Loebby, **Asas Berlaku Surut Dalam Pengadilan Hak Asasi Manusia**, Makalah, Jakarta, 16 Februari 2000.

Mahendra, Oka, **Gugatan Dari Senayan, Tentang Pemilu, DPR, HAM, Kolusi dan Korupsi**, Manikgeni, Denpasar, 1996

Mahendra, Yusril Ihza, **Masalah-masalah Disekitar Pengadilan Hak Asasi Manusia**, Orasi pada Acara Wisuda Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 12 Februari 2000

Mahfud M.D, Muhamad, **Sistem Hukum dan Peradilan Nasional Serta Dampaknya Pada Penegakan Hukum dan Peradilan HAM**, Makalah pada Seminar Nasional tentang Penyelesaian Kasus-kasus Pelanggaran HAM dimasa lal, Antara Kebenaran dan Keadilan, Jakarta, 11 April 2000

Manan, Bagir, **Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Hak Asasi Manusia di Indonesia**, Alumni, Bandung, 2001

Martowirono, Suwardi, **Kepentingan Indonesia Meratifikasi Statuta Roma 1998**, Makalah pada Seminar Pembudayaan dan Pemasyarakatan Konvensi Jenewa 1949, Jakarta, 23 Juli 2002.

Mauna, Boer, **Hukum Internasional**, Alumni, Bandung, 2003

Moeljatno, **Perbuatan Pidana dan Pertanggung-Jawab dalam Hukum Pidana**, Pidato diucapkan Pada upacara Peringatan Dies Natalis ke-6 Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 19 Desember 1955

Muhammad, Abdullah, **81 Keputusan Hukum Rosulullah SAW**, Pustaka Azzam, Jakarta, 2000

Muladi dan Nawawi Arief Barda, **Bunga Rampai Hukum Pidana**, Alumni, Bandung, 1992.

-----, **Teori –Teori dan Kebijakan Hukum Pidana**, Alumni, Bandung, 1992

Muladi, **Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia Dimasa Mendatang**, Pidato Pengukuhan sebagai Guru Besar Hukum Pidana, Undip, Semarang, 24 Februari 1990.

-----, **Polisi, Hak Asasi Manusia Dan Globalisasi**, Makalah Seminar Nasional Polisi Indonesia II tentang Pertanggungjawaban Polisi, Pusat Studi Kepolisian, Fakultas Hukum Undip, Semarang, 15 Juli 1996

- , **Sosialisasi Rakyat Terlatih**, Pidato Sambutan, Undip, Semarang, 1996
- , **Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana**, Undip Pres, Semarang, 1997
- , **Suatu Analisis Tentang Peranan Formal Kekuasaan Kehakiman Termasuk Permasalahan Peradilan Terpadu**, Makalah, Semarang, 28 Agustus 2001
- , **Prospek Pengaturan Pengadilan Hak Asasi Manusia Di Indonesia**, Makalah pada Seminar Nasional Tentang Rancangan Undang-Undang Pengadilan Hak Asasi Manusia Di Indonesia, Jakarta, 2000
- , **Prinsip-Prinsip Pengadilan Pidana Bagi Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat di Era Demokrasi**, Makalah dalam Seminar Peradilan Hak Asasi Manusia, Unisula, Semarang, 2000
- Nawawi Arief, Barda, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, Citra Aditya Bhakti, 1996.
- , **Kebijakan Legislatif Dalam Menanggulangi Kejahatan Dengan Pidana Penjara**, Undip Press, Semarang, 1996
- , **Beberapa Catatan Terhadap Fenomena Kebijakan Formulasi Hukum Pidana Dalam Berbagai Produk Legislatif Di Indonesia**, Makalah Kuliah Umum di Sekolah Tinggi Hukum Militer, Jakarta, 20 September 2000
- , **Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan**, Universitas Diponegoro. Semarang, 2001
- , **Kajian Formulasi Kejahatan Perang Dalam Hukum Nasional Indonesia**, Makalah Dalam Seminar Nasional Memformulasikan Kejahatan Perang Dalam Perundang-undangan Nasional, Semarang, 22 Desember 2003
- Nyoman Serikat Putra Jaya, **Kapita Selekta Hukum Pidana**, Undip, Semarang, 2001
- Partogi, Edwin, et al, **Stagnasi HAM, Laporan Tahunan Kondisi HAM di Indonesia 2001**, Kontras, Jakarta, 2002.
- Prasetyo, Eko, **HAM Kejahatan Negara dan Imperialisme Modal**, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001
- Prodjodikoro, Wirjono, **Asas-asas Hukum Publik Internasional**, Pembimbing Masa, Jakarta, 1967
- Reksodiputro. Mardjono, **Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana**, Kumpulan Karangan Buku Kedua, Pusat Pelayanan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi), Universitas Indonesia, Jakarta, 1994

- Sadli, Saparinah, **Persepsi Sosial Mengenai Perilaku Menyimpang**, Bulan Bintang, Jakarta, 1976
- Saleh, Roeslan, **Beberapa Catatan Sekitar Perbuatan dan Kesalahan Dalam Hukum Pidana**, Aksara Baru, Jakarta, 1979
- , **Beberapa Asas-Asas Hukum Pidana dalam Perspektif**, Aksara Baru, Jakarta, 1981
- , **Pikiran-pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana**, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982
- , **Mengadili Sebagai Pergulatan Kemanusiaan**, Aksara, Jakarta, 1983
- , **Segi Lain Hukum Pidana**, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984
- , **Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana**, Aksara Baru, Jakarta, 1983
- Santosa, **Hukum Perang Dalam Hukum Islam**, Makalah, Pusat Studi Hukum Humaniter Trisakti, Jakarta 1997
- Sastroamidjojo, Ali, **Pengantar Hukum Internasional**, Bhatara, Jakarta, 1971
- Seorjono, Soekanto, **Pengantar Penelitian Hukum**, Jakarta; UI Press, Cetakan Pertama, 1980
- , **Dampak Hukum Terhadap Pola Perilaku Manusia**, Masalah-Masalah Hukum No. 5-6 tahun XII-1982.
- Sihombing, PLT, **Kejahatan Perang Dalam Statuta Roma 1998 Diperbandingkan Dengan Stb 1946 Dan Relevansi Dengan Penegakan Hukum Di Indonesia**, Makalah dalam Seminar Nasional Memformulasikan Kejahatan Perang dalam Perundang-undangan Nasional, Semarang, 22 Desember 2003
- Sinaga, Barita, **Varia Peradilan**, IX, 101, 1994
- Siregar, Lies, **Kemungkinan Memformulasikan Kejahatan Perang Ke Dalam Sistem Hukum Pidana Nasional Indonesia**, Makalah Dalam Seminar Nasional Memformulasikan Kejahatan Perang Dalam Perundang-undangan Nasional, Semarang, 22 Desember 2003
- Sudarto, **Hukum Pidana**, Jilid IA, Fakultas Hukum Undip, Semarang, 1975
- , **Kapita Selektta Hukum Pidana**, Alumni, Bandung, 1981
- , **Hukum dan Hukum Pidana**, Alumni, Bandung, 1986

- , **Hukum dan Perkembangan Masyarakat**, Sinar Baru, Bandung, 1987
- Sudjatmiko, Andrey, **Perlindungan Hak Asasi Manusia dalam Hukum Hak Asasi Manusia dan Hukum Humaniter Internasional**, Trisakti, Jakarta, 1996
- Susanto, I.S, **Kriminologi**, Universitas Diponegoro, Semarang, 1995
- Starke, J.G, **Pengantar Hukum Internasional (terjemahan)**, Justitia, Study Group, Bandung, 1986.
- , **Pengantar Hukum Internasional 2 (Terjemahan)**, Sinar Grafika, Jakarta 1992,
- Suryokusumo; Sumaryo, **Mungkinkah Peradilan Internasional Untuk Timtim Dibentuk**, Makalah Dalam Dialog Publik Pertanggungjawaban dan Peradilan atas Pelanggaran HAM, Jakarta, 11 Februari 2000.
- Syahmin, AK, **Hukum Internasional Humaniter Bagian I**, Armico, Bandung, 1985
- , **Hukum Internasional Humaniter Bagian II**, Armico, Bandung 1987
- Tasyrif, Yasin, **Hukum Humaniter**, Undip, Semarang, 1990
- Thiam Hien, Yap, **Negara, HAM dan Demokrasi**, YLBHI, Jakarta, 1997.
- United Nation, **Eighth United Nation Congress**, Dokumen A/CONF.144/L. 3
- Utrecht, E, **Hukum Pidana I**, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1986
- van Dijk, Pieter, **Hukum Internasional Mengenai Hak Asasi Manusia**, Yayasan Obor, Jakarta, 2001
- Wisnumurti, Nugroho, **Strategi Pemajuan dan Perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia di Indonesia, Rencana Aksi Nasional HAM Indonesia 1998 - 2003**, Makalah pada Lokakarya Nasional IV HAM, Komisi Nasional HAM, Deplu dan Australia Human Right and Equal Oppurtunity Commision, Hotel Radison, Jakarta, 1-3 Desember 1998
- Zainal Abidin, Andi, **Asas-Asas Hukum Pidana Bagian I**, Alumni, Bandung, 1987

Perundang-undangan

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Mulyatno, Bumi Aksara, Jakarta, 1996

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, tentang Hak Asasi Manusia, Departemen Kehakiman R.I, Jakarta, 2000

Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, Varia Peradilan, Ikahi, Jakarta, 2001

Rome Statute of The International Criminal Court, 17 Juli 1998, Atmasasmita, Romli, Pengantar Hukum Pidana Internasional, Refika Aditama, Bandung, 2000.

Statuta Roma 17 Juli 1998 tentang Pengadilan Kriminal Internasional, Romli Atmasasmita, Direktorat AHU Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia, Jakarta, 2001

The Geneva Conventions of August 12 th 1949, International Committee of Red Cross, Geneva

Konvensi Jenewa 1949, Atmasasmita, Romli, Direktorat AHU, Departemen Kehakiman dan HAM R.I, Jakarta, 2001

Protocols Additional To The Geneva Conventions of 12 August 1949, International Committee of Red Cross, Geneva, 1977

Protokol Tambahan I Tahun 1977 tentang Konflik Bersenjata yang Bersifat Internasional, Syahmin, AK, Hukum Internasional Humaniter Bagian I, Armico, Bandung, 1985

Protokol Tambahan II Tahun 1977 tentang Konflik Bersenjata yang Bersifat Non Internasional, Syahmin, AK, Hukum Internasional Humaniter Bagian I, Armico, Bandung, 1985

UPT-PISTAK JURID