

DISERTASI

**PERTANGGUNGJAWABAN KOMANDO (*COMMAND
RESPONSIBILITY*) DALAM PELANGGARAN HAM BERAT
(STUDI KASUS KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN
DI INDONESIA)**



**OLEH:
JOKO SETIYONO
NIM: B5A003012**

**PROGRAM PASCASARJANA DOKTOR ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG
2010**

Lembar Pengesahan Disertasi

**PERTANGGUNGJAWABAN KOMANDO (*COMMAND
RESPONSIBILITY*) DALAM PELANGGARAN HAM YANG BERAT
(STUDI KASUS KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN DI
INDONESIA)**

Oleh :

**Joko Setiyono
NIM: B5A003012**

Telah disetujui oleh :

Promotor :

Prof. Dr. Nyoman Serikat Putra Jaya, SH.MH.

Co-Promotor :

Prof. Dr. Hj. Moempoeni Moelatingsih Martojo, SH.

Semarang, Januari 2010

Mengetahui

Ketua Program Doktor Ilmu Hukum

Universitas Diponegoro Semarang

**Prof. Dr. Hj. Esmi Warassih Pujirahayu, SH.MS
NIP : 19511021 197603 2 001**

PERNYATAAN

Yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama : Joko Setiyono

NIM : B5A003012

Alamat : Jln. Plumbon II RT 10 RW 03 Wonosari, Ngaliyan, Semarang

Asal Instansi : Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang

Jln. Imam Bardjo, SH No. 1 Semarang

Dengan ini menyatakan bahwa :

1. Karya tulis saya, disertasi ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik (Doktor), baik di Universitas Diponegoro Semarang maupun di perguruan tinggi lain.
2. Karya tulis ini adalah murni gagasan, rumusan, dan penelitian saya sendiri, tanpa bantuan pihak lain, kecuali arahan Tim Promotor.
3. Dalam karya tulis ini tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain, kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan disebutkan nama pengarang dan judul buku aslinya dan dicantumkan dalam daftar pustaka.
4. Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila di kemudian hari terdapat penyimpangan dan ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi akademik berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh karena karya ini, serta sanksi lainnya sesuai dengan norma yang berlaku di perguruan tinggi ini.

Semarang, Januari 2010

Yang membuat pernyataan,

Joko Setiyono

NIM : B5A003012

ABSTRAK

Penegakkan hukum atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, tidak hanya merupakan urusan domestik dari suatu negara, namun telah menjadi *concern* “masyarakat internasional” untuk memutus mata rantai praktik *impunity*.

Permasalahan yang relevan untuk dikaji lebih lanjut dalam disertasi ini adalah (1). Urgensi pemerintah Indonesia membuat UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dalam pelanggaran HAM yang berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan; (2). Bagaimana penerapan prinsip pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada peradilan HAM di Indonesia pada khususnya maupun peradilan (HAM) internasional pada umumnya.

Penelitian dalam disertasi ini merupakan penelitian doktrinal, dengan menggunakan metode pendekatan yang bersifat yuridis normatif. Teknik pengumpulan data dilakukan melalui studi pustaka dan dokumenter terhadap bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder yang terkait dengan substansi disertasi. Setelah dilakukan proses identifikasi dan klasifikasi, dilakukan analisis kualitatif atas data-data tersebut.

Hasil penelitian dan pembahasan terhadap permasalahan pertama di atas, dapat disimpulkan bahwa pertanggungjawaban negara atas pelanggaran HAM berat sangat terkait dengan hak suatu negara untuk melaksanakan yurisdiksi dalam batas wilayahnya. Urgensi pemerintah membuat UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM antara lain adalah : sebagai antisipasi pembentukan peradilan internasional sebagaimana pernah dilakukan PBB di Yugoslavia maupun Rwanda; mengisi kekosongan peraturan hukum.

Hasil penelitian dan pembahasan permasalahan kedua, dapat disimpulkan bahwa di Indonesia, para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando telah diputus bebas dengan alasan para pelaku bukan bawahan para terdakwa; para terdakwa tidak mempunyai hubungan *hierarki* garis komando dan pengendalian yang efektif terhadap para pelaku yang bukan anak buah atau bawahannya.

Pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan telah dipraktikan oleh lembaga peradilan internasional, mulai dari *Nuremberg Trial* di Jerman, *Tokyo Tribunal* di Jepang, *ICTY* di Yugoslavia dan *ICTR* di Rwanda. Unsur pokok pertanggungjawaban komando adalah adanya hubungan subordinasi antara komandan atau atasan dengan bawahannya; adanya pengetahuan komandan atau atasan bahwa anak buahnya akan, sedang atau telah melakukan pelanggaran; komandan atau atasan dengan kekuasaan yang dimilikinya gagal melakukan pencegahan atau menghentikan atau menindak dan menyerahkan pelaku kepada yang berwajib.

Kata kunci : Tanggung Jawab Komando, Pelanggaran HAM berat, Peradilan HAM

ABSTRACT

The legal attempt enforcing law against the gross violation of human right based on the commander responsibility principle, is not only a domestic concern of a nation but it already became an international concern, in order to cut loose the chain impunity practice. The relevant problems to be further concern in this dissertation are : 1) The Indonesian Government urgency in enacted the Law number 26 year 2000 of The Human Rights Court, as the basic legal prosecution for any penal responsibility by commander or any superior officer for violating the human rights which become the gross violation of human rights; 2) the applied of the commander responsibility principle toward the human rights court in Indonesia and in international court.

This is a doctrinal research that use a legal normative approached. The data collection technique in this research is using secondary data (book and documentary study) toward primary legal data and secondary legal data which relevant to the dissertation substance. After those data has been identified and classified, they were being analyzed using qualitative method.

The first research result for the first problem is that the Indonesia Government has a power to enacted a law thus to enforce it by prosecute and put into trial anybody who violated the human rights, and this power goes with its sovereignty. One of the urgency to enacted the Law number 26 year 2000 of The Human Right Court as the ground to prosecuted military commander, chief police officer and any civilian leader with criminal responsibility in gross violation of human rights being done by their team member/depandant who were under the effective chain of command by the Indonesian Government is to anticipate the formation of International Criminal Tribunal For the Rwanda (1993) and International Criminal Tribunal for Yugoslavia (1994) by the United Nation Security Council and also to fulfill the legal loophole in human rights regulation in Indonesia.

The second research result for the first problem is a knowledge that all of those defendants who were charged for gross violation of human rights by commander responsibility principle, were awarded with a free sentence and those sentences were all binding by law. The argument for that sentences was because the defendants were not in superior position for those actors who done the gross violation of human rights, defendants did not have any hierarchy line of command and did not have any effective control for those who committed gross violation of human rights.

The main elements in commander responsibility theory that applied in gross violation of human rights court were based on the decision of International Military Tribunal Nuremberg in Germany and International Military Tribunal Tokyo in Japan, the International Criminal Tribunal for Rwanda and International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, that the action must showed similarity with elements such as : the subordination relationship between commander and his member or superior inferior relationship; there is an acknowledge by commander or superior for his members were, subject to, or already did an actual or constructive violation of human rights; the commander or the superior with all of his power were failed to hindered, stopped or punished and transferred the violators to the authorities.

Keywords : Commander Responsibility, Gross Violation of Human Rights, Human Rights Courts.

RINGKASAN

Penelitian disertasi ini dilatarbelakangi oleh adanya praktik internasional yang menunjukkan bahwa pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada konflik bersenjata baik yang bersifat internasional maupun *non* internasional pelakunya dapat dituntut berdasar prinsip pertanggungjawaban komando. Selain hal itu, penetapan oleh *the founding fathers* dalam konstitusinya bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) adalah negara hukum dan bukan sebagai negara yang berdasarkan atas suatu kekuasaan, tentunya membawa implikasi tidak satu pun institusi maupun personalnya kebal terhadap ketentuan hukum dan perundangan nasional maupun internasional yang berlaku, bila melakukan pelanggaran tindak pidana pada umumnya, termasuk didalamnya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan termasuk ke dalam jenis hak yang bersifat *non derogable rights*, yaitu hak-hak yang pemenuhannya bersifat *absolut* dan tidak dapat dikurangi dalam keadaan darurat sekalipun. Negara-negara yang melakukan pelanggaran terhadap hak-hak yang bersifat *non derogable rights* tersebut, akan mendapat kecaman sebagai negara yang telah melakukan pelanggaran HAM berat.

Hasil penyelidikan Komnas HAM menyimpulkan telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dalam peristiwa Aceh *pasca* pelaksanaan DOM, Tanjung Priok (1984), kerusuhan Mei (1998), Trisakti (1998), Semanggi I (1998) dan Semanggi II (1999), Timtim (1999), dan peristiwa Abepura, serta telah pula direkomendasikan agar para pelaku dituntut dan diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Namun demikian realitas menunjukkan bahwa hanya kasus Timtim, kasus Tanjung Priok, dan kasus Abepura yang para pelakunya dituntut dan diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando dalam Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Penegakkan hukum atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, tidak

hanya merupakan urusan domestik dari suatu negara, namun telah menjadi perhatian “masyarakat internasional” untuk memutus mata rantai praktik *impunity*. Oleh karena itu upaya menuntut pertanggungjawaban komando bagi para pelaku yang *nota bene* terdiri dari para komandan militer, atasan polisi, maupun atasan sipil lainnya atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, merupakan persoalan hukum yang tidak dapat dihindari dan menjadi dasar pemikiran dilakukan penelitian disertasi ini.

Berdasarkan latar belakang tersebut, permasalahan yang relevan untuk dikaji lebih lanjut dalam disertasi ini adalah : (1). urgensi pemerintah Indonesia membuat UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dalam pelanggaran HAM yang berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan; (2). penerapan prinsip pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada peradilan HAM di Indonesia pada khususnya maupun peradilan (HAM) internasional pada umumnya.

Hasil penelitian dan pembahasan terhadap permasalahan pertama dalam disertasi ini, menunjukkan bahwa pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang pelakunya dapat dituntut dan diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, merupakan bentuk tindak pidana yang bersifat luar biasa (*extraordinary crimes*) dan menjadi musuh bersama umat manusia (*hostis humanis generis*). Secara normatif upaya untuk menuntut dan mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, telah dilakukan *via* pembentukan Perpu No. 1 tahun 1999. Namun karena Perpu tersebut mendapat penolakan DPR-RI, selanjutnya pemerintah mengajukan RUU yang kini telah disetujui dan disahkan menjadi UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban pidana komandan militer, atasan polisi maupun sipil lainnya atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan anak buah atau bawahan yang berada dibawah komando atau kendali efektifnya.

Urgensi pemerintah membuat UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, antara lain adalah : (a). sebagai antisipasi pembentukan peradilan (HAM) internasional sebagaimana dilakukan DK-PBB di Yugoslavia dan di Rwanda; (b). perlindungan hukum atas pelanggaran HAM berat; (c). memutus mata rantai praktik *impunity* atas pelanggaran HAM berat; (d). untuk menjawab persoalan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang bersifat *recurrent* maupun yang muncul sebagai *burning issues* yang dihadapi Indonesia; dan (e). sebagai upaya mengisi kekosongan peraturan hukum.

Upaya pemerintah Indonesia membuat aturan hukum yang akan dipergunakan sebagai sarana untuk menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat menyiratkan tentang adanya pengakuan telah terjadi pelanggaran tersebut dalam batas wilayah kedaulatannya. Berdasarkan kedaulatannya, negara Indonesia mempunyai kekuasaan untuk menetapkan hukum sekaligus menegakkannya dengan cara mengadili para pelakunya. Mengingat negara merupakan suatu *entitas* yang tidak dapat dipidana, maka pertanggungjawaban negara Indonesia secara internasional atas tindakan atau perbuatan yang melanggar Hukum Internasional, yang dalam hal ini adalah pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, antara lain dilakukan dengan cara mengadili para pelakunya berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando sebagaimana telah diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Hasil penelitian dan pembahasan penerapan prinsip pertanggungjawaban komando menunjukkan bahwa pembentukan pengadilan HAM di Indonesia, tidak terlepas dari adanya Resolusi DK-PBB No. 1264. Resolusi tersebut meminta pada pemerintah Indonesia untuk segera mengadakan pengusutan dan mengadili pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim *pasca* jajak pendapat. Penuntutan pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi sebelum berlakunya UU No. 26 tahun 2000 dilakukan *via* pengadilan

HAM *ad hoc* yang pembentukannya didasarkan Keppres atas usul DPR sedangkan yang terjadi sesudah berlakunya UU No. 26 tahun 2000 akan diadili oleh pengadilan HAM permanen.

Pembentukan pengadilan HAM *ad hoc* termasuk didalamnya pengangkatan Hakim dan Jaksa yang bersifat *ad hoc* pada peradilan tingkat pertama (PN) hingga tingkat kasasi (MA) yang digunakan sebagai sarana menuntut dan mengadili pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando dalam Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, merupakan bentuk pertanggungjawaban negara Indonesia secara internasional. Selain itu pembentukan lembaga beserta para personilnya menunjukkan adanya penggunaan teori *Monisme Primat* HN. Hal tersebut tampak dari dasar hukum pembentukan yang tidak mendasarkan pada ketentuan HI akan tetapi pada ketentuan HN Indonesia, misalnya pembentukan pengadilan HAM *ad hoc* kasus Timtim dan Tanjung Priok berdasarkan Keppres No. 53 tahun 2001 *yunto* Keppres No. 96 tahun 2001, dan Pengadilan HAM kasus Abepura dengan UU No. 26 tahun 2000.

Di Indonesia, para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan kasus Timtim (1999), Tanjung Priok (1984) maupun kasus Abepura (2000) yang dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban telah diputus bebas dan telah berkekuatan hukum tetap, dengan alasan para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan bukan bawahan para terdakwa; para terdakwa tidak mempunyai hubungan hierarki garis komando dan pengendalian yang efektif terhadap para pelaku yang *nota bene* bukan anak buah atau bawahannya sehingga tidak dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000.

Secara internasional upaya menuntut pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan atas pelanggaran HAM berat setidaknya telah dipraktikkan dalam lembaga peradilan (HAM) *ad hoc pasca* Perang Dunia II hingga *pasca* Perang Dingin. Selain peradilan internasional *ad hoc* di atas, upaya menuntut pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dilakukan *via* pembentukan

Hybrid Tribunal yang bersifat *ad hoc* di Kamboja, Timor Leste maupun Sira Leone, serta *ICC* sebagai peradilan internasional yang bersifat permanen. Hal demikian dilihat dari teori Hubungan HI dan HN, menunjukkan adanya penggunaan teori *Monisme Primat HI*. Penggunaan teori *Monisme Primat HI* tampak dari instrumen hukum yang dijadikan sebagai dasar pendirian lembaga peradilan tersebut di atas. Instrumen HI yang dipergunakan sebagai dasar hukum pendirian *IMTN* maupun *IMTT* sebagai lembaga peradilan (HAM) internasional *ad hoc* adalah *London Agreement* tahun 1945, *ICTR* dan *ICTY* yang juga merupakan peradilan internasional *ad hoc* adalah Resolusi DK-PBB, serta pendirian *ICC* berdasarkan Statuta Roma 1998. Berbeda halnya dengan pendirian pengadilan HAM Indonesia yang mendasarkan pada UU No. 26 tahun 2000 maupun Keppres sebagai dasar hukum pembentukan pengadilan HAM *ad hoc*, menurut hemat penulis memcerminkan adanya penggunaan teori *Monisme Primat HN*. Penggunaan teori *Monisme Primat HN* ini menunjukkan bahwa ketentuan HN suatu negara lebih diutamakan dan dengan demikian tentunya mempunyai kedudukan yang lebih tinggi dari pada ketentuan HI.

Unsur pokok pertanggungjawaban komando yang secara umum telah diterapkan peradilan di atas antara lain adalah : (a). adanya hubungan subordinasi antara komandan atau atasan dengan bawahannya; (b). adanya pengetahuan komandan atau atasan bahwa anak buahnya akan, sedang atau telah melakukan pelanggaran secara aktual ataupun secara konstruktif; (c). komandan atau atasan dengan kekuasaan yang dimilikinya gagal melakukan pencegahan atau menghentikan atau menindak dan menyerahkan pelaku pelanggaran kepada yang berwajib.

SUMMARY

The background of this dissertation is international practices in gross violation of human rights especially in crime against humanity in armed conflict both internationally and non internationally that the actor of the violation could be charged by principle of commander responsibility. The Founding Fathers of this Republic (The Unitary State of The Republic of Indonesia) stated that this country is a law based country (*rechtstaat*) and not authoritarians country (*machtstaat*), which means that there is no impunity to both institution and person toward national law and international treaty for general criminal violation including gross violation of human rights categorized crime against humanity.

The gross violation of human rights constituted *non derogable* rights that is an absolute rights and *non derogable* in any other conditions. State which violates the right will be sentenced as a state with gross violation of human rights. The Indonesian National Commission of Human Rights (Komnas HAM) had concluded that there had been a gross violation of human rights in several cases such as The Aceh Incident (Post DOM Action), The Tanjung Priok Incident (1984), the May Riot (1998), the Trisakti Incident (1998), the Semanggi Incident I (1998) and the Semanggi II Incident (1999), the East Timor Incident (1999) and the Abepura Incident (2000). The Commission then recommended those actors to be prosecuted and charged by the commander responsibility principle. In reality, it showed only the East Timor Incident , the Tanjung Priok Incident and the Abepura Incident that the actors had been prosecuted and charged by the commander responsibility principle based on article 42 of the Law number 26 year 2000 of The Human Right Court (UU no 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM).

The legal attempt enforcing law against the gross violation of human right based on the commander responsibility principle, is not only a domestic concern of a nation but it already became an international concern, in order to cut loose the chain impunity practice. The effort to prosecuted and to put on trial for military leaders, the chief of police officers and other civilian leaders, for the gross

violation of human rights in Indonesia is a very serious legal problem which can not be pull to be aside and is the main concern in this dissertation.

Based on those views, the relevant problems to be further concern in this dissertation are : 1) The Indonesian Government urgency in enacted the Law number 26 year 2000 of The Human Rights Court, as the basic legal prosecution for any penal responsibility by commander or any superior officer for violating the human rights which become the gross violation of human rights; 2) the applied of the commander responsibility principle toward the human rights court in Indonesia and in international court.

This dissertation research study showed for the first problem, that in the gross violation of human rights, the defendant could be prosecuted and charged by the commander responsibility principle, the action will be held as the extra ordinary crimes and the actors will be held as the enemy of the human being (*hostis humanis generis*). Normatively, the effort to prosecute and to trial those who committed with gross violation of human rights in Indonesia had been done by the enactment of Government Regulation number 1 year 1999, but since that regulation had been overruled by Indonesian Parliament, the Indonesian Government then passed a legal draft which been ruled and validated as the Law number 26 year 2000 of The Human Right Court. The law is the main law to prosecuted military commander, chief police officer and any civilian leader with criminal responsibility in gross violation of human rights being done by their team member / dependant who were under the effective chain of command.

The urgency to enacted the Law number 26 year 2000 of The Human Right Court as the ground to prosecuted military commander, chief police officer and any civilian leader with criminal responsibility in gross violation of human rights being done by their team member / dependant who were under the effective chain of command by the Indonesian Government are : a) to anticipate the formation of International Criminal Tribunal For the Rwanda (1993) and International Criminal Tribunal for Yugoslavia (1994) by the United Nation Security Council. ; b) legal protection for those who become victims of gross violation of human rights; c) to cut loose the impunity practices in gross violation

of human rights; d) to answered any problems occurred by gross violation of human rights toward humanity will it become a recurrent issues or burning issues facing by Indonesian Government and e) to fulfill the legal loophole in human rights regulation in Indonesia.

To acknowledge that there were a gross violation against human rights in its jurisdiction is a starting point for Indonesian Government to established law that will be used to prosecute responsible commander on gross violation against human rights. By its sovereignty, Indonesia has a power to enacted a law thus to enforce it by prosecute and put into trial anybody who violated the human rights. As a legal entity, a country cannot be prosecuted and put into trial, so the Republic of Indonesia international responsibility for any action which violated the international treaty, such as the gross violation of human right, is being done by put into trial any subject who violated the human rights by using the commander responsibility principle, as ruled by the Law number 26 year 2000 of Human Right Court.

This research showed that The Security Council of United Nations Resolution number 1264 was the basic regulation for the establishment of human right court in Indonesia to enacted the commander responsibility for gross violation in human rights. That resolution ordered Indonesia Government to investigate, prosecute and put into trial those who committed in gross violation of human rights in East Timor post referendum incident. Any gross violation of human rights action prior to the enactment of the Law number 26 year 2000 will be prosecuted and charged by Ad Hoc Human Rights Courts, which established by Presidential Decree which is proposed by the Parlement and for any gross violation of human rights action post to the enactment of the Law number 26 year 2000 will be prosecuted and charged by permanent Human Rights Courts.

To prosecute and to put into trial any subject who committed in gross violation of human rights based on commander responsibility principle as ruled by Law number 26 year 2000 of Human Rights Court, had been done by establishment of The Human Right Ad Hoc Court including the appointment of Ad Hoc Prosecutors and Ad Hoc Judges from trial court to Supreme court, this

action showed that Indonesian Government responsibility to the international society. On the other hand the establishment of the institution and its personnel also showed the implementation of *monism primate* theory of national law, as the enactment of a law was not based on international law principle but on national law principle. For example the establishment of Ad Hoc Human Rights Court on East Timor Incident and Tanjung Priok Incident was based on Presidential Decree number 53 year 2001 *juncto* Presidential Decree number 96 year 2001 also the establishment of Ad Hoc Human Rights Court on Abepura Incident was based on Law number 26 year 2000.

All of those in defendants in East Timor Incident (1999), Tanjung Priok Incident (1984) and Abepura Incident (2000) who were charged for gross violation of human rights by commander responsibility principle, were awarded with a free sentence and those sentences were all binding by law. The argument for that sentences was because the defendants were not in superior position for those actors who done the gross violation of human rights, defendants did not have any hierarchy line of command and did not have any effective control for those who committed gross violation of human rights. It can be told that those actors were not the commander's member of group nor his inferior so that the commander can not be held responsible for those action based on article 42 Law number 26 year 2000.

In international practice, the commander responsibility principle for gross violation of human rights had been applied on Ad Hoc Human Rights Court since post World War II trough post Cold War. Besides that ad hoc court, the prosecution using commander responsibility principle had been applied by the formation of Ad Hoc Hybrid Tribunal in Cambodia, East Timor, Sierra Leone and in establishment of the ICC as a permanent international tribunal.

The relation of national law and international law were shown in the application of international law's "*Monism Primate Theory*". This theory will discussed which law were act as the basic legal instrument for the establishment of the national court to execute the violators of human rights. The establishment of International Military Tribunal Nuremberg and International Military Tribunal

Tokyo as international ad hoc court was based on London Agreement 1945. The establishment of International Criminal Tribunal for Rwanda and International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia as the international ad hoc court was based on United Nations Security Council resolution. The establishment of International Criminal Court was based on the Rome Statute 1998.

On the other side, the establishment of Indonesian human right court was based on Law number 26 year 2000 and the establishment of Indonesian ad hoc human right court was based on Presidential Decree. It showed the application of *Monism Primate Theory* on national law. The national law has a superior position than international law.

The main elements in commander responsibility theory that applied in gross violation of human rights court were : a) the subordination relationship between commander and his member or superior inferior relationship; b) there is an acknowledge by commander or superior for his members were, subject to, or already did an actual or constructive violation of human rights; c) the commander or the superior with all of his power were failed to hindered, stopped or punished and transferred the violators to the authorities.

KATA PENGANTAR

Segala puji syukur penulis panjatkan kehadiran Allah SWT, karena atas limpahan Rachmad, Taufik, Hidayah serta Inayah-Nya maka disertasi yang berjudul "Pertanggungjawaban Komando (*Command Responsibility*) Dalam Pelanggaran HAM Berat (Studi Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia)" dapat terselesaikan. Namun demikian secara jujur penulis akui dan sadari masih banyak terdapat kekurangan di sana-sini, baik dari segi substansi keilmuan hukum maupun dari segi penulisan suatu karya ilmiah.

Penyusunan disertasi ini tidak dapat dilepaskan dari bantuan berbagai pihak, baik materiil maupun sprirituil kepada penulis. Oleh karena itu pada kesempatan yang baik ini, perkenankan penulis menghaturkan ucapan rasa terima kasih yang tak terhingga disertai pemberian penghargaan yang setinggi-tingginya kepada yang terhormat :

1. Bapak Prof. Dr. dr. Susilo Wibowo, M.S., Med, Sp. And selaku Rektor maupun Ketua Senat dan Bapak Prof. Dr. Ir. Sunarso, MS selaku Sekretaris Senat Undip Semarang dalam pelaksanaan ujian terbuka Program Doktor Ilmu Hukum atas nama penulis.
2. Bapak Prof. Dr. Arif Hidayat, SH. MS selaku Dekan Fakultas Hukum Undip yang telah banyak mengarahkan dan memotivasi penulis dalam menyelesaikan *study* S3 pada Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang.
3. Bapak Prof. Dr. H. Yos Johan Utama, SH.MHum selaku Pembantu Dekan I pada Fakultas Hukum Undip Semarang, yang senantiasa memacu dan

memberikan berbagai motivasi pembangkit pada penulis untuk segera menyelesaikan studi program doktor tersebut.

4. Bapak H. Nur Raharjo, SH.MHum selaku Pembantu Dekan II Fakultas Hukum Undip Semarang yang dalam perkembangannya telah digantikan Bapak Untung Dwi Hananto, SH.MHum, yang telah berkenan membantu memfasilitasi proses pencairan dana bantuan dari Fakultas Hukum Undip sebesar Rp. 18.000.000 (Delapan Belas Juta Rupiah).
5. Bapak Dadang Siswanto, SH.Mum selaku Pembantu Dekan III Fakultas Hukum Undip, yang telah berkenan meluangkan waktunya bagi penulis untuk melakukan berbagai diskusi terkait dengan substansi disertasi yang penulis angkat.
6. Bapak Leo Tukan Leonard, SH.MA selaku Pembantu Dekan IV Fakultas Hukum Undip, yang juga senantiasa menanyakan perkembangan penulisan disertasi dan tahapan ujian yang telah penulis tempuh di Program Doktor Ilmu Hukum.
7. Bapak Prof. Drs. Y Warella, MPA, Ph.D. selaku Direktur Program Pascasarjana Universitas Diponegoro Semarang, atas kearifan dan kebijaksanaannya bagi penulis dalam menyelesaikan maupun pelaksanaan ujian kelayakan, tertutup maupun terbuka terhadap disertasi ini.
8. Ibu Prof. Dr. Ir. Umiyati Atmomarsono, selaku Pembantu Direktur I Program Pascasarjana Universitas Diponegoro Semarang, atas kearifan dan kebijaksanaannya bagi penulis dalam menyelesaikan maupun pelaksanaan ujian kelayakan, maupun ujian tertutup terhadap disertasi ini.

9. Ibu Prof. Dr. Hj. Esmi Warrasih Pujirahayu, SH. MS. selaku Ketua Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, atas kearifan dan kebijaksanaannya bagi penulis dalam menyelesaikan disertasi.
10. Ibu Dr. Nanik Trihastuti, SH.MHum selaku Sekretaris I Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, atas segala bantuan dan motivasinya bagi penulis untuk segera menyelesaikan disertasi.
11. Bapak Prof. Dr. FX. Adji Samekto, SH.MHum, selaku Sekretaris II Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, atas segala bantuannya bagi penulis dalam menyelesaikan disertasi.
12. Seluruh Staf Pengajar Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang yang tak mungkin penulis disebutkan satu persatu, atas kebaikan dan ketulusannya dalam *mentransfer* ilmu pengetahuan yang dimiliki, sehingga dapat membuka, mengasah dan menambah wawasan/wacana/cakrawala penulis dalam bidang keilmuan hukum.
13. Bapak Prof. Dr. Nyoman Serikat Putra Jaya, SH, MH selaku Promotor dan Ibu Prof. Dr. Mumpuni Moelatingsih, SH selaku Co Promotor yang telah banyak memberikan *kontribusi* pemikirannya kepada penulis dalam penyelesaian naskah disertasi ini.

14. Seluruh Staf Administrasi, Keuangan, dan Perpustakaan yang berada di lingkungan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro yang telah banyak membantu kelancaran penulis dalam menyelesaikan disertasi ini.
15. Seluruh rekan Dosen Fakultas Hukum di lingkungan Universitas Diponegoro Semarang yang telah banyak memberikan dorongan moral, motivasi, sehingga penulis dapat menyelesaikan disertasi ini.
16. Seluruh rekan mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum angkatan 2003, baik yang telah lebih dahulu lulus maupun yang saat ini juga sedang berjuang untuk menyelesaikan *studynya* atas kekompakan, kebersamaan serta keterjalinan rasa kekeluargaan kepada penulis.
17. Bapak Dalimin BW (almarhum) dan Ibu Sri Hardiyani (almarhum) orang tua kandung penulis yang telah mendidik dan membesarkan penulis dengan tulus dan ikhlas.
18. Romlah, AMK istri tercinta, Anisa Rachma Sari, dan Mohammad Faisal Febriandyono putra tersayang, atas segala doanya demi kelancaran penulis dalam menyelesaikan studi di Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum universitas Diponego Semarang.
19. Semua pihak yang tak mungkin penulis sebutkan satu persatu atas segala bantuannya dan doanya sehingga penyusunan disertasi ini dapat terselesaikan.

Penulis menyadari bahwa disertasi ini masih jauh dari sempurna mengingat keterbatasan ilmu pengetahuan yang ada pada diri penulis. Oleh karena itu, kritik maupun saran *konstruktif* dari pembaca yang budiman sangat berarti bagi penulis dalam menyempurnakan disertasi ini. Sebagai penutup, penulis

berharap semoga disertasi ini dapat memberikan manfaat kepada kita sekalian.

Amin.

Semarang, Januari 2010

Penulis

Joko Setiyono

DAFTAR ISTILAH (GLOSARIUM)

Command Responsibility adalah merupakan bentuk pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan terhadap tindak pidana pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan anak buah atau bawahannya yang berada di bawah komando atau kendali efektifnya.

Common Articles adalah ketentuan-ketentuan yang bersamaan pengaturannya dalam Konvensi Jenewa tahun 1949 maupun Protokol Tambahan tahun 1977, misalnya pengaturan tentang berlakunya, pengaturan tentang larangan melakukan reprisal, ketentuan tentang pengawasan, dan lain sebagainya.

Complomentery Principle adalah merupakan suatu prinsip pelengkap, dimana *International Criminal Court* dalam menangani perkara pelanggaran HAM yang berat lebih mengutamakan terlebih dahulu penerapan peradilan nasional suatu negara.

Extraordinary Crimes adalah : istilah yang dipergunakan untuk menyebut suatu kejahatan internasional sebagai suatu kejahatan yang bersifat luar biasa dampaknya bagi umat manusia sehingga perlu dilakukan penanganan yang bersifat luar biasa pula. Kebalikan dari *extraordinary crimes* tersebut adalah *ordinary crimes* sebagai suatu kejahatan biasa, yang di Indonesia sebagaimana diatur dalam KUHP.

Hostis Humanis Generis adalah istilah dalam hukum internasional yang dipergunakan untuk menyebutkan bahwa suatu kejahatan tertentu telah dinyatakan sebagai musuh bersama umat manusia, misalnya kejahatan perbudakan, pembajakan di laut, pelanggaran HAM yang berat.

Impunity adalah suatu bentuk upaya dari rezim penguasa untuk tidak menghukum pelaku kejahatan tanpa ada alasan yuridis yang memadai atau pelaku kejahatan tidak pernah tersentuh hukum yang berlaku.

Islah adalah merupakan upaya damai yang dilakukan oleh mereka yang diduga merupakan para pelaku pelanggaran HAM yang berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada peristiwa Tanjung Priok 12 September 1984

dengan pihak korban atau pun keluarga atau ahli warisnya dengan pemberian ganti rugi sesuai kesepakatan kedua belah pihak.

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 HI;
- 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 yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut HI;
- i). penghilangan orang secara paksa; dan
- j). kejahatan *apartheid*.

Liability adalah merupakan suatu istilah yang lebih menunjuk pada norma pertanggungjawaban menurut Hukum Perdata yang diwujudkan antara lain, dengan pemberian ganti rugi berupa uang atau bentuk lainnya

Monisme Primat Hukum Nasional adalah ketentuan peraturan perundangan nasional suatu negara lebih diutamakan penggunaannya dalam penanganan terhadap suatu permasalahan tertentu dari pada ketentuan yang bersumber dari hukum internasional. Dengan demikian maka kedudukan hukum nasional suatu negara lebih *superior* dari pada hukum internasional.

Monisme Primat Hukum Internasional adalah sebagai kebalikan dari *monisme primat* hukum nasional, dimana ketentuan hukum internasional lebih diutamakan penggunaannya dalam penanganan terhadap suatu permasalahan tertentu dari pada ketentuan yang hukum nasional suatu negara.

Non Derogable Rights adalah merupakan hak yang pemenuhannya tidak dapat ditunda oleh suatu negara, sekali pun negara dalam keadaan darurat.

Pengadilan HAM Ad Hoc adalah pengadilan khusus yang berada di bawah lingkungan peradilan umum yang dibentuk oleh pemerintah Indonesia untuk menuntut dan mengadili para pelaku pelanggaran HAM yang berat sebagaimana diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Retro aktif adalah asas yang menyatakan bahwa ketentuan hukum dapat diberlakukan surut pada pelaku tindak pidana. Praktik internasional penerapan asas ini baru terbatas pada tindak pidana pelanggaran HAM yang berat sebagaimana terlihat dalam *IMTN, ICTR dan ICTY*.

Responsibility adalah merupakan suatu istilah yang lebih menunjuk pada norma pertanggungjawaban negara menurut HI dalam arti luas, yang dapat diwujudkan dalam bentuk permintaan maaf, pemberian ganti rugi, dan mengadili para pelakunya.

Victor Justice adalah merupakan penyebutan istilah bagi negara-negara sekutu sebagai negara pemenang perang yang membentuk peradilan internasional *ad hoc* sebagai sarana untuk mengadili para penjahat Perang Dunia II bala tentara Jerman maupun Jepang.

Unwillingness adalah dalam hal ini tidak hanya berarti bahwa negara tidak mau sama sekali untuk mengadili pelaku pelanggaran HAM yang berat dinegaranya, tetapi termasuk didalamnya bila suatu negara *via* pengadilan (HAM) nasionalnya telah mengadili para pelaku namun dalam kenyataannya terdapat pengingkaran berupa :

- a. langkah-langkah hukum sudah atau sedang dilakukan atau keputusan nasional diambil untuk tujuan melindungi orang yang bersangkutan dari tanggung jawab pidananya;

- b. adanya suatu penangguhan yang tidak dapat dibenarkan dalam langkah-langkah hukum yang dalam keadaan tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan pengadilan;
- c. langkah-langkah hukum dulu atau sekarang tidak dilakukan secara mandiri atau tidak memihak.

Unable adalah manakala pengadilan nasional suatu negara telah mengalami keruntuhan seluruhnya atau sebagian besar dari sistem pengadilan nasional, atau negara tersebut tidak mampu menghadirkan terdakwa, barang bukti atau para saksi ke depan sidang pengadilan

Pelanggaran HAM yang berat adalah pelanggaran HAM sebagaimana dimaksud dalam UU No. 26 tahun 2000, yang meliputi kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. (Pasal 1 butir 2 yunto Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM)

Penyelidikan menurut adalah merupakan serangkaian tindakan penyelidik untuk mencari dan menemukan ada tidaknya suatu peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM yang berat guna ditindaklanjuti dengan penyidikan sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam undang-undang ini. Pasal 1 angka 5 UU No. 26 tahun 2000

Yurisdiksi adalah kemampuan dari suatu negara untuk membuat hukum dan kemampuan untuk memaksa agar hukum yang dibuat tersebut mampu untuk ditegakan.

DAFTAR SINGKATAN

AKBP	= Adjun Komisaris Besar Polisi
BKO	= Bawah Komando Operasi
BRIGJEN	= Brigadir Jenderal
BABINSA	= Bintara Pembina Masyarakat
CAH	= Crimes Against Humanity
CIET	= Commission of Inquiry on East Timor
CAT	= Convention Against Torture
DANDIM	= Komandan Distrik Militer
DANRAMIL	= Komandan Rayon Militer
DOM	= Daerah Operasi Militer
DPR-RI	= Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia
DOM	= Daerah Operasi Militer
DK-PBB	= Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa
GPK	= Gerakan Pengacau Keamanan
GAM	= Gerakan Aceh Merdeka
G 30 S PKI	= Gerakan 30 September Partai Komunis Indonesia
HAM	= Hak Asasi Manusia
HI	= Hukum Internasional
HN	= Hukum Nasional
HHI	= Hukum Humaniter Internasional
ICC	= International Criminal Court
IMTN	= International Military Tribunal Nuremberg (1946)
IMTT	= International Military Tokyo Tribunal (1948)
ICTY	= International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia (1993)
ICTR	= International Criminal Tribunal For Rwanda (1994)
ICESCR	= International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICCPR	= International Covenant on Civil and Politic Rights
IMFTE	= International Military Tribunal For The Far East
ILC	= International Law Commission
ICJ	= International Court of Justice
ICT	= International Criminal Tribunal
INTERFET	= International Forces for East Timor
KAMRA	= Keamanan Rakyat
KAPOLDA	= Kepala Kepolisian Daerah
KOL.ART	= Kolonel Arteleri
KUHP	= Kitab Undang-Undang Hukum Pidana
KKR	= Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi
KDM	= Kewajiban Dasar Manusia
KAM	= Kewajiban Asasi Manusia
KOMNAS	= Komisi Nasional (Hak Asasi Manusia)
KEPPRES	= Keputusan Presiden
KUHAP	= Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana
KPP-HAM	= Komisi Penyelidik Pelanggaran Hak Asasi Manusia

KORAMIL	= Komando Rayon Militer
KODIM	= Komando Distrik Militer
LETKOL	= Letnan Kolonel
MI	= Mahkamah Internasional
MKI	= Mahkamah Kejahatan Internasional
MPI	= Mahkamah Pidana Internasional
MAYJEN	= Mayor Jenderal
MU-PBB	= Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa
NKRI	= Negara Kesatuan Republik Indonesia
ORBA	= Orde Baru
POLRI	= Polisi Republik Indonesia
PBB	= Perserikatan Bangsa-Bangsa
PERPU	= Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
POLRES	= Polisi Resort
PASI OPS	= Perwira Seksi Operasi
PTN	= Perguruan Tinggi Negeri
PTS	= Perguruan Tinggi Swasta
PN	= Pengadilan Negeri
PT	= Pengadilan Tinggi
PD	= Perang Dunia
MA	= Mahkamah Agung
MK	= Mahkamah Konstitusi
RUU	= Rancangan Undang-Undang
RSPAD	= Rumah Sakit Pusat Angkatan Darat
RTM	= Rumah Tahanan Militer
SP3	= Surat Perintah Penghentian Penyidikan
SK	= Surat Keputusan
SERDA	= Sersan Dua
TIMTIM	= Timor-Timur
TAM	= Tanggungjawasn Asasi Manusia
TNI	= Tentara Nasional Indonesia
TPU	= Tempat Pemakaman Umum
TAP MPR	= Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
UU	= Undang-Undang
UDHR	= Universal Declaration of Human Rights
UUD	= Undang-Undang Dasar
WANRA	= Perlawanan Rakyat

DAFTAR INDEKS

A

A. Masyhur Effendi, 43
A. Yani Wahid, 298
Abdul Hakim Garuda Nusantara, 132, 174
Abdussalam, 12, 155
Ali Sastroamidjojo, 14
Alina Kaczorowska, 128, 154
Andi Hamzah, 10
Andrey Sujatmoko, 303, 313
Anonim, 17, 50, 150, 223
Antonio Cassese, 11
Arlina Permanasari, 28
Arne Willy Dahl, 234

B

B.V.A. Rolling, 73
Bambang Sunggono dan Aries Harianto, 3
Barda Nawawi Arief, 6, 152
Benny Setianto, 127
Boer Mauna, 2, 129
Budi Santoso, 45

C

Chairul Anwar, 129
Cherif Bassiouni, 28, 61, 72, 74

D

D.J. Haris, 6, 151
Daan Bronkhorst, 156

E

Eddy Djunaedi Karnasudirdja, 30, 228, 321, 327, 361, 363
Elsam, 221
Elvia Farida, 151

F

F. Sugeng Istanto, 33, 134, 154
F.S. Suwarno, 8
F.X. Adji Samekto, 29
Fadilah Agus, 234

G

Geoffrey Robertson QC, 78, 139, 316
GPH. Haryomataram, 3, 28, 53, 61, 222
Gunawan Setiardja, 45

H

H. Victor Conde, 48
Hasnawi Haris, 22, 23, 318
Herry Purwanto, 7
Hikmahanto Juwana, 159, 164, 165, 329
Huala Adolf, 133, 134, 151, 157

I

I Wayan Parthiana, 5, 167, 178
I.B.R. Supancana, 28, 29
Ian Browlie, 1, 140, 151
Ida Bagus Wyasa Putra, 128, 154, 314
Ifdhal Kasim, 5, 48, 65, 76, 245
Ivan A Hadar, 174

J

J.G. Starke, 129, 314
James Crawford, 155
James W. Nickel, 42, 124, 313
Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, 1, 292
Jean Picted, 3, 43
Jerry Fowler, 26, 51
John O'Brien, 139

K

Kabul Supriyadi, 95, 254
Karl Zemaek, 128
Kartini Sekartadji, 43, 57

M

M. Yahya Harahap, 301
Malcolm N Show, 139, 151
Mansour Fakih dkk, 46
Marina Spinedi Bruno Simma, 151, 157
Martin Dixon and Robert Corquodale, 155
Michael Akehurst, 140
Mien Rukmini, 4
Mochtar Kusumaatmadja, 1, 53, 60, 143, 144
Moh. Mahfud MD, 19
Muladi, 8, 9, 26, 31, 53, 66, 67, 74, 77, 149, 152, 224, 229, 232, 233

Myres S. Mc Dongal, W. Michael Reisman, 2
Muladi dan Barda Nawawi Arief, 20

N

Natsri Anshari, 222, 227
Nyoman Serikat Putera Jaya, 318

O

Omer Y. Elagab, 282
Otto Triffterer, 282

P

Paul Dalton, 51
Peter Davier, 43
Pietro Vierri, 7
PLT Sihombing, 79, 80, 85, 220
Prasetyohadi dan Anton Prajasto, 31, 32
Purwodarminto, 42

R

Rebecca M.M. Wallace, 127
Rina Rusman, 53
Romli Atmasasmita, 7, 12, 15, 63, 69, 71, 72, 75, 76, 146
Ronny Hanitijo Soemitro, 35, 37
Rover, C.de, 129
Rozali Abdullah, 26, 29
Rudi M Riski, 138, 209

S

S. Tasrif, 1
Sadruddin Aga Khan, 44
Satjipto Rahardjo, 10, 45
Satya Arinanto, 301
Sigit Riyanto, 4
Simandjutak, 152
Soedjono Dirjosisworo, 67, 77
Soekotjo Hardiwinoto, 1, 163
Soerjono soekamto dan Sri Mamudji, 36
Soetandyo Wignjosoebroto, 20
Sri Soemantri Martosoewignjo, 45
Sumaryo Suryokusumo, 10
Syahmin AK, 66

T

Teresa Anderson, 128

Titon Slamet Kurnia, 157

Todung Mulya Lubis, 156

Tommy Sihotang, 208, 319

Y

Yasin Tasrif, 47

Z

Zoran Pajic, 292

Zaky Anwar Makarim, 158

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Halaman Pengesahan	ii
Halaman Pernyataan	iii
Abstrak	iv
Abstract.....	v
Ringkasan	vi
The Summary	xi
Kata Pengantar	xvi
Daftar Istilah (Glosarium)	xxi
Daftar Singkatan	xxv
Daftar Indeks	xxvii
Daftar Isi	xxxii
Bab I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Penelitian	1
B. Perumusan Masalah	20
C. Orisinalitas Penelitian	21
D. Tujuan Dan Manfaat Penelitian	24
E. Kerangka Teoritik	25
F. Metode Penelitian	35
G. Sistematika Penulisan	38
BAB II PELANGGARAN HAM BERAT DAN PERTANGGUNGJAWABAN	
KOMANDO	42
A. Pengertian dan Hakikat Hak Asasi Manusia (HAM)	42

B. Pengertian dan Ruang Lingkup Pelanggaran HAM Berat	48
B.1. Pengertian Pelanggaran HAM Yang Berat	48
B.2. Ruang lingkup Pelanggaran HAM Berat	53
C. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan (<i>Crimes Against Humanity</i>)	58
C.1. Pengertian dan Ruang Lingkup Kejahatan Terhadap Kemanusiaan ...	58
C.2. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Merupakan Kejahatan Internasional	68
C.3. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Sebagai Salah Satu Bentuk Pelanggaran HAM Berat	75
D. Pertanggungjawaban Komando	78
D.1. Latar Belakang dan Prinsip-Prinsip Pertanggungjawaban Komando ..	78
D.2. Tanggung Jawab Komando Menurut Ketentuan Pasal 42 UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM	85
E. Peradilan Hak Asasi Manusia (HAM)	92
E.1. Peradilan HAM Merupakan Peradilan Khusus	92
E.2. Ruang Lingkup Hukum Acara Dalam Peradilan HAM	95
BAB III URGENSI PEMBUATAN UU NO. 26 TAHUN 2000 TENTANG PENGADILAN HAM SEBAGAI DASAR HUKUM PENUNTUTAN PERTANGGUNGJAWABAN KOMANDO KATEGORI KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN DI INDONESIA	104
A. Gambaran Umum Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia Yang Pelakunya Direkomendasikan Komnas HAM Dapat Dituntut Berdasarkan Pertanggungjawaban Komando Dalam UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM	104

A.1. Rekomendasi Komnas HAM Tentang Pertanggungjawaban Komando Atas Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Dalam Peristiwa Tanjung Priok Tahun 1984	104
A.2. Rekomendasi Komnas HAM Tentang Pertanggungjawaban Komando Atas Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Dalam Peristiwa Daerah Operasi Militer Di Aceh	110
A.3. Rekomendasi Komnas HAM Tentang Pertanggungjawaban Komando Atas Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Dalam Peristiwa Trisakti, Semanggi I dan II	113
A.4. Rekomendasi Komnas HAM Tentang Pertanggungjawaban Komando Atas Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Peristiwa Di Timtim	117
B. Urgensi Pembuatan UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM Sebagai Dasar Hukum Penuntutan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Kategori Kejahatan Terhadap kemanusiaan Di Indonesia	145
B.1.Substansi Umum UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM Dan Problematikanya	182
B.2.Substansi Pertanggungjawaban Komando Dalam UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM	198
B.3.Unsur-Unsur Pertanggungjawaban Komando Dalam Ketentuan Pasal 42 UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM	211

Bab IV PRAKTIK PENERAPAN PERTANGGUNGJAWABAN KOMANDO ATAS PELANGGARAN HAM BERAT PADA PERADILAN INDONESIA MAUPUN PERADILAN (HAM) INTERNASIONAL	220
A. Dinamika Pertanggungjawaban Komando Dari Konsepsi Pemikiran Ke Upaya Pengaturan Dalam Instrumen Hukum	220
A.1. Dinamika Konsepsi Pemikiran Pertanggungjawaban Komando	223
A.2. Dinamika Pengaturan Pertanggungjawaban Komando Dalam Instrumen Hukum Humaniter Internasional	233
B. Praktik Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia	243
B.1. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Kasus Timor-Timur (1999) Khusus Terdakwa Herman sedyono, dkk	245
B.1.1. Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Penerapan Pertanggung Jawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Kasus Timtim (1999)	275
B.2. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Kasus Tanjung Priok (1984) Khusus Terdakwa RA. Butar Butar	283
B.2.1. Realitas Sosial Terkait Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Yang Berat Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Kasus Tanjung Priok (1984)	297

B.3. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Yang Berat Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Kasus Abepura (200) Khusus Terdakwa Daud Sihombing	301
C. Praktik Penerapan Pertanggungjawaban Komando Pada Peradilan (HAM) Internasional	320
C.1. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Pada <i>International Military Tribunal Nuremberg (IMTN)</i> Jerman	321
C.2. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Pada <i>International Military Tribunal For The Far East Tokyo (IMTFET)</i> Jepang	330
C.3. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Pada <i>International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (ICTY)</i>	340
C.4. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Yang Berat Pada <i>International Criminal Tribunal For Rwanda (ICTR)</i>	349
C.5. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Pada <i>International Criminal Court (ICC)</i>	357
C.6. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Yang Berat Pada Peradilan HAM Khusus Di Kamboja, Timor Leste, dan Siera Leone	366
Bab V PENUTUP	372
A. Simpulan	372
B. Saran-Saran	379
Daftar Pustaka	380

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian

Pasal 1 Konvensi Montevideo 1933 tentang Hak dan Kewajiban Negara, menyebutkan bahwa syarat utama berdirinya suatu negara yang merdeka dan berdaulat adalah :¹

- a). adanya wilayah negara dengan batas-batas yang jelas;
- b). adanya penduduk sebagai pendukung jalannya roda pemerintahan;
- c). adanya pemerintahan yang sah;
- d). adanya kemampuan untuk mengadakan hubungan dengan berbagai subyek Hukum Internasional (selanjutnya disingkat HI).

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 Konvensi Montevideo tersebut, patut untuk dikemukakan bahwa ketiga syarat utama dalam *point a s/d point c* telah mendapatkan pengakuan sejak abad ke-19 di Eropa,² sedangkan *point d* dikenal sebagai syarat tambahan.³ Konvensi Montevideo 1933 tidak menentukan apakah pemenuhan persyaratan tersebut bersifat kumulatif ataukah alternatif. Dalam hal ini, penulis

¹ S. Tasrif, *Hukum Internasional Tentang Pengakuan Dalam Teori Dan Praktek*, CV. Abardin, Bandung, 1987, halaman 10. Lihat pula dalam Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Binacipta, Bandung, 1990, halaman 68, serta Soekotjo Hardiwinoto, *Pengantar Hukum Internasional*, BP Undip, Semarang, 1994, halaman 20.

² Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, 1990, Halaman 78.

³ Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, *Hukum Internasional Kontemporer*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2006, halaman 106.

berpendapat bahwa pemenuhan syarat tersebut semestinya bersifat kumulatif, karena sangat mustahil akan berdiri suatu negara jika hanya mempunyai pemerintahan akan tetapi tanpa mempunyai penduduk maupun wilayah yang jelas. Konvensi Montevideo juga tidak mensyaratkan adanya pengakuan internasional dari negara-negara lain atas eksistensi suatu negara baru sebagai salah satu subyek HI. Dalam hal ini subyek HI dimaksudkan sebagai pemegang hak dan kewajiban menurut HI, yang antara lain terdiri dari Negara, Individu, Tahta Suci Vatikan Roma, Palang Merah Internasional, dan Pemberontak. Praktik internasional terkait dengan pemberian pengakuan terhadap negara baru, umumnya berpedoman pada kriteria :⁴

- a). keyakinan adanya stabilitas di negara tersebut;
- b). dukungan umum dari rakyat negara yang bersangkutan;
- c). kemauan untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban internasional.

Terbebasnya Negara Kesatuan Republik Indonesia (selanjutnya disingkat NKRI) dari belenggu penjajahan kolonialisme, secara *de facto* maupun *de jure* telah memenuhi persyaratan kualifikasi berdirinya suatu negara yang merdeka dan berdaulat menurut ketentuan Pasal 1 Konvensi Montevideo 1933. *The founding fathers* telah menetapkan bahwa NKRI adalah negara hukum (*rechtsstaat*) dan bukan sebagai negara yang berdasarkan atas kekuasaan (*machtsstaat*). Pernyataan demikian, membawa konsekuensi bahwa hukum hendaknya dapat dijadikan

⁴ Myres S. Mc Dongal, W. Michael Reisman, *International Law In Contemporary Perspective*, Mineola, New York, The Foundation Press, Inc, 1981, halaman 318. Lihat pula dalam Boer Mauna, *Hukum Internasional Pengertian Peranan Dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, P.T. Alumni, Bandung, 2005, halaman 62.

sebagai kerangka/landasan/dasar pijakan dalam mengatur dan menyelesaikan berbagai persoalan (hukum) dalam menjalankan roda kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Dengan demikian, tentunya tak satu pun suatu institusi maupun personalnya, apakah itu militer (TNI),⁵ kepolisian (Polri),⁶ maupun sipil lainnya⁷ kebal terhadap ketentuan hukum dan perundangan yang berlaku bila melakukan suatu tindak pidana kejahatan pada umumnya, termasuk didalamnya pelanggaran Hak Asasi Manusia (selanjutnya disingkat HAM) berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Menurut Bambang Sunggono dan Aries Harianto, sebagai negara hukum, maka harus memiliki tiga ciri pokok sebagai berikut :⁸

- a). adanya pengakuan dan perlindungan atas HAM yang mengandung persamaan dalam bidang politik, sosial, ekonomi, hukum, budaya, dan lain sebagainya;
- b). peradilan yang bebas, tidak memihak dan dipengaruhi kekuasaan lainnya;
- c). menjunjung tinggi asas legalitas.

⁵ Pasal 1 *point* ke (5) UU No. 3 tahun 2002 tentang Pertahanan Negara, menyebutkan bahwa TNI merupakan komponen utama dalam melaksanakan tugas-tugas pertahanan negara.

⁶ Pasal 1 *point* ke (1) UU No. 2 tahun 2002 tentang Kepolisian Negara, menyebutkan bahwa Kepolisian adalah segala hal-ihwal yang berkaitan dengan fungsi dan lembaga polisi sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

⁷ Dalam HHI dikenal adanya prinsip pembedaan (*distinction principles*) antara kombatan (*combatant*) dan penduduk sipil (*civilian*), dimana kombatan merupakan golongan penduduk yang secara aktif turut serta dalam permusuhan, sedangkan penduduk sipil merupakan golongan yang tidak turut serta dalam permusuhan. Uraian lebih lanjut tentang *distinction principles* dapat dibaca dalam buku GPH. Haryomataram, *Hukum Humaniter*, Rajawali Press, Jakarta, 1984, halaman 63. Jean Pictet, *Development And Principles Of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publisher-Henry Dunant Institute, 1985, halaman 72.

⁸ Bambang Sunggono dan Aries Harianto, *Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1994, halaman 130.

Hal senada juga dikemukakan oleh Friedrich Julius Stahl, Sri Sumantri, maupun Scheltema, dengan menyatakan bahwa dalam konsepsi negara hukum harus memenuhi kriteria pokok sebagai berikut :

- a). adanya pengakuan, jaminan dan perlindungan terhadap HAM;
- b). sistem ketatanegaraan didasarkan pembagian kekuasaan sesuai teori Trias Politika;
- c). adanya kepastian hukum;
- d). adanya persamaan di depan hukum;
- e). pemerintahan didasarkan atas undang-undang;
- f). adanya pengawasan badan-badan peradilan.⁹

Berbagai upaya untuk memberikan perlindungan terhadap HAM pada umumnya dan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di berbagai belahan dunia tanpa terkecuali Indonesia, bukanlah merupakan sesuatu yang bersifat *taken for granted*, akan tetapi memerlukan suatu proses panjang yang didalamnya setidaknya terkait dengan tiga variabel utama yang harus dipertimbangkan. Ketiga variabel tersebut adalah : adanya dinamika internasional; instrumen hukum yang ada; dan bagaimana menentukan pendekatan terhadap warisan masa lalu.¹⁰

Kesadaran “masyarakat internasional” untuk melindungi HAM terwujud tanggal 10 Desember 1948, dimana negara-negara anggota

⁹ Mien Rukmini, *Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tidak Bersalah Dan Asas Persamaan Kedudukan Dalam Hukum Pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Alumni, Bandung, 2003, halaman 35-37.

¹⁰ Sigit Riyanto, *Penegakan HAM Di Indonesia Beberapa Catatan Kritis*, Majalah Mimbar Hukum No.38/VI/2001 FH-UGM, Yogyakarta, 2001, halaman 53.

Perserikatan Bangsa-Bangsa (selanjutnya disingkat PBB) dengan suatu tekad bulat menyepakati *The Universal Declaration of Human Rights* (selanjutnya disingkat *UDHR*) sebagai standar universal perlindungan terhadap HAM, serta salah satu sumber HI maupun Hukum Humaniter Internasional (selanjutnya disingkat HHI) yang berkaitan dengan persoalan HAM. Institusionalisasi nilai-nilai universal HAM dalam *UDHR* 1948, telah banyak diadopsi ke dalam konstitusi dan sistem hukum nasional suatu negara¹¹ serta dijabarkan secara lebih spesifik ke dalam berbagai konvensi internasional antara lain *Convention Against Torture* (selanjutnya disingkat *CAT*),¹² *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (selanjutnya disingkat *ICESCR*),¹³ *International Covenant on Civil and Political Rights* (selanjutnya disingkat *ICCPR*),¹⁴ termasuk pula upaya pengembangan HAM generasi pertama (berkaitan dengan hak-hak sipil dan politik), HAM generasi kedua (berkaitan dengan penghormatan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya), dan HAM generasi ketiga (mencakup hak-hak yang dimiliki manusia dan bersifat kolektif seperti hak untuk menentukan nasib sendiri, hak atas pembangunan dan

¹¹ Di Indonesia, adopsi atas *UDHR* terlihat pada Ketetapan MPR RI No. XVIII/MPR/1998 tentang HAM, juga dalam UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, maupun dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

¹² I Wayan Parthiana, *Hukum Pidana Internasional*, CV. Yrama Widya, Bandung, 2006, halaman 63, menyebutkan bahwa *Convention Against Torture* 1984 merupakan konvensi internasional yang berkenaan dengan penghormatan dan perlindungan terhadap HAM.

¹³ *ICESCR* yang sering disebut sebagai hak-hak positif (*positive rights*), yang menuntut peran maksimal dari negara berkaitan dengan pemenuhan hak-hak tersebut. Uraian lebih lanjut dapat dibaca dalam buku Ifdhal Kasim yang berjudul *Hak Sipil Dan Politik, Esai-Esai Pilihan*, Buku I, Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat (Elsam), Jakarta, 2001, halaman 21-35.

¹⁴ *ICCPR* "lahir" pada masa Perang Dingin, merupakan hasil kompromi politik yang keras antara kekuatan negara blok Sosialis *versus* kekuasaan negara blok Kapitalis, pada dasarnya memuat ketentuan mengenai pembatasan penggunaan kewenangan oleh aparat refresif negara (pembatasan peran negara), khususnya aparat refresif negara yang menjadi pihak *ICCPR*.

hak atas lingkungan), dan lain sebagainya. Pengembangan nilai-nilai universal HAM oleh PBB dilakukan melalui tiga macam pendekatan, yaitu *standard setting approach* yang dilakukan dengan memprakarsai konferensi-konferensi internasional untuk merancang perjanjian-perjanjian internasional tentang HAM; *promotional activities approach* yang dilakukan dengan kegiatan-kegiatan untuk memajukan dan mensosialisasikan nilai-nilai HAM dalam skala internasional; dan *enforcement actions approach* dilaksanakan terutama melalui *United Nations Commission on Human Rights* untuk memantau dan mendorong praktik penegakkan nilai-nilai HAM di negara-negara anggota.¹⁵

Upaya perampasan terhadap nyawa termasuk pula tindak kekerasan lainnya yang melanggar harkat dan martabat kemanusiaan adalah merupakan bentuk pelanggaran HAM berat bila dilakukan secara sewenang-wenang dan tanpa dasar pembenaran yang sah menurut hukum dan perundangan yang berlaku.¹⁶ Dalam Undang-Undang No. 26 tahun 2000 (selanjutnya disingkat UU No. 26 tahun 2000) hal demikian dapat dilihat pada ketentuan Pasal 9 yang mengatur tentang kejahatan terhadap kemanusiaan, yang salah satu perbuatan yang termasuk didalamnya adalah pembunuhan. Selain itu, dalam *ICCPR* hal tersebut juga termasuk ke dalam jenis hak yang bersifat *non derogable rights*, yaitu hak-hak yang bersifat *absolute* dan tidak boleh dikurangi pemenuhannya

¹⁵D.J. Haris, *Cases and Materials on International Law*, Forth Edition : Sweet and Maxwell : London, 1991, halaman 602-603.

¹⁶Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, halaman 76-77.

oleh negara-negara pihak dalam keadaan darurat sekalipun, antara lain hak atas hidup; hak bebas dari penyiksaan; hak bebas dari perbudakan; hak atas kebebasan berpikir, keyakinan dan agama. Menurut ketentuan dalam *ICCPR*, negara-negara yang melakukan pelanggaran terhadap hak-hak yang bersifat *non derogable rights*, akan mendapat kecaman sebagai negara yang telah melakukan pelanggaran HAM berat. Dalam sejarah perkembangan HI, pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang para pelakunya dapat dituntut dan diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando merupakan bagian dari kejahatan internasional.¹⁷ Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, dapat terjadi pada konflik bersenjata baik yang bersifat internasional maupun *non* internasional.¹⁸

Patut untuk dikemukakan dalam disertasi ini bahwa yang dimaksudkan dengan pertanggungjawaban komando (*command responsibility*) adalah bentuk pertanggungjawaban pidana terhadap komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya atas tindak pidana pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia yang dilakukan anak buah atau bawahan yang berada dibawah komando atau kendali efektifnya. Sehubungan dengan hal tersebut, jika dalam penulisan disertasi ini tertulis pertanggungjawaban komando, maka yang dimaksudkan adalah pertanggungjawaban pidana

¹⁷ Romli Atmasesmita, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Rafika Aditama, Bandung, 2000, halaman 42.

¹⁸ Pietro Vierri dalam bukunya "*Dictionary of the International Law of Armed Conflict*", ICRC, Geneva, 1992, halaman 35.

komandan (komandan militer) atau atasan (atasan polisi maupun atasan sipil lainnya) terkait dengan tindak pidana pelanggaran HAM berat yang dilakukan anak buah atau bawahan yang berada dibawah komando dan kendali efektif dari komandan atau atasan tersebut. Hal tersebut perlu penulis kemukakan sebagai bentuk penunjukkan konsistensi dalam penggunaan istilah, sehingga diharapkan tidak akan menimbulkan penafsiran yang berbeda.

Negara melalui pemerintahan yang sah dan berdaulat, merupakan pelindung utama terhadap pelanggaran HAM berat dalam batas wilayah yurisdiksinya.¹⁹ Namun realitas acapkali menunjukkan adanya tindakan suatu negara melalui organ maupun aparat keamanannya, demi mempertahankan kepentingan politik kekuasaannya cenderung berpotensi melakukan berbagai pelanggaran HAM berat. Pemicu terjadinya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, setidaknya disebabkan oleh adanya benturan kepentingan antara warga negara di satu pihak dengan kepentingan rezim penguasa di pihak lain yang tidak sejalan.

Hasil penyelidikan Komnas HAM menyimpulkan telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang pelakunya dapat dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando dalam peristiwa Aceh *pasca* pelaksanaan Daerah Operasi Militer (selanjutnya disingkat DOM), Tanjung Priok (1984), kerusuhan Mei (1998),

¹⁹ Herry Purwanto, *Persoalan Di Sekitar Pelanggaran HAM Yang Berat Di Indonesia*, Media Hukum No. 38/VI/2001, FH UGM, Yogyakarta, 2001, halaman 63.

Trisakti (1998), Semanggi I (1998) dan Semanggi II (1999), Timtim (1999), dan peristiwa Abepura (2000). Terkait dengan hasil penyelidikan Komnas HAM tersebut, menurut F.S. Suwarno²⁰ terjadinya pelanggaran HAM berat, antara lain disebabkan karena adanya sentralisme kekuasaan, adanya absolutisme kekuasaan, dan adanya dominasi militerisme. Sedangkan menurut Muladi, ada empat hal pokok sebagai pedoman untuk menentukan telah terjadinya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, sehingga pelakunya dapat dituntut dan diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, yaitu :²¹

- a). adanya “*abuse of power*” dalam kerangka asosiasi dengan pemerintah, termasuk didalamnya delik omisi (*violation by omission*);
- b). kejahatan tersebut dianggap merendahkan harkat maupun martabat manusia dan pelanggaran atas asas-asas kemanusiaan yang paling mendasar;
- c). perbuatan tersebut dikutuk secara internasional sebagai *hostis humanis generis*;
- d). kejahatan tersebut dilakukan secara sistematis dan meluas.

Perlindungan terhadap pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, kondisi serta realitas diberbagai belahan dunia selama ini masih menunjukkan kuatnya penerapan praktik impunitas²²

²⁰ F.S. Suwarno, *Pelanggaran HAM Yang Berat*, Jurnal CSIS, Tahun XXIX/2005, No. 2, halaman 203.

²¹ Muladi, *Prinsip-Prinsip Pembentukan Pengadilan HAM Di Indonesia dan Pengadilan Pidana Internasional*, Makalah Seminar, Jakarta, 2000, halaman 11.

²² Impunitas pernah dinikmati Raja Wilhelm II atas kejahatan terhadap kemanusiaan semasa kekuasaannya tanpa pernah diadili, karena kegagalan negara-negara Eropa membentuk pengadilan

bagi para pelakunya. Di Indonesia, hal demikian tampak pada masa pemerintahan rejim Orde Baru dibawah kepemimpinan Presiden H.M. Soeharto selama kurun waktu kurang lebih 32 tahun berkuasa secara otoriter. Kondisi dan realitas demikian, diperparah dengan tidak ada atau kurang berdayanya berbagai institusi pengontrol kekuasaan sebagai *check and balances*, yang mampu mencegah, menghentikan, menuntut dan menghukum para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando.

Gerakan reformasi²³ yang dimotori para mahasiswa pada bulan Mei 1998, telah berhasil "melengserkan" rezim Orde Baru dengan menciptakan situasi transisional menuju suatu tatanan baru dalam berbagai aspek kehidupan. Salah satu aspek kehidupan yang sangat mendasar dalam masa transisi dewasa ini adalah upaya perlindungan terhadap pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan atas kesewenang-wenangan rejim penguasa negara *via* aparat militer, kepolisian maupun sipil lainnya, dalam kerangka untuk melanggengkan kekuasaannya dengan penerapan praktik impunitas. Terkait hal tersebut menurut Sumaryo Suryokusumo,²⁴ di era globalisasi

internasional berdasarkan perjanjian *Versailles*. Demikian pula saat AS sebagai negara pemenang dalam PD II, memutuskan untuk tidak mengadili dan bahkan melindungi Kaisar Hirohito sebagai Kepala Negara Kerajaan Jepang hingga akhir hayatnya.

²³ Muladi, *Prinsip-Prinsip Pengadilan Pidana bagi Pelanggar Ham Berat di Era Demokrasi*, Makalah Seminar Tentang Peradilan HAM, Diselenggarakan FH-Unisula Semarang, Tanggal 12 April 2000, halaman 1.

²⁴ Sumaryo Suryokusumo, *Resolusi DK-PBB Tidak Bisa Diremehkan*, Artikel Dalam Suara Pembaharuan 18 September 2000, halaman 3.

ini berbagai faktor determinan seperti perlindungan dan penegakan hukum atas pelanggaran HAM berat, mengedepankan supremasi hukum, dapat diterapkan sebagai kondisionalitas politik dalam hubungan internasional.

Penegakkan hukum atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, tidak hanya menyangkut pelaksanaan hukumnya saja dalam ranah implementasi akan tetapi juga mencakup didalamnya langkah preventif dalam arti pembuatan undang-undang.²⁵ Dalam hal ini, penegakkan hukum oleh Satjipto Rahardjo diartikan sebagai suatu upaya untuk mewujudkan ide-ide dan konsep-konsep menjadi kenyataan.²⁶ Sebagai negara hukum, Indonesia belum secara maksimal menghasilkan putusan pengadilan HAM *ad hoc* maupun permanen yang signifikan mencerminkan rasa keadilan serta upaya pemutusan mata rantai impunitas, sebagai bentuk upaya penegakkan hukum bagi para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Terkait hal tersebut, patut dikemukakan bahwa penegakkan hukum atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, tidak hanya merupakan urusan *domestik* suatu negara, namun menjadi perhatian “masyarakat internasional” dalam kerangka untuk memutus mata rantai praktik impunitas. Hal tersebut dikarenakan pelanggaran HAM

²⁵ Andi Hamzah, *Reformasi Penegakan Hukum*, Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum Trisakti, Jakarta, 1998, halaman 2.

²⁶ Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum, Suatu tinjauan Sosiologis*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Jakarta, 1983, halaman 23-24.

berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, sebagai bentuk kejahatan yang menjadi musuh bersama umat manusia (*hostis humanis generis*), sehingga dapat diberlakukan yurisdiksi universal atas pelakunya oleh setiap negara, kapan dan dimanapun juga.²⁷

Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia yang pelakunya dapat dituntut dan diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, merupakan bentuk tindak pidana yang bersifat *extraordinary crimes*, yang mana penyelesaiannya pun memerlukan perangkat hukum khusus di luar Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (selanjutnya disingkat KUHP) yang terancang untuk tindak pidana yang bersifat *ordinary crimes*. Pembuatan undang-undang khusus di luar KUHP terkait dengan persoalan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat, dilakukan dengan mengadopsi ketentuan dalam Statuta Roma tahun 1998 tentang *International Criminal Court* (selanjutnya disingkat ICC).

Praktik internasional menunjukkan bahwa pembentukkan peradilan internasional *ad hoc* yang ada dimaksudkan sebagai upaya menuntut dan mengadili pelaku berdasarkan prinsip pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan terhadap pelanggaran HAM berat. Peradilan internasional yang dimaksud berawal dari terbentuknya *International Military Tribunal Nuremberg* (selanjutnya disingkat IMTN) atau dikenal pula sebagai *Nuremberg Tribunal* tahun 1946, *International Military Tokyo Tribunal* (selanjutnya disingkat IMTT) atau yang juga lebih dikenal dengan sebutan *Tokyo Trial* tahun 1948,

²⁷ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, New York : Oxford University Press, 2003, halaman 284.

International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia (selanjutnya disingkat *ICTY*) tahun 1993 dan *International Criminal Tribunal For Rwanda* (selanjutnya disingkat *ICTR*) tahun 1994.²⁸ Pembentukan peradilan internasional *pasca* Perang Dunia (selanjutnya disingkat PD) II di *Nuremberg* Jerman tahun 1946, dan *Tokyo Tribunal* tahun 1948, awalnya menimbulkan kesangsian bahwa peradilan internasional *ad hoc* tersebut dibentuk untuk menjatuhkan hukuman bagi pihak yang kalah perang dan memberikan keadilan bagi pihak pemenang perang (*victor justice*). Namun demikian, pada sisi yang lain tidak disangsikan bahwa prinsip-prinsip hukum yang diterapkan oleh kedua peradilan *ad hoc* tersebut, seperti prinsip *command responsibility*, prinsip *non impunity*, dan *retroactive principle* telah diakui dan menjadi salah satu sumber HI. Bahkan dalam perkembangan selanjutnya, beberapa prinsip-prinsip dari kedua peradilan internasional *ad hoc* di atas, juga diikuti dalam pembentukan pengadilan internasional *ad hoc* di negara bekas Yugoslavia dengan nama *ICTY* tahun 1993, dan di negara Rwanda dengan nama *ICTR* tahun 1994, serta *International Criminal Court* (selanjutnya disingkat *ICC*) yang terbentuk berdasarkan Statuta Roma tahun 1998.²⁹ Pada dasarnya peradilan sebagaimana tersebut di atas, memiliki yurisdiksi atau kewenangan hukum untuk menuntut pertanggungjawaban pidana terhadap para komandan militer, atasan polisi maupun sipil lainnya atas pelanggaran HAM berat kategori

²⁸ Romli Atmasasmita, *Kapita Selekta Hukum Pidana Internasional Jilid ke-2*, CV. Utomo, Bandung, 2004, halaman 3-7.

²⁹ Abdussalam, *Hukum Pidana Internasional*, Restu Agung, Bandung, 2006, halaman 39-40.

kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang serta kejahatan agresif.³⁰

Kejahatan genosida³¹ adalah setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, etnis, 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). melaksanakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok; atau
- e). memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu.

Sedangkan yang dimaksud dengan kejahatan terhadap kemanusiaan³² 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 HI;
- 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 diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut HI;
- i). penghilangan orang secara paksa; dan
- j). kejahatan *apartheid*.

Selanjutnya yang dimaksud dengan kejahatan perang menurut Pasal 6 *London Agreement* 1945 adalah pelanggaran terhadap hukum atau kebiasaan-kebiasaan perang, seperti pembunuhan, perlakuan kejam terhadap penduduk sipil dengan mengasingkan mereka, mengerjakan mereka secara paksaan, atau di

³⁰ Khusus untuk kejahatan agresif dalam Statuta Roma tahun 1998 hingga kini belum ada kesepakatan mengenai pendefinisian dari pengertian kejahatan agresif tersebut diantara negara-negara yang terlibat dalam pembahasan.

³¹ Lihat dalam ketentuan Pasal 8 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM

³² Lihat dalam ketentuan Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM

wilayah pendudukan memperlakukan tawanan-tawanan perang dengan kejam, membunuh mereka, atau memperlakukan orang di laut secara demikian, menghancurkan kota atau desa dengan semauanya atau membinasakannya dengan tidak adanya alasan kepentingan militer.³³

Upaya menuntut pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, merupakan persoalan hukum yang tidak dapat ditunda maupun dihindari demi tegaknya keadilan dan eksistensi sebagai negara hukum. Dalam tataran nasional, komitmen negara Indonesia untuk menuntut dan mengadili pelaku pelanggaran HAM berat melalui pembentukan pengadilan HAM menjadi sangat *urgen* dan strategis, agar tidak terkucil dan dikucilkan di era globalisasi. Sedangkan dalam tataran internasional, upaya yang dilakukan negara Indonesia dengan meratifikasi berbagai instrumen internasional yang terkait dengan HAM, merupakan bukti adanya *political will* pemerintah dalam menjunjung tinggi HAM pada umumnya dan melakukan penegakkan hukum atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada khususnya.

Tindakan pemerintah Indonesia meratifikasi Konvensi Jenewa 1949³⁴ dengan UU No. 59 tahun 1958, sebagai salah satu instrumen internasional yang memuat perlindungan HAM korban perang akibat konflik bersenjata, membawa konsekuensi untuk mengimplementasikannya. Pasal 1 Konvensi Jenewa 1949 memberikan

³³Ali Sastroamidjojo, *Pengantar Hukum Internasional*, Bharata, Jakarta, 1971, halaman 285.

³⁴ Konvensi Jenewa I tahun 1949 tentang perbaikan keadaan yang luka dan sakit dalam angkatan perang di medan pertempuran darat. Konvensi Jenewa II tahun 1949 tentang perbaikan keadaan anggota angkatan perang di laut yang luka, sakit, dan korban karam. Konvensi Jenewa III tahun 1949 mengatur tentang perlakuan tawan perang. Konvensi Jenewa IV tahun 1949 mengatur tentang perlindungan terhadap penduduk sipil di waktu perang.

kewajiban internasional bagi pihak peserta Agung untuk menghormati dan menjamin penghormatan terhadap pelaksanaan konvensi dalam segala keadaan. Kewajiban negara peratifikasi terkait dengan pelanggaran konvensi, telah diatur antara lain dalam Pasal 49 Konvensi Jenewa I, Pasal 50 Konvensi Jenewa II, Pasal 129 Konvensi Jenewa III, Pasal 146 Konvensi Jenewa IV tahun 1949 sebagai *Common Articles* dalam HHI yang menyebutkan bahwa :³⁵

Pihak peserta Agung berjanji untuk menetapkan undang-undang yang diperlukan untuk memberi sanksi pidana efektif terhadap orang-orang yang melakukan atau memerintahkan untuk melakukan salah satu diantara pelanggaran berat atas konvensi ini seperti ditentukan di dalam pasal berikut.

Tiap pihak peserta Agung berkewajiban untuk mencari orang-orang yang disangka telah melakukan atau memerintahkan untuk melakukan pelanggaran-pelanggaran berat yang dimaksudkan, dan harus mengadili orang-orang tersebut, dengan tidak memandang kebangsaannya. Pihak peserta Agung dapat juga, jika dikehendakinya, dan sesuai dengan ketentuan-ketentuan perundang-undangannya sendiri, menyerahkan kepada pihak peserta Agung lain yang berkepentingan, orang-orang tersebut untuk diadili, asal saja pihak peserta Agung tersebut dapat menunjukkan suatu perkara *prima facie*.

Tiap pihak peserta Agung harus mengambil tindakan-tindakan yang perlu untuk memberantas selain pelanggaran berat yang ditentukan dalam pasal berikut, segala perbuatan yang bertentangan dengan ketentuan-ketentuan konvensi ini.

Dalam segala keadaan, orang-orang yang dituduh harus mendapat jaminan-jaminan peradilan dan pembelaan yang wajar, yang tidak boleh kurang menguntungkan dari jaminan-jaminan yang diberikan oleh Konvensi Jenewa tentang Perlakuan Tawanan Perang tanggal 12 Agustus 1949.

Berdasarkan pada *Common Articles* tersebut di atas, maka dapat disimpulkan adanya kewajiban bagi negara peratifikasi Konvensi Jenewa 1949 untuk :

³⁵ Romli Atmasasmita, *Terjemahan Konvensi Jenewa Tahun 1949*, Direktorat Jenderal Hukum Dan Perundang-Undangan Departemen Kehakiman Republik Indonesia, Jakarta, 1999, halaman 31, halaman 71, halaman 164, dan halaman 278.

- a. menetapkan undang-undang nasional yang diperlukan untuk memberikan sanksi pidana efektif terhadap orang-orang yang melakukan atau memerintahkan salah satu pelanggaran berat terhadap konvensi;
- b. mencari orang-orang yang disangka melakukan pelanggaran berat tersebut;
- c. mengadili para pelaku pelanggaran berat tersebut tanpa memandang kebangsaan;
- d. apabila dikehendaki dan sesuai dengan undang-undang nasionalnya, untuk mengekstradisikan orang-orang yang melakukan dan memerintahkan melakukan pelanggaran berat atas konvensi.
- e. memberikan jaminan-jaminan peradilan dan pembelaan yang wajar terhadap orang-orang yang dituduh telah memerintahkan maupun yang melakukan pelanggaran berat terhadap konvensi.

Pembentukan pengadilan HAM di Indonesia sebagai pengadilan khusus untuk menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, sebagai suatu kejahatan yang bersifat *extraordinary crimes*, merupakan sesuatu yang bersifat mutlak, dikarenakan :

1. semakin maraknya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada awal era reformasi yang belum ada *good will* pemerintah untuk menuntaskannya, dengan mengadili para pelakunya di pengadilan HAM;

2. adanya pernyataan Sekjen PBB pada awal bulan September 1999 dan dikeluarkannya Resolusi DK-PBB³⁶ No. 1264 yang pada dasarnya meminta pada pemerintah Indonesia untuk segera mengadakan pengusutan dan pengadilan terhadap siapapun yang diduga melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim pasca jajak pendapat.

Upaya untuk melakukan penegakkan hukum atas berbagai pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia pada umumnya dan di Timtim pada khususnya, diawali dengan diterbitkannya Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (selanjutnya disingkat Perpu) No. 1 tahun 1999 tentang Pengadilan HAM. Perpu yang diharapkan dapat sebagai payung hukum pembentukan pengadilan HAM untuk menuntut dan pengadilan pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut, ditolak oleh Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (selanjutnya disebut DPR-RI) dalam sidang paripurnanya. Selanjutnya pemerintah mengajukan Rancangan Undang-Undang (selanjutnya disingkat RUU) tentang Pengadilan HAM, yang pada akhirnya disetujui DPR-RI sebagai UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Penuntutan pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi sebelum berlakunya UU No. 26 tahun 2000 dilakukan *via* pengadilan HAM *ad hoc* didasarkan pada Keputusan Presiden (selanjutnya disingkat

³⁶ Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa (DK PBB) mempunyai kewenangan untuk membentuk pengadilan internasional *ad hoc* yang berfungsi pengadilan para pelaku pelanggaran HAM yang berat, sebagaimana diamanatkan dalam Bab VII Piagam PBB *junto* Resolusi MU PBB No. 1264 (1999). Disamping itu sekiranya dapat pula dijadikan sebagai dasar pertimbangan bagi pembentukan pengadilan (HAM) internasional *ad hoc*, adanya praktik sebagaimana terjadi di Yugoslavia dan Rwanda.

Keppres) atas usul DPR-RI³⁷ sedangkan yang terjadi sesudah berlakunya UU No. 26 tahun 2000 akan diadili oleh pengadilan HAM permanen.

Di samping pengadilan HAM nasional, secara teoritis pengadilan internasional juga mempunyai kewenangan untuk menuntut pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, bilamana terindikasi adanya *unwillingness* dan *inability*. *Unwillingness* dalam hal ini tidak hanya berarti bahwa negara tidak mau sama sekali untuk mengadili pelaku pelanggaran HAM berat dinegaranya, tetapi termasuk didalamnya bila suatu negara *via* pengadilan (HAM) nasionalnya telah mengadili para pelaku namun dalam kenyataannya terdapat suatu pengingkaran berupa :³⁸

- d. langkah-langkah hukum sudah atau sedang dilakukan atau keputusan nasional diambil untuk tujuan melindungi orang yang bersangkutan dari tanggung jawab pidananya;
- e. adanya suatu penangguhan yang tidak dapat dibenarkan dalam langkah-langkah hukum yang dalam keadaan tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan pengadilan;
- f. langkah-langkah hukum dulu atau sekarang tidak dilakukan secara mandiri atau tidak memihak.

Sedangkan yang dimaksudkan dengan *inability* dalam hal ini adalah manakala pengadilan nasional suatu negara telah mengalami keruntuhan

³⁷Anonim, Undang-Undang RI No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM, Dilengkapi Dengan Undang-Undang Tentang HAM, Keputusan Presiden Tentang Komisi Hukum Nasional Dan Keputusan Presiden Tentang Komisi Ombusman Nasional, BP. Cipta Jaya, Jakarta, 2000, halaman 24.

³⁸ Lihat dalam ketentuan Pasal 17 ayat (2) Statuta Roma tahun 1998

seluruhnya atau sebagian besar dari sistem pengadilan nasional, atau negara tersebut tidak mampu menghasilkan atau menghadirkan terdakwa, barang bukti atau para saksi ke depan sidang pengadilan.³⁹

Namun demikian, untuk melakukan penuntutan pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di peradilan internasional, haruslah memperhatikan kedaulatan dan atau yurisdiksi negara pelaku atau negara wilayah pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dilakukan. Hal demikian disebabkan karena peradilan internasional tersebut bersifat komplementer atas peradilan (HAM) nasional.⁴⁰ Patut dicatat bahwa pemberlakuan peradilan internasional atas para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, dapat mengesampingkan beberapa asas pokok dalam hukum pidana, antara lain asas *nebis in idem*, asas daluwarsa, dan lain sebagainya.

Pasca tumbangnya rezim Orde Baru pimpinan mantan Presiden Soeharto, yang oleh rezim pengganti diikuti dengan upaya mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai warisan masa lalu, terkendala persoalan yuridis maupun politis.⁴¹ Kendala dalam ranah hukum sebenarnya dapat diatasi dengan membuat peraturan perundangan khusus di luar KUHP yang dapat dijadikan sebagai dasar hukum penuntutan terhadap para pelaku, mengingat sifat dari pelanggaran HAM yang berat bersifat *extraordinary crimes*, yang tentunya sangat berbeda dengan kejahatan biasa yang

³⁹ Lihat dalam ketentuan Pasal 17 ayat (3) Statuta Roma tahun 1998.

⁴⁰ Lihat dalam ketentuan Pasal 1 Statuta Roma tahun 1998.

⁴¹ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum Hak Asasi Manusia Di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Dalam Jabatan Guru Besar Madya Ilmu Politik Hukum (HTN), UII-Jogyakarta, tanggal 23 September 2000, halaman 45.

bersifat *ordinary crimes* sesuai yang diatur dalam KUHP. Sedangkan penanganan kendala dalam ranah politik harus dilakukan secara arif dan bijaksana dengan pembentukan lembaga Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR), sebagaimana dipraktikkan negara Afrika Selatan.

Pembuatan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, tidak lain merupakan suatu bentuk penerapan politik kebijakan perundang-undangan atau yang juga dikenal sebagai politik kebijakan legislatif. Dalam konsepnya sebagai hukum positif, maka hukum⁴² tersebut telah diartikan sebagai norma-norma baku yang terumus secara eksplisit dalam bentuk perundang-undangan nasional. Dengan demikian, sebagai satu kesatuan proses dalam kerangka penetapan suatu ketentuan pidana dalam suatu perundang-undangan, maka tahap kebijakan legislatif tersebut merupakan suatu tahap yang paling strategis.⁴³ Pada tahap inilah nantinya akan dirumuskan garis-garis kebijakan sistem pidana dan ppidanaan yang sekaligus merupakan landasan bagi tahap-tahap berikutnya, yaitu tahap pidana dan tahap pelaksanaan pidana.

Berdasarkan uraian di atas, maka penulisan disertasi ini dimaksudkan untuk melakukan telaah teoritik terhadap permasalahan yang berkaitan dengan pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, dengan menggunakan teori Pertanggungjawaban Negara dan teori Hubungan Hukum

⁴² Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, ELSAM Huma, Jakarta, 2002, halaman 18.

⁴³ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1998, halaman 173.

Internasional dan Hukum Nasional sebagai teori utama dalam Hukum Internasional.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian di atas, beberapa permasalahan yang dapat dirumuskan dalam penulisan disertasi yang berjudul "Pertanggungjawaban Komando (*Command Responsibility*) Dalam Pelanggaran HAM Berat (Studi Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia)" adalah :

1. Mengapa negara Indonesia memandang urgen pembuatan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan ?
2. Bagaimanakah penerapan prinsip pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada peradilan HAM di Indonesia maupun peradilan internasional ?

C. Orisinalitas Penelitian

Berkaitan dengan penulisan disertasi yang berjudul "Pertanggungjawaban Komando (*Command Responsibility*) Dalam Pelanggaran HAM Berat (Studi

Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia)” di atas, selaku penulis disertasi menyatakan bahwa :

1. Judul disertasi yang penulis pilih sebenarnya merupakan kelanjutan dari tesis penulis yang berjudul “Kebijakan Legislatif Mengenai Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia Sebagai Salah Satu Pelanggaran HAM Yang Berat” saat penulis menyelesaikan S2 program pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang pada tahun 2002.
2. Sepengetahuan penulis saat penyusunan dan pelaksanaan ujian proposal pada tanggal 20 Desember 2004, belum ada judul disertasi sebagaimana tertera di atas. Namun baru pada tahun 2007 saat penulis hendak mengajukan ujian seminar hasil penelitian disertasi dengan judul sebagaimana tersebut di atas, penulis mengetahui adanya disertasi tentang pertanggungjawaban komando yang ditulis oleh sdr. Tommy Sihotang dari Unpad Bandung dan sdr. Hasnawi Haris dari Unair Surabaya. Selanjutnya penulis berusaha mencari dan membaca kedua disertasi tersebut, sehingga dapat mengemukakan hal hal dalam tabel matrik sebagai berikut :

Tabel : Matrik Perbandingan Substansi Disertasi

No	Substansi	Tommy Sihotang (Unpad)	Hasnawi Haris (Unair)	Joko Setiyono (Undip)
1.	Judul Disertasi	Konsep Pertanggungjawaban Pidana Komandan Atau Atasan Pada Pelanggaran HAM Berat Dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia	Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Pada Pengadilan HAM	Pertanggungjawaban Komando (<i>Command Responsibility</i>) Dalam Pelanggaran HAM Berat (Studi Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia)
2.	Perumusan Masalah	a. Bagaimana konsep pertanggungjawaban pidana dari komandan/atasan berdasarkan Hukum Internasional dan Hukum Pidana Indonesia ?	a. Bagaimanakah tanggung jawab negara atas pelanggaran HAM yang berat ? b. Apakah elemen-elemen <i>command</i>	a. Mengapa negara Indonesia memandang urgen pembuatan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban pidana komandan

		<p>b. Bagaimanakah implementasi konsep pertanggungjawaban pidana dari komandan/atasan dalam kasus pelanggaran HAM yang berat di Timor Timur ?</p>	<p><i>responsibility</i> atau <i>superior responsibility</i></p> <p>c. Bagaimana analisis kasus pelanggaran HAM yang berat menyangkut <i>superior responsibility</i> di Indonesia dalam kasus Timor-Timur ?</p>	<p>atau atasan dlm pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia ?</p> <p>b. Bagaimanakah penerapan prinsip pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan thd kemanusiaan pada Peradilan HAM di Indonesia maupun peradilan internasional ?</p>
3.	Objek Penelitian	Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan khusus pada kasus Timor-Timur	Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timor-Timur.	Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada kasus Timor-Timur (1999), Tanjung Priok (1984), dan Abepera (2000)
4.	Metodologi	<ul style="list-style-type: none"> - Penelitian hukum yang bersifat yuridis normatif - Sumber data : Hukum Nasional maupun Hukum Internasional - Metode pendekatan yang digunakan adalah metode yuridis komparatif dan yuridis historis - Spesifikasi penelitian bersifat deskriptif analitis 	<ul style="list-style-type: none"> - Tipe penelitian bersifat yuridis normatif - Metode pendekatan yang digunakan adalah <i>statute approach</i>, <i>conceptual approach</i>, <i>case approach</i> - Sumber hukum berasal dari bahan hukum primer dan sekunder 	<ul style="list-style-type: none"> - Metode penelitian bersifat yuridis normatif - Spesifik penelitian bersifat deskriptif analitis - Metode analisis data bersifat deskriptif kualitatif - Sumber data bersifat primer maupun sekunder
5.	Teori	Mempergunakan suatu teori <i>Should Have Known Test</i> dalam membahas permasalahan disertasi.	Mempergunakan teori Delegasi yang berlaku dalam HAN untuk membahas permasalahan dlm disertasi	Teori Pertanggungjawaban Negara, Teori Hubungan Hukum Internasional dan Hukum Nasional, dan Teori Yurisdiksi.
6.	Kesimpulan	<p>a. Penerapan teori <i>Should Have Known Test</i>, dimaksudkan untuk menentukan tanggung jwb komandan/atasan dlm hal komandan /atasan mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui terjadinya pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan bawahannya.</p> <p>b. Implementasi konsep pertjwban komandan /atasan dalam kasus pelanggaran HAM yang berat di Timtim masih memakai teori Kausalitas, sehingga tidak dapat membuktikan perbuatan pelanggaran HAM yang berat yang didakwa telah dilakukan oleh komandan /atasan</p>	<p>a. Tanggungjawab negara terkait dengan penerapan <i>command responsibility/superior responsibility</i> menem patkan negara dibebani kewajiban untuk menghormati semua kaidah-kaidah HAM, mem berikan kompensasi, restitusi, rehabilitasi.</p> <p>b. Elemen-elemen dasar yg melekat pd superior responsibility dlm praktik Pengad HAM <i>ad hoc</i> int'l terasa tidak lengkap, shg perlu ditambah beberapa hal penting, yaitu harus ada kewenangan atasan, hubungan atasan dan bawahan, pengan dalian efektif atasan, pengetahuan atasan, pembiaran atau kegagalan.</p> <p>c. Dalam kasus Timbul Silaen dan Abilio Soares sekalipun telah terbukti terjadi pelanggaran HAM berat akan tetapi mereka dibebaskan karena tidak terbukti adanya <i>command</i></p>	<p>a. Urgensi negara Indonesia membuat UU No. 26 tahun 2000 merupakan bentuk pertanggungjawaban negara atas PHAM berat kategori KTK sebagai kejahatan internasional dengan cara menga dili pelakunya. Pembuatan UU No. 26 tahun 2000 mencerminkan adanya penerapan teori Monisme Primat HN.</p> <p>b. Implementasi pertgjawaban komando di Indonesia, dapat disimpulkan bahwa telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori KTK, namun unsur pertanggung jawaban komandonya tidak terbukti dalam persidangan. Berdasarkan praktik peradilan internasional secara umum dapat disimpulkan bahwa unsur pertjwban komando terdiri dari adanya hubungan antara atasan dan bawahan; unsur mengetahui bagi komandan atau atasan; serta adanya unsur kegagalan komandan atau atasan.</p>

			<i>responsibility/superior responsibility</i>	
7.	Rekomendasi	<p>a. Agar memberlakukan teori <i>Should Have Known Test</i> yang dianut dalam HI dalam penyelesaian kasus pertanggungjwb pidana komandan/atasan yg berhubungan dengan pelanggaran HAM yang berat, karena teori Kausalitas yang dianut dalam hukum pidana nasional bersifat konvensional sehingga tidak dapat digunakan dalam penyelesaian kasus tersebut</p> <p>b. <i>Modified Test of Should Have Known Test</i> yang berhubungan dgn kasus pertanggungjwb pidana komandan atau atasan, agar dijadikan sebagai revisi terhadap Pasal 42 beserta seluruh penjelasannya dari UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM</p>	<p>a. Untuk memantapkan penerapan <i>Superior Responsibility</i> Di Indonesia maka perlu amandemen terhadap UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengad HAM</p> <p>b. Segera meratifikasi seluruh ketentuan yg terdapat dalam Statuta Roma 1988.</p>	<p>a. Pemerintah Indonesia segera meratifikasi Statuta Roma tentang ICC sbg lembaga peradilan pidana internasional yang memiliki yurisdiksi atas kejahatan genosida, KTK, kejahatan perang, dan kejahatan agresi</p> <p>b. Pemerintah Indonesia segera menuntaskan berbagai peristiwa yang berdasarkan hasil penyelidikan Komnas HAM disimpulkan telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang para pelakunya juga telah direkomendasikan dpt dituntut berdasarkan prinsip pertjwban komando.</p>

D. Tujuan dan Manfaat Penelitian

Tujuan penelitian dan penulisan disertasi yang berjudul “Pertanggungjawaban Komando (*Command Responsibility*) Dalam Pelanggaran HAM Berat (Studi Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia)” ini antara lain adalah :

1. Untuk mengetahui dan menganalisis urgensi negara Indonesia membuat UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia;

2. Untuk mengetahui dan menganalisis bagaimana penerapan prinsip pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada peradilan HAM di Indonesia maupun peradilan internasional.

Sedangkan manfaat dari penyusunan disertasi ini antara lain adalah :

1. Dapat memberikan sumbangan pemikiran akademis atau teoritis terhadap upaya pengkajian, penelaahan dan pengembangan terhadap ilmu hukum yang berkaitan dengan substansi atau permasalahan pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia dengan mendasarkan pada teori dalam HI.
2. Sebagai bahan pertimbangan bagi pihak eksekutif selaku pemerintah maupun pihak legislatif selaku DPR-RI dalam merumuskan berbagai kebijakan legislatifnya, khususnya yang berkaitan dengan persoalan pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dalam pelanggaran HAM berat selain kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida sebagaimana termuat dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM dan serta bahan pertimbangan untuk melakukan ratifikasi Statuta Roma 1998 tentang *ICC*.

E. Kerangka Teoritik

Berdasarkan literatur yang ada menunjukkan bahwa belum ada pengertian teoritik tentang pelanggaran HAM berat dari para pakar (hukum) yang dapat

dijadikan sebagai suatu rujukan. Kebanyakan para ahli hanya memberikan batasan atau kualifikasi dari suatu perbuatan dapat dikatakan telah melanggar HAM berat, yang meliputi kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan kejahatan agresi. Pelanggaran HAM berat merupakan tindak pidana sebagaimana tindak pidana lain yang bersifat melawan hukum (*unlawful*) dan sama sekali tidak ada alasan pembenarnya,⁴⁴ yang ruang lingkungannya mencakup pula pelanggaran berat terhadap HHI.⁴⁵

Pelanggaran HAM berat merupakan bentuk kejahatan internasional yang bersifat *extraordinary crimes* yang membedakannya dengan kejahatan biasa sebagai *ordinary crimes*. Hal spesifik yang membedakan pelanggaran HAM berat dengan tindak pidana umum, seperti pembunuhan, perampasan kemerdekaan, penyiksaan, dan pemerkosaan, terletak pada ada tidaknya elemen perbuatan berupa “*committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population*”. Suatu perbuatan dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM berat, harus mengandung adanya perbuatan yang melanggar (*act of commission*), ada unsur kesengajaan dan sikap membiarkan suatu perbuatan yang mestinya harus dicegah (*act of omission*), secara sistematis, menimbulkan akibat yang meluas dan rasa takut luar biasa. Sifat dari perbuatan yang sistematis dan meluas itu menimbulkan perasaan ancaman takut yang luar biasa (*terrorizing*), ketakutan yang amat sangat (*extreme fear*), atau seseorang yang gelisah karena

⁴⁴Muladi, *Op. Cit*, halaman_2.

⁴⁵Rozali Abdullah, *Perkembangan HAM dan Keberadaan Peradilan HAM di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2002, halaman 47

ketakutan yang amat sangat (*one who exist extreme fear*), dan serangan tertuju pada kelompok penduduk sipil.⁴⁶

Upaya mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat dewasa ini berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, bukanlah merupakan persoalan baru dalam khasanah ilmu hukum. Hal tersebut tercermin dalam *Nuremberg Tribunal* tahun 1946, dan *Tokyo Tribunal* tahun 1948, *ICTR* tahun 1993 dan *ICTY* tahun 1994 sebagai peradilan bagi pelaku pelanggaran HAM berat, baik kategori kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, maupun kejahatan perang, yang dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Penerapan prinsip pertanggungjawaban komando sebagaimana tampak dalam *Nuremberg Tribunal*, *Tokyo Tribunal*, *ICTY* maupun *ICTR*, telah menempatkan para komandan atau atasan sebagai terdakwa. *IMTN* tahun 1946 terbentuk berdasarkan *London Agreement* tahun 1945, merupakan peradilan penjahat PD II yang bersifat *ad hoc* bentukan tentara sekutu pemenang perang atas tentara Nazi-Jerman, telah menerapkan prinsip pertanggungjawaban komando atas kejahatan terhadap perdamaian, kejahatan terhadap hukum dan kebiasaan perang, dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Demikian halnya dengan *IMTT* yang terbentuk berdasarkan Instruksi Jenderal Mach Arthur tahun 1946 *yunto London Agreement* 1945, juga menerapkan prinsip pertanggungjawaban komando dalam mengadili para pelaku kejahatan terhadap perdamaian, kejahatan terhadap hukum dan kebiasaan perang, dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Demikian pula halnya dengan peradilan internasional *ad hoc* yang terbentuk pasca Perang

⁴⁶ Jerry Fowler, *Keadilan Bagi Generasi Mendatang*, ELSAM, Jakarta, 2001, halaman VIII.

Dingin, yaitu *International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia (ICTY)*⁴⁷ dan *International Criminal Tribunal For Rwanda (ICTR)*.⁴⁸ Sehubungan dengan kemunculannya dalam konteks perang atau konflik bersenjata, maka tidak mengherankan bila dasar-dasar pemikiran awal pemidanaan pelanggaran HAM berat dari HHI⁴⁹ sebagaimana dikemukakan Bassiouni bahwa : "...*the historical-legal foundation of crimes against humanity is found in international humanitarian law and in the normative aspect of the international regulation of armed conflict*".⁵⁰

Istilah pertanggungjawaban komando merupakan suatu istilah yang terdiri dari dua kata dasar, yaitu pertanggungjawaban dan komando. Pertanggungjawaban sendiri terdiri dari dua kata dasar tanggung dan jawab yang mendapat awalan dan akhiran per-an, membentuk kata benda pertanggungjawaban. Patut untuk dikemukakan bahwa upaya menyepadankan istilah *responsibility* dengan istilah *liability* sebagai suatu bentuk pertanggungjawaban sebenarnya kurang tepat. Kata *responsibility* mengandung pengertian adanya suatu kewajiban hukum yang harus dilakukan oleh suatu pihak tertentu kepada pihak lainnya. Secara etimologis, kata *responsibility* berasal dari

⁴⁷ *ICTY* terbentuk berdasarkan Resolusi DK PBB No. : SC/RES/808/1993 berwenang mengadili para pelaku pelanggaran HAM yang berat yang berupa : pelanggaran-pelanggaran berat terhadap Konvensi Jenewa 1949, kejahatan terhadap hukum dan kebiasaan perang, kejahatan genosida, dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

⁴⁸ *ICTR* terbentuk berdasarkan Resolusi DK PBB No. : SC/RES/955/1994 berwenang atas kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan terhadap Pasal 3 ketentuan yang bersamaan dalam keempat Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan 1977.

⁴⁹ Sebagai suatu istilah yang relatif baru dalam wacana hukum di Indonesia sebagaimana tertulis dalam buku karya GPH. Haryomataram yang berjudul *Hukum Humaniter*, maupun dalam buku yang berjudul *Sekelumit Tentang Hukum Humaniter*. Bandingkan pula dengan buku Arlina Permasari yang berjudul *Pengantar Hukum Humaniter*.

⁵⁰ Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity In International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1992, halaman 7.

bahasa Latin dan bahasa Perancis *respondere* yang berarti menjawab kepada pihak lain atas sesuatu hal atau menjawab atas suatu ikatan, sementara itu, kata *liability* berasal dari bahasa Latin *Ligare* dan bahasa Perancis *Lier* yang berarti terikat atau mengikat.⁵¹ *Responsibility* mengacu kepada suatu tugas (*duty*), suatu standar perilaku yang oleh suatu sistem hukum diharapkan dan atau diterapkan terhadap subyek hukum sementara *liability* mengacu kepada kewajiban melaksanakan suatu *legal redress* (kompensasi) setelah ditetapkannya suatu *responsibility*.⁵² Menurut F.X. Adji Samekto, istilah *responsibility* lebih menunjuk pada norma pertanggungjawaban negara menurut HI dalam arti luas, yang dapat diwujudkan dalam bentuk permintaan maaf, pemberian ganti rugi, atau perbaikan keadaan. Sedangkan istilah *liability* lebih menunjuk pada norma pertanggungjawaban menurut Hukum Perdata yang diwujudkan antara lain, dengan pemberian ganti rugi berupa uang atau bentuk lainnya.⁵³

Pasal 1367 KUH Perdata membebaskan tanggung jawab perdata kepada majikan atas semua pelanggaran hukum yang dilakukan pegawai atau bawahannya. Ketentuan demikian tampak pula dalam putusan adat di Mandailing (Sumut) yang mengharuskan pemilik ternak bertanggung jawab pada kelalaian si gembala karena ternaknya memakan tanaman tetangga.⁵⁴ Ilustrasi pengaturan di atas, memberi dasar pemikiran (hukum) yang kuat untuk menuntut pertanggungjawaban komando terhadap para komandan militer, atasan polisi

⁵¹ I.B.R. Supancana, *Tanggung Jawab Publik Negara Terhadap Kegiatan Keruangankasaan*, Makalah Dalam Seminar Nasional, Dirjen Postel, 2006, halaman 2

⁵² *Ibid*, halaman 4.

⁵³ F.X. Adji Samekto, *Negara Dalam Dimensi Hukum Internasional*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2009, halaman 102.

⁵⁴ Rozali Abdulah, *Op. Cit.* halaman 53.

maupun atasan sipil lainnya atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, yang dilakukan anak buah atau bawahan yang berada dibawah komando atau pengendalian efektifnya.

Kedudukan komandan militer dan atasan polisi atas pasukan bersenjata yang berada dibawah kekuasaan dan kontrol efektifnya sangat strategis dibandingkan kedudukan atasan sipil lainnya.⁵⁵ Dalam konteks konflik bersenjata baik yang bersifat internasional maupun *non* internasional, HHI membebani kewajiban terhadap para pemegang komando untuk mengawasi anak buahnya agar tidak melakukan tindakan pelanggaran HAM berat maupun ketentuan HHI. Dengan demikian, jika terjadi pelanggaran HAM berat oleh anak buah atau bawahan dimana seorang yang bertindak sebagai komandan atau atasan mengetahui hal itu namun tidak mengambil sikap maupun menindak pelakunya sesuai ketentuan hukum dan perundang-undangan yang berlaku, maka sebagai komandan atau atasan dapat dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Hal demikian juga tampak dalam putusan peradilan penjahat perang Jerman *pasca* PD I di depan *German Supreme Court* di Leipzig, dalam kasus Dover Castle dan Mueller yang telah menciptakan keputusan yang berkaitan dengan penerapan prinsip pertanggungjawaban komando.

Putusan peradilan menyebutkan bahwa para komandan atau atasan dinyatakan bersalah atas kegagalan untuk mencegah atau menghukum kejahatan-kejahatan yang dilakukan oleh anak buah atau bawahan yang berada dibawah kendali efektifnya. Hal senada tampak pula dalam putusan lembaga peradilan

⁵⁵Eddy Djunaedi Karnasudirdja, *Tanggung Jawab Seorang Atasan Terhadap Bawahan Yang Melakukan Pelanggaran HAM Berat Dan Penerapannya Oleh Pengadilan Pidana Internasional Dan Pengadilan HAM Indonesia*, PT. Tatanusa, Jakarta, 2006, halaman 3.

pasca PD II dalam kasus General Tomoyuki Yamashita sebagai pimpinan tertinggi Gubernur Militer Jepang di Filipina, yang menyebutkan bahwa seorang komandan militer dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan perbuatan pasif (*crime by omission*) atas perbuatan bawahannya walaupun ia tidak mengetahui terjadinya kejahatan-kejahatan yang dilakukan bawahannya karena pasukannya dalam situasi kacau balau dan terputusnya jalur komunikasi. Ada dua aspek penting yang harus diperhatikan dalam pertanggungjawaban komando. Aspek pertama, terkait dengan pertanggungjawaban komando seorang komandan atau atasan yang telah memberikan suatu perintah kepada anak buah atau bawahannya untuk melakukan suatu perbuatan yang melanggar ketentuan hukum dan perundangan yang berlaku atau dari sikap komandan atau atasan tersebut tersimpul merestui pelanggaran yang sedang dilakukan anak buah atau bawahannya. Aspek kedua, terkait dengan pembelaan seorang anak buah atau bawahan bahwa ia tidak dapat dipertanggungjawabkan atas pelanggaran tersebut karena ia bertindak sesuai dengan perintah atau ia memperkirakan bahwa tindakan itulah yang dikehendaki komandan atau atasannya. Pemikiran untuk menuntut pertanggungjawaban komando terhadap para pemegang komando yang *nota bene* terdiri dari para komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya atas kejahatan yang dilakukan oleh mereka yang berada dibawah pimpinan dan kendali efektifnya telah ada sejak jaman feodal.⁵⁶

Jenderal Arne Willy Dahl seorang hakim dari Norwegia telah memberikan basis filosofi dari pertanggungjawaban komando dengan menyatakan bahwa

⁵⁶Prasetyohadi dan Anton Prajasto, *Tentang Tanggung Jawab Komando : Mengembalikan Kehormatan Komandan*, Makalah Lokakarya Internasional “Kejahatan Terhadap Kemanusiaan” Komnas HAM, Jakarta, 2001, halaman 48.

kegagalan dari para pemegang komando untuk mengendalikan anak buah/pasukan/bawahannya berkaitan erat dengan nama baik dan reputasi serta kehormatan pasukan atau bahkan dari negaranya. Sementara itu, elemen utama pertanggungjawaban komando menurut Muladi⁵⁷ adalah : adanya hubungan antara bawahan dengan atasan, atasan mengetahui atau beralasan untuk mengetahui bahwa telah terjadi kejahatan atau sedang dilakukan kejahatan, dan atasan gagal untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan dan beralasan untuk mencegah atau menghentikan tindak pidana atau berupaya untuk menghukum pelaku. Françoise Hampson mengemukakan tiga alasan (*rationale*) yang mendasari pemikiran tentang prinsip pertanggungjawaban komando (*command responsibility*) bagi para komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya, yaitu :⁵⁸

- a. Setiap penyelenggaraan kekuasaan mengandung dalam dirinya tanggung jawab (*constitutional responsibility*). Kombinasi antara kekuasaan dan tanggung jawab disatukan dalam akuntabilitas, menghendaki bahwa seorang (komandan atau atasan) yang mempunyai kekuasaan, di satu sisi dapat memberi perintah dan instruksi pada pihak lain, namun di sisi yang lain ia pun senantiasa bertanggung jawab terhadap perintah yang ia berikan, juga atas tindakan-tindakan mereka yang berada di bawah kekuasaannya.
- b. Mendasarkan pada hakikat dan kekuasaan militer atau polisi. Kekuatan keamanan (*security forces*) merupakan kekuatan kohesif, dimana komandan atau atasan harus dapat menggunakan kekuatan itu secara terpadu pula.

⁵⁷ Muladi, *Pertanggungjawaban Pidana Komandan*, Makalah Kuliah Umum FH Undip, Semarang, 2003, halaman 7.

⁵⁸ Prasetyohadi dan Anton Prajasto, *Op.Cit*, halaman 50.

Komandan atau atasan bertanggung jawab atas rusaknya reputasi dari pasukan maupun negaranya, karena kegagalan mengendalikan atau mengontrol anak buahnya yang melakukan pelanggaran HAM berat. Kewenangan memberi perintah dan menghukum anak buah atau bawahan yang tidak taat atau tidak disiplin inilah yang membedakan unit militer yang sah dengan sekumpulan individu pasukan liar.

- c. Negara bertanggung jawab atas perilaku kekuatan bersenjata. Dengan demikian negara dimana pihak militernya yang melakukan pelanggaran HAM berat, baik di dalam maupun di luar wilayahnya akan dianggap mengancam perdamaian regional maupun internasional, sehingga dipandang perlu menuntut adanya pertanggungjawaban komando.

Dalam konteks Indonesia, sebelum disahkannya UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, para komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya senantiasa terbebas dari penerapan prinsip pertanggungjawaban komando atas berbagai pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Selanjutnya dalam kerangka untuk menjawab atau membahas permasalahan pokok yang terdapat dalam perumusan masalah dalam disertasi yang berjudul “Pertanggungjawaban Komando (*Command Responsibility*) Dalam Pelanggaran HAM Berat (Studi Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia)” maka akan dipergunakan teori Pertanggungjawaban Negara, Teori Hubungan HI dan HN, dan teori Yurisdiksi. Penggunaan teori-teori tersebut didasarkan pada pemikiran bahwa HI telah meletakkan suatu dasar bahwa suatu negara memikul tanggung jawab utama dalam penegakkan hukum atas

pelanggaran HAM berat, yang mana tanggung jawab negara tersebut tidak dapat dikurangi dengan alasan-alasan politik, ekonomi maupun budaya.⁵⁹ Selain itu pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat juga tercermin dari konsep tanggung jawab negara yang timbul sebagai akibat adanya “*internationally wrongful act of a state*” yaitu tindakan yang melanggar suatu kewajiban internasional. Konsep ini didasarkan pada tujuan dasar yaitu “*to protect fundamental interest of the international community*” sebagai suatu kewajiban hukum. Negara melindungi kepentingan fundamental masyarakat internasional dengan menghormati dan menjamin penghormatan terhadap HAM, yang dilakukan dengan cara mencantumkan dalam kebijakan legislasi nasionalnya. Hal demikian tidak lain merupakan bentuk dari penerapan dari teori Pertanggungjawaban Negara dalam HI.

Selain itu penggunaan teori Hubungan HI dan HN terkait dengan penuntutan hukum atas pelanggaran HAM yang berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, dipandang cukup relevan untuk digunakan. Pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan bentuk pertanggungjawaban pidana bagi para komandan militer maupun atasan lainnya, awalnya hanya dikenal dalam HI maupun HHI. Hal demikian tercermin dalam praktik peradilan (HAM) internasional yang bersifat *ad hoc* antara lain *IMTN*, *IMTT*, *ICTY* maupun *ICTR* yang pembentukannya berdasarkan suatu instrument HI antara lain *London Agreement* 1945, maupun Resolusi DK PBB.

⁵⁹ F. Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Universitas Atmajaya, Yogyakarta, 1998, halaman 76-79.

Pengaturan tersebut menunjukkan adanya penggunaan teori Monisme Primat HI, sementara di Indonesia hal demikian diatur dalam suatu ketentuan UU No. 26 tahun 2000 yang merupakan hasil produk hukum nasional. Pengaturan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia tersebut, menunjukan adanya penggunaan teori Monisme Primat HN.

Penggunaan teori Yurisdiksi dalam pembahasan persoalan dalam disertasi yang terkait dengan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, menunjukkan bahwa sebagai negara yang merdeka dan berdaulat berwenang untuk membuat peraturan perundangan sebagai dasar hukum untuk melakukan penuntutan atas para pelakunya. Patut dikemukakan bahwa penerapan yurisdiksi kriminal negara Indonesia lebih diutamakan dalam melakukan penuntutan hukum terhadap para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, sebelum akhirnya dapat diterapkan yurisdiksi universal dalam kerangka untuk menciptakan rasa keadilan serta upaya pemutusan penerapan praktik *impunity*.

F. Metode Penelitian

Agar penyusunan disertasi yang berjudul “Pertanggungjawaban Komando (*Command Responsibility*) Dalam Pelanggaran HAM Berat (Studi Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia)” ini dapat terarah dan tidak menyimpang, maka harus dilakukan berdasarkan

metode-metode tertentu. Hal ini disebabkan, suatu penelitian merupakan usaha untuk menemukan, mengembangkan dan menguji kebenaran suatu pengetahuan.⁶⁰ Penelitian dalam disertasi ini termasuk dalam jenis penelitian doktrinal, dimana metode pendekatan yang digunakan bersifat yuridis normatif. Pembahasan terhadap permasalahan yang berkaitan dengan substansi pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dilakukan dengan lebih mengutamakan pada data sekunder yang berasal dari hasil studi kepustakaan dan studi dokumentasi peraturan perundang-undangan nasional maupun internasional.

Spesifikasi penelitian dalam disertasi ini adalah bersifat deskriptif analitis, dimana analisis dilakukan secara kritis dengan menggunakan berbagai teori dalam HI terhadap permasalahan pertanggungjawaban komando sebagaimana yang telah diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang tak lain merupakan produk kebijakan legislatif dengan menggunakan hukum pidana (*sarana penal*).

Penelitian dalam disertasi ini lebih menitikberatkan pada studi kepustakaan maupun studi dokumenter terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan, baik nasional maupun internasional. Oleh karena itu, maka data dalam penelitian ini adalah data sekunder, yaitu data yang diperoleh melalui bahan-bahan hukum primer⁶¹ maupun bahan-bahan hukum sekunder⁶². Sedangkan

⁶⁰ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982, halaman 2.

⁶¹ Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang bersifat mengikat, antara lain terdiri dari :

bahan-bahan hukum primer sebagai bahan hukum yang bersifat mengikat, sesuai judul di atas adalah :

- a. Sumber hukum internasional, yang terdiri dari:
 1. Perjanjian internasional;
 2. Kebiasaan internasional;
 3. Asas-asas/prinsip-prinsip umum hukum;
 4. Doktrin-doktrin, serta;
 5. Putusan pengadilan internasional
- b. Peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu pelanggaran HAM yang berat, baik yang bersifat nasional maupun internasional.

Sedangkan bahan hukum sekunder sebagai bahan hukum yang bersifat untuk memberikan penjelasan tentang bahan hukum primer berupa :

- a. Tulisan dari para ahli/pakar HI, Hukum Pidana Internasional maupun HHI yang secara spesifik membicarakan materi pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan.

-
- Norma dasar Pancasila
 - Peraturan dasar: batang tubuh UUD '45, ketetapan-ketetapan MPR
 - Peraturan-peraturan perundangan termasuk di dalamnya hukum adat/kebiasaan
 - Yurisprudensi dan traktat
 - Kitab undang-undang hukum pidana (KUHP). Uraian lebih lanjut dapat dibaca dalam buku Soerjono soekamto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, CV. Rajawali, Jakarta, 1986, halaman 14-15.

⁶² Bahan-bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu untuk menganalisis serta memahami bahan hukum primer, antara lain terdiri dari :

- rancangan peraturan perundang-undangan
- hasil penulisan/karya ilmiah para sarjana ternama
- hasil-hasil dari suatu penelitian dan lain sebagainya. Uraian lebih lanjut dapat dibaca dalam buku Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Yurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990, halaman 11-12.

b. Statuta Roma 1998 yang menjadi dasar hukum pembentukan ICC.

Dapat pula ditambahkan sebagai bahan hukum pelengkap dari kedua tersebut di atas, yaitu bahan hukum tersier, antara lain : ensiklopedi Indonesia, kamus hukum maupun kamus bahasa Inggris-Indonesia, maupun berbagai majalah hukum lainnya yang relevan dengan penelitian

Berhubung jenis data yang diutamakan dalam penelitian ini adalah berupa data sekunder, maka teknik pengumpulan data dilakukan melalui studi kepustakaan dan studi dokumenter. Dalam melakukan penelitian melalui studi kepustakaan tersebut, maka asas-asas, konsepsi-konsepsi, pandangan-pandangan, doktrin-doktrin hukum serta isi kaidah hukum diperoleh melalui dua *referensi* utama sebagai berikut :

1. Bersifat umum seperti buku-buku, makalah seminar.
2. Bersifat khusus seperti *journal*, laporan hasil penelitian, terbitan berkala, dan lain sebagainya

Penelitian melalui studi dokumenter lebih diarahkan pada penelitian terhadap dokumen-dokumen resmi pemerintah atau negara, baik yang bersifat nasional maupun internasional serta dokumen yang dikeluarkan oleh berbagai organisasi internasional yang ada. Selanjutnya dari seluruh data-data yang telah diperoleh tersebut dilakukan berbagai proses identifikasi dan klasifikasi secara sistematis, kemudian dilakukan analisis yang hasilnya akan disajikan secara *deskriptif kualitatif*.

G. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan disertasi yang berjudul “Pertanggungjawaban Komando (*Command Responsibility*) Dalam Pelanggaran HAM Berat (Studi Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia)” ini terdiri dari lima bab, dengan perincian sebagai berikut.

Bab I disertasi ini akan memuat uraian mengenai latar belakang penelitian, perumusan masalah, orisinalitas penelitian, tujuan dan manfaat penelitian, kerangka teoritik, metode penelitian dan sistematika penulisan disertasi.

Bab II tentang Pelanggaran HAM Berat dan Pertanggungjawaban Komando terdiri dari sub bab tentang HAM, sub bab tentang pelanggaran HAM berat, sub bab tentang kejahatan terhadap kemanusiaan, sub bab tentang tanggung jawab komando, dan sub bab tentang peradilan HAM. Dalam sub bab tentang HAM tersebut akan diuraikan mengenai pengertian dan hakikat HAM, dinamika pemikiran HAM di dunia dan di Indonesia. Sedangkan dalam sub bab tentang pelanggaran HAM berat akan diuraikan mengenai pengertian dan ruang lingkup pelanggaran HAM berat. Sub bab tentang kejahatan terhadap kemanusiaan akan memuat uraian tentang pengertian dan ruang lingkup kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai pelanggaran HAM berat, kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan kejahatan internasional, kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat. Dalam sub bab tentang pertanggungjawaban komando, akan diuraikan tentang latar belakang, prinsip dan penerapan

pertanggungjawaban komando, tanggung jawab komando menurut ketentuan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM. Terakhir dalam sub bab tentang peradilan HAM akan diuraikan mengenai peradilan merupakan peradilan khusus, dan ruang lingkup hukum acara dalam peradilan HAM.

Bab III akan menguraikan pembahasan atas permasalahan pertama dalam disertasi ini mengenai urgensi pembuatan UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, terdiri dari empat (4) sub bab. Masing-masing sub bab tersebut akan memuat uraian mengenai gambaran umum kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia yang pelakunya direkomendasikan Komnas HAM dapat dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando sebagaimana diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Dalam sub bab berikutnya akan diuraikan mengenai substansi umum UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM dan problematikanya. Pada sub bab selanjutnya akan diuraikan tentang substansi pertanggungjawaban komando dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM. Dan dalam sub bab yang terakhir akan diuraikan mengenai unsur-unsur pertanggungjawaban komando dalam Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM.

Bab IV akan menguraikan pembahasan atas permasalahan kedua dalam disertasi mengenai penerapan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat pada peradilan HAM Indonesia maupun peradilan internasional, terdiri dari 4 sub bab. Pada sub bab pertama akan diuraikan mengenai penerapan

pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia (meliputi kasus Timtim, kasus Tanjung Priok, dan kasus Abepura). Selanjutnya dalam sub bab berikutnya akan diraikan mengenai penerapan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat pada peradilan internasional maupun peradilan HAM khusus di Kamboja, Timor Leste, dan Siera Leone.

Bab V sebagai bab penutup dari disertasi yang berjudul “Pertanggungjawaban Komando (*Command Responsibility*) Dalam Pelanggaran HAM Berat (Studi Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia)” ini, akan memuat uraian tentang simpulan dan saran.

BAB II

PELANGGARAN HAM BERAT DAN

PERTANGGUNGJAWABAN KOMANDO

A. Pengertian dan Hakikat Hak Asasi Manusia (HAM)

Purwodarminto menyebutkan bahwa hak adalah sesuatu yang benar dan berhubungan dengan milik, kewenangan, kekuasaan untuk berbuat sesuatu karena ditentukan oleh undang-undang, kekuasaan yang benar atas sesuatu untuk menuntut sesuatu.⁶³ Dengan demikian hak merupakan unsur normatif yang melekat pada diri setiap umat manusia yang berfungsi sebagai pedoman berperilaku, melindungi kebebasan, serta menjamin harkat dan martabat sesuai kodratnya.⁶⁴ Oleh karena itu hak tersebut merupakan sesuatu yang harus diperoleh yang tentunya juga disertai dengan pelaksanaan suatu kewajiban. Antara hak dan kewajiban merupakan dua hal yang tidak dapat dipisahkan dalam perwujudannya, dalam artian ketika seseorang menuntut haknya maka juga harus melakukan apa yang menjadi kewajibannya sehingga terjadi suatu keseimbangan dalam menjalankan suatu kehidupan yang harmonis.

⁶³ Purwodarminto, *Kamus Besar Bahasa Indoensia*, Tanpa Penerbit, Jakarta, 1995, halaman 98

⁶⁴ James W. Nickel, *Hak Asasi Manusia : Refleksi Filosofis Atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1996, halaman 24.

HAM merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia yang bersifat universal, sehingga harus dihormati dan dilindungi dalam suatu peraturan perundangan. Di samping HAM, diperlukan adanya Kewajiban Dasar Manusia (selanjutnya disingkat KDM)⁶⁵ sebagai penyeimbang dalam menjalankan roda kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Eksistensi HAM tidak terlepas dari pengakuan terhadap adanya Hukum Alam yang menjadi cikal bakal kelahirannya. Marcus G Singer menyebutkan bahwa Hukum Alam merupakan suatu konsep dari prinsip-prinsip umum moral dan sistem keadilan dan berlaku untuk seluruh umat manusia.⁶⁶ Hukum Alam merupakan produk rasio manusia demi terciptanya suatu keadilan abadi. Salah satu muatan Hukum Alam adalah hak-hak pemberian dari alam, karena dalam Hukum Alam tersebut ada sistem keadilan yang berlaku secara universal.⁶⁷ Dengan demikian, masalah keadilan yang merupakan inti dari Hukum Alam menjadi pendorong bagi upaya penghormatan dan perlindungan harkat dan martabat kemanusiaan secara universal.

Istilah HAM untuk pertama kalinya diperkenalkan oleh Eleanor Roosevelt selaku ketua Komisi HAM PBB, ketika merumuskan *UDHR*.⁶⁸ Menurut Jean

⁶⁵ Kewajiban Dasar Manusia (KDM) menurut Pasal 1 ayat (2) UU No. 39 tahun 1999 diartikan sebagai seperangkat kewajiban yang apabila tidak dilaksanakan, tidak memungkinkan terlaksana dan tegaknya HAM

⁶⁶ Peter Davier, *Hak Asasi Manusia, Sebuah Bunga Rampai*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1994, halaman 21.

⁶⁷ A. Masyhur Effendi, *Dimensi Dan Dinamika HAM Dalam Hukum Nasional dan Hukum Internasional*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994, halaman 38.

⁶⁸ Kartini Sekartadji, *Perkembangan HAM dalam Perspektif Global*, Semarang, BP Undip, 1999, halaman 1.

Pictet, dalam *UDHR* tersebut mengandung prinsip-prinsip HAM yang berlaku secara umum yaitu :⁶⁹

1. *Principle of inviolability*, yaitu suatu prinsip yang menyatakan bahwa setiap individu mempunyai hak untuk dihormati jiwanya, integritasnya baik fisik maupun moral dan atribut-atribut yang tidak dapat dipisahkan dari personalitasnya;
2. *Principle of non discrimination*, yaitu suatu prinsip yang menyatakan bahwa setiap individu berhak untuk mendapatkan perlakuan yang sama tanpa memandang perbedaan jenis kelamin, ras, suku, agama, bangsa, status social, dan lain sebagainya;
3. *Principle of security*, yaitu suatu prinsip yang menyatakan bahwa setiap individu berhak untuk mendapatkan perlindungan keamanan dan seseorang tidak dapat dipertanggungjawabkan atas suatu perbuatan yang tidak dilakukannya;
4. *Principle of liberty*, yaitu suatu prinsip yang menyatakan bahwa setiap orang berhak untuk menikmati kebebasan individual;
5. *Principle of sosial well being*, yaitu suatu prinsip yang menyatakan bahwa setiap orang mempunyai hak untuk menikmati kondisi kehidupan yang menyenangkan.

Tujuan utama pengaturan HAM adalah untuk mempertahankan umat manusia, baik secara perorangan maupun kolektif dari kehilangan kehidupan, kebebasannya dan dari perlakuan kejam tanpa batas rasa kemanusiaan serta

⁶⁹ Jean Pictet, *The Principle of International Humanitarian Law*, 1966, halaman 10

penindasan dari suatu negaranya.⁷⁰ Sri Soemantri Martosoewignjo menyatakan HAM adalah hak-hak dasar yang melekat pada diri manusia secara kodrati dan universal sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa, dan berfungsi menjaga integritas keberadaannya yang tidak boleh diabaikan, dikurangi atau dirampas oleh siapa pun, meliputi hak untuk hidup, hak untuk melangsungkan keturunan, hak pengembangan diri, hak keadilan, hak kemerdekaan, hak keamanan dan hak kesejahteraan.⁷¹ John Materson dari Komisi HAM PBB, menyatakan HAM adalah sebagai hak-hak yang melekat pada manusia, yang tanpanya manusia manusia mustahil dapat hidup sebagai manusia.⁷² Satjipto Rahardjo mengatakan bahwa HAM bukanlah suatu konsep yang seratus persen netral, dimana banyak sekali terjadi titik singgung dengan hal-hal yang universal.⁷³ Derajat manusia yang luhur itu (*human dignity*) berasal dari Tuhan yang menciptakannya⁷⁴ oleh karena itu, tidak ada kekuasaan apapun di dunia ini yang dapat mencabutnya tanpa dasar atau alasan yuridis yang kuat dan sah. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa individu sebagai manusia dalam dirinya sejak lahir telah melekat HAM yang tak dapat dihilangkan begitu saja tanpa dasar alasan hukum yang sah.

Pasal 1 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, menyebutkan bahwa HAM adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan

⁷⁰ Sadruddin Aga Khan, *Komisi Independen Internasional mengenai Masalah-Masalah Kemanusiaan*, Leppenas, Jakarta, 1983, halaman 13-17

⁷¹ Sri Soemantri Martosoewignjo, *Refleksi HAM di Indonesia*, Makalah Penataran Hukum Humaniter dan Hukum HAM, UGM-ICRC, Yogyakarta, 1998, halaman 12

⁷² Budi Santoso, *Wawasan HAM dalam Negara Hukum*, Makalah Seminar HAM, FH UNS, Surakarta, 2001, halaman 3

⁷³ Satjipto Rahardjo, *Pembahasan Sosiologis Hak Asasi Manusia*, Makalah dalam Seminar Nasional HAM diselenggarakan Fakultas Hukum UNDIP, 1993, halaman 5.

⁷⁴ Gunawan Setiardja, *Hak Asasi Manusia berdasarkan Ideologi Pancasila*, Yogyakarta, Kanisius, 1993, halaman 37.

manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap manusia demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat kemanusiaannya. Pengertian HAM dalam Pasal 1 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM tersebut juga sama⁷⁵ dengan pengertian HAM dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa pengertian HAM di Indonesia telah ditetapkan sebagai pengertian yang baku atau standar yang telah ditetapkan dalam suatu peraturan perundangan yang berlaku.

Hakikat penghormatan dan perlindungan terhadap HAM adalah menjaga keselamatan eksistensi manusia secara utuh melalui aksi keseimbangan, yaitu keseimbangan antara hak dan kewajiban, serta keseimbangan antara kepentingan perseorangan dengan kepentingan umum. Oleh karena itu, pemenuhan, perlindungan dan penghormatan terhadap HAM harus diikuti dengan pemenuhan terhadap Kewajiban Asasi Manusia (KAM) dan Tanggung Jawab Asasi Manusia (TAM) dalam suatu kehidupan pribadi, bermasyarakat dan bernegara. Dengan demikian bilamana ketiga unsur asasi yang terdiri dari HAM, KAM dan TAM tersebut tidak berjalan secara seimbang, dapat dipastikan akan menimbulkan kekacauan, anarkisme dan kesewenang-wenangan. Dengan demikian maka secara umum dapat dikemukakan bahwa hakikat HAM adalah :⁷⁶

⁷⁵ Lihat pada ketentuan Pasal 1 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM dan ketentuan Pasal 1 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

⁷⁶ Mansour Fakih dkk, *Menegakkan Keadilan dan Kemanusiaan : Pegangan Untuk Membangun Gerakan HAM*, Insist Press, Yogyakarta, 2003, halaman 32.

- a. HAM berasal atau bersumber dari Tuhan Yang Maha Kuasa yang diberikan atau dimiliki seluruh umat manusia tanpa membedakan berdasarkan strata sosial apa pun juga. HAM merupakan suatu hak yang secara kodrati melekat pada setiap individu sebagai anugerah dari Tuhan Yang Maha Esa pada umat manusia yang berlaku secara universal;
- b. HAM berlaku untuk semua orang tanpa memandang jenis kelamin, ras, agama, etnis, pandangan politik atau asal-usul sosial dan bangsa. Pengimplementasian HAM berkembang seiring dengan perkembangan pikir, budaya, cita-cita manusia dan iptek.
- c. HAM tidak dapat dilanggar, dalam artian tidak seorangpun termasuk negara mempunyai hak untuk membatasi atau melanggar hak asasi orang lain. Keberadaan HAM tetap melekat pada setiap orang sepanjang hidupnya tanpa dapat diambil atau dicabut, kecuali ada pelanggaran atas aturan hukum yang berlaku lewat keputusan pengadilan yang senantiasa menjunjung tinggi terhadap perlindungan HAM.
- d. Keberadaan negara, antara lain untuk menghormati dan mempertahankan HAM sesuai dengan kesepakatan bersama demi pengembangan martabat kemanusiaan. Kesadaran memiliki dan melaksanakan hak asasi harus dikaitkan pula dengan kewajiban asasi dan tanggungjawab asasi.

Di era globalisasi ini, masalah-masalah yang berkaitan dengan HAM telah menjadi top *issue* di berbagai forum internasional, baik yang diselenggarakan

oleh negara-negara maju maupun oleh negara yang sedang berkembang.⁷⁷ Secara umum perlindungan hukum terhadap pelanggaran HAM yang terjadi dimasa damai biasanya menyangkut kepentingan-kepentingan negara dan para individu yang telah diatur antara lain dalam *UDHR 1948*, *International Covenant on Civil and Political Rights 1966*, maupun *International Covenant on Economic Social and Cultural Rights 1966*. Ditinjau dari sudut perkembangannya, HAM yang berlaku pada masa damai sebenarnya dapat digolongkan dalam tiga kategori, yaitu HAM generasi I, HAM generasi II, dan HAM generasi III. Sedangkan perlindungan hukum terhadap pelanggaran HAM di masa sengketa bersenjata cenderung bersumber pada Konvensi Jenewa 1949, Konvensi Den Haag 1907, Protokol Tambahan I⁷⁸ dan II⁷⁹ Tahun 1977, serta beberapa instrumen internasional lainnya yang berkaitan dengan HAM.

B. Pengertian dan Ruang Lingkup Pelanggaran HAM Berat

B.1. Pengertian Pelanggaran HAM Berat

Menurut Ifdhal Kasim⁸⁰ belum ada pengertian teoritik tentang pelanggaran HAM berat, baik yang dikemukakan para pakar (hukum) maupun sebagaimana

⁷⁷ Yasin Tasrif, *Perlindungan HAM di Masa Damai dan di Masa Sengketa Bersenjata*, Pidato Ilmiah, Dies Natalis FH Undip, Semarang, 1997, halaman 3

⁷⁸ Protokol Tambahan I tahun 1977 mengatur tentang perlindungan terhadap korban perang dalam sengketa bersenjata yang bersifat internasional.

⁷⁹ Protokol Tambahan II tahun 1977 mengatur mengenai perlindungan terhadap korban perang dalam sengketa bersenjata yang bersifat *non* internasional.

⁸⁰ Ifdhal Kasim, *Elemen-Elemen Kejahatan Dari "Crimes Against Humanity" : Sebuah Penjelasan Pustaka*, Jurnal HAM Komisi HAM Vol. 2 No. 2 Nopember 2004, halaman 43.

yang tertera dalam berbagai instrumen HN maupun HI.⁸¹ Kebanyakan uraian dari para ahli maupun instrumen hukum tersebut hanya memberikan atau memuat batasan atau kualifikasi suatu perbuatan sebagai pelanggaran HAM berat. Di samping itu, terlihat pula adanya ketidakseragaman dalam penggunaan istilah pelanggaran HAM berat dari para pakar maupun dari berbagai instrumen hukum tersebut. Muladi pakar Hukum Pidana Universitas Diponegoro Semarang misalnya, dalam berbagai tulisannya mempergunakan istilah "*gross violation of human rights*" sebagai padanan kata dari pelanggaran HAM berat, Abdul Hakim Garuda Nusantara mantan Ketua Komnas HAM dan Rina Rusman *legal officier ICRC* yang juga merupakan pakar HHI, dalam tulisannya di Jurnal HAM *volume* 2 tahun 2004 yang diterbitkan oleh Pusat Studi Hukum Humaniter dan HAM Fakultas Hukum Universitas Trisakti Jakarta, mempergunakan istilah pelanggaran berat HAM. Komariah Emong Sapardjaja pakar HI dari Universitas Padjajaran Bandung, mempergunakan istilah pelanggaran HAM yang berat. Selanjutnya dari ranah instrumen hukum, UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang *notabene* merupakan hasil adopsi dari Statuta Roma 1998, mempergunakan istilah pelanggaran HAM yang berat, sedangkan dalam Statuta Roma 1998 yang menjadi dasar bagi pendirian ICC, mempergunakan istilah *the most serious crimes of international concern*. Statuta ICTY maupun Statuta ICTR menggunakan istilah *grave breaches* sebagai padanan kata dari pelanggaran HAM berat.

Di Indonesia, istilah pelanggaran HAM berat secara normatif telah diatur dalam UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM dan UU No. 26 tahun 2000 tentang

⁸¹ H. Victor Conde, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, Lincoln : University of Nebraska Press, 1999, halaman 52-53.

Pengadilan HAM. Dalam UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, hal demikian tercermin dalam ketentuan Pasal 1 butir ke-6 dan Pasal 104. Namun patut dicatat, adanya inkonsistensi dalam UU No. 39 tahun 1999, dalam penyebutan atau penggunaan istilah pelanggaran HAM berat. Pasal 1 butir ke-6 UU No. 39 tahun 1999, mempergunakan istilah pelanggaran HAM tanpa adanya penambahan atau penyebutan embel-embel kata yang berat di belakang kata HAM, sedangkan pada ketentuan pasal yang lain (Pasal 104) dari UU No. 39 tahun 1999, dipergunakan istilah pelanggaran HAM yang berat. Selain itu kedua undang-undang di atas, juga menunjukkan adanya pemakaian istilah yang berbeda satu dengan lainnya. UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, mempergunakan istilah pelanggaran HAM, sedangkan dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, mempergunakan istilah pelanggaran HAM yang berat.

Dalam UU No. 39 tahun 1999 maupun UU No. 26 tahun 2000, tidak ditemukan suatu definisi/pengertian/batasan dari apa yang dimaksud dengan istilah pelanggaran HAM berat. Kedua undang-undang tersebut, pada dasarnya hanya memuat klasifikasi atau penggolongan dari apa yang dimaksud dengan pelanggaran HAM berat, tanpa memberikan pengertian/batasan/definisi dari pelanggaran HAM berat. Pasal 1 butir ke-6 UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, menyebutkan bahwa yang dimaksudkan dengan Pelanggaran HAM adalah :⁸²

“Setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut HAM seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku”

⁸² Anonim, *Op. Cit*, halaman 50.

Berdasarkan pengertian pelanggaran HAM dalam Pasal 1 butir ke-6 UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM tersebut, maka untuk dapat dikatakan telah terjadi pelanggaran HAM bila :

- a. adanya unsur perbuatan yang dilakukan oleh perseorangan atau kelompok termasuk aparat negara;
- b. perbuatan tersebut dilakukan baik dengan cara disengaja maupun tidak disengaja ataupun karena kelalaian yang secara melawan hukum;
- c. perbuatan tersebut dimaksudkan untuk mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut HAM seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh UU No. 39 tahun 2000 tentang HAM;
- d. korban pelanggaran HAM, baik perseorangan maupun kelompok orang tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.

Pengertian pelanggaran HAM berat terdapat dalam penjelasan Pasal 104 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, yang pada dasarnya menyatakan :

“Pelanggaran HAM berat adalah pembunuhan massal (*genocide*), pembunuhan sewenang-wenang atau di luar putusan pengadilan (*arbitrary/extra judicial killing*), penyiksaan, penghilangan orang secara paksa, perbudakan, deskriminasi yang dilakukan secara sistematis (*systematic discrimination*).⁸³

⁸³ Pengertian secara sistematis berarti benar-benar terorganisir atau terencana dan mengikuti suatu pola regular yang berdasarkan suatu kebijakan pejabat publik atau perorangan, dan kebijakan tersebut tidak diharuskan merupakan bagian dari kebijakan negara. Pengertian tersebut dikemukakan Paul Dalton dalam makalah yang berjudul “*Konsep Serangan Yang Meluas atau Sistematis Terhadap Penduduk Sipil*”, dalam seminar *Advanced training for Indonesian Human Rights Courts : Judging International Criminal Under Law 26 /2000*” yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung RI-Danish Institute for Human Rights, Medan tanggal 24-26 April 2005, halaman 4.

Pengertian pelanggaran HAM berat dalam penjelasan Pasal 104 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, ternyata berbeda dengan pengertian dalam ketentuan Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Pasal 1 butir 2 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, menyebutkan bahwa pelanggaran HAM berat adalah pelanggaran HAM sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini. Selanjutnya pada Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 juga telah menyebutkan bahwa pelanggaran HAM berat meliputi kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Dalam penjelasan Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 juga telah dijelaskan bahwa kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam ketentuan ini sesuai dengan *Rome Statute of The International Criminal Court*.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa dalam penjelasan Pasal 104 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 maupun ketentuan Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 beserta penjelasannya, tidak memberikan suatu pengertian dari pelanggaran HAM berat yang didalamnya memuat unsur-unsur tindak pidana. Penjelasan Pasal 104 ayat (1) hanya menyebutkan secara limitatif jenis-jenis perbuatan yang dapat dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM berat, yaitu terdiri dari pembunuhan massal (*genocide*), pembunuhan sewenang-wenang atau di luar putusan pengadilan (*arbitrary/extra judicial killing*), penyiksaan, penghilangan orang secara paksa, perbudakan, diskriminasi yang dilakukan secara sistematis (*systematic discrimination*). Demikian pula halnya dengan ketentuan Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 beserta penjelasannya, juga tidak memberikan suatu pengertian yang jelas dengan apa yang dimaksud dengan pelanggaran HAM berat, kecuali

hanya penyebutan kualifikasi perbuatan yang digolongkan sebagai pelanggaran HAM berat, yaitu kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, yang tidak lain adalah sesuai dengan *Rome Statute of The International Criminal Court*.

Suatu perbuatan dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM berat, setidaknya harus mengandung adanya perbuatan yang melanggar (*act of commission*), ada unsur kesengajaan dan sikap membiarkan suatu perbuatan yang mestinya harus dicegah (*act of omission*), secara sistematis, menimbulkan akibat yang meluas dan rasa takut luar biasa, dan serangan ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil.⁸⁴ Menurut Muladi⁸⁵ pelanggaran HAM berat merupakan tindak pidana sebagaimana tindak pidana lain yang bersifat melawan hukum (*unlawful*) dan sama sekali tidak ada alasan pembenarnya.

B.2. Ruang Lingkup Pelanggaran HAM Berat

Ruang lingkup pelanggaran HAM berat mencakup pula pelanggaran terhadap ketentuan HHI. Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan tidak hanya terjadi dalam masa sengketa bersenjata saja akan tetapi dapat pula terjadi di masa damai. Oleh karena itu, tidak mengherankan jika ada yang hendak menyepadankan⁸⁶ istilah pelanggaran HAM berat dengan istilah pelanggaran berat HHI. Pelanggaran berat terhadap HHI tersebut antara lain

⁸⁴ Jerry Fowler, *Keadilan Bagi Generasi Mendatang*, ELSAM, Jakarta, 2001, halaman VIII.

⁸⁵ Muladi, *Op. Cit*, halaman 2.

⁸⁶ Rina Rusman, *Konsep Pelanggaran Berat HAM Dilihat Dari Sisi Hukum Humaniter*, Jurnal HAM Komisi HAM Vol. 2 No. 2 November 2004, halaman 1.

bersumber pada Konvensi Jenewa,⁸⁷ Protokol Tambahan⁸⁸ maupun Konvensi Den Haag.⁸⁹ Dalam Konvensi Jenewa, hal tersebut telah diatur dalam ketentuan Pasal 50 Konvensi Jenewa I, Pasal 51 Konvensi Jenewa II, Pasal 130 Konvensi Jenewa III, dan Pasal 147 Konvensi Jenewa IV tahun 1949 sebagai suatu ketentuan bersamaan pengaturannya (*Common Articles*) yang berupa :

- a. Pembunuhan disengaja; penganiayaan dan perlakuan tidak manusiawi, termasuk percobaan biologis; menyebabkan dengan sengaja penderitaan berlebihan atas badan/kesehatan (Konvensi Jenewa I, II, III, dan IV).
- b. Pengrusakan dan tindakan pemilikan atas harta benda yang tidak dibenarkan oleh kepentingan militer dan yang dilaksanakan secara luas, dengan melawan hukum dan dilakukan dengan cara sewenang-wenang (Konvensi Jenewa I, II, dan III).
- c. Memaksa seorang tawanan perang atau orang yang dilindungi oleh Konvensi Jenewa untuk berdinasi dalam ketentaraan negara musuh; merampas dengan sengaja hak-hak tawanan perang atau orang yang dilindungi oleh Konvensi Jenewa atas peradilan yang adil dan wajar sesuai dengan apa yang ditentukan dalam konvensi tersebut (Konvensi Jenewa III dan IV).

⁸⁷ Konvensi Jenewa mengatur mengenai perlindungan terhadap korban perang, baik itu Konvensi Jenewa tahun 1929 yang telah diperbaharui dalam Konvensi Jenewa tahun 1949. Konvensi ini juga telah dilengkapi dengan Protokol tambahan I dan II tahun 1977. Uraian selengkapnya silakan baca buku Mochtar Kusumaatmadja yang berjudul *Konvensi-konvensi Palang Merah 1949*, Binacipta, Bandung, 1985

⁸⁸ Yang dimaksudkan di sini adalah Protokol tambahan I dan II tahun 1977 yang merupakan satu kesatuan dan bagian tak terpisahkan dengan Konvensi Jenewa tahun 1949.

⁸⁹ Konvensi Den Haag ini berfungsi sebagai "*conduct of war*" yang antara lain meliputi pengaturan mengenai cara, metode dan sarana berperang, objek dan sasaran penyerangan dan lain sebagainya. Uraian selengkapnya dapat dibaca dalam buku GPH. Haryomataram yang berjudul *Hukum Humaniter*, Rajawali Press, Jakarta, 1984.

- d. Deportasi dan pemidanaan yang tidak sah; penahanan yang tidak sah (Konvensi Jenewa IV).

Pelanggaran berat terhadap HHI dalam Protokol Tambahan I tahun 1977 yang mengatur mengenai “Konflik Bersenjata Internasional” antara lain meliputi perbuatan sebagai berikut :

- a. Setiap perbuatan yang dapat membahayakan kesehatan atau integritas, baik fisik maupun mental;
- b. Dengan sengaja melakukan perbuatan yang menyebabkan kematian atau luka berat atas badan atau atas kesehatan berupa : serangan terhadap masyarakat sipil; serangan membabi buta yang merugikan masyarakat atau objek sipil; serangan yang diarahkan pada instalasi yang berisi kekuatan yang berbahaya; penyalahgunaan tanda perlindungan; dan lain sebagainya;
- c. Dengan sengaja melakukan perbuatan sebagai berikut : pemindahan sebagian masyarakat sipil oleh pihak yang menduduki ke dalam wilayah yang sedang diduduki, serta deportasi atau pemindahan sebagian atau seluruh masyarakat sipil yang diduduki; keterlambatan dalam repatriasi tawanan perang atau orang sipil; tindakan yang merendahkan martabat manusia dan diskriminasi berdasarkan perbedaan ras; serangan terhadap monumen sejarah, benda budaya, dan tempat ibadah; tidak menghormati hak setiap orang yang dilindungi oleh Hukum Jenewa untuk mendapatkan pengadilan yang adil dan wajar.

Sedangkan dalam Protokol Tambahan II tahun 1977 yang mengatur mengenai “Konflik Bersenjata Non Internasional” tidak mencantumkan kriteria

pelanggaran HAM berat. Namun demikian dalam ketentuan Pasal 85 ayat (2) nya telah menegaskan bahwa pelanggaran terhadap jaminan-jaminan dasar kemanusiaan sebagaimana diatur dalam Pasal 4 ayat (2) Protokol Tambahan II tahun 1977 maupun dalam Pasal 75 Protokol Tambahan I tahun 1977 dapat dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM berat, yaitu :

- a. Orang yang ditangkap dan ditahan harus diberitahukan mengenai alasan penangkapan dan penahanan. Setelah alasan tersebut tidak ada lagi, maka orang yang bersangkutan harus segera dibebaskan;
- b. Hukuman hanya dapat dijatuhkan dan dilaksanakan apabila diputuskan terlebih dahulu oleh pengadilan yang sah dan dapat memberikan jaminan mengenai kebebasannya;
- c. Dalam proses pengadilan, antara lain jaminan berikut ini mutlak untuk dihormati :
 - 1). tersangka harus diberitahu mengenai tuduhannya dalam bahasa yang dipahaminya, agar ia dapat mempersiapkan pembelaannya;
 - 2). tanggung jawab pidana hanya dapat ditetapkan perorangan;
 - 3). pelanggaran hanya dapat ditentukan dan hukuman hanya dapat dijatuhkan berdasarkan hukum pidana yang berlaku pada waktu pelanggaran tersebut dilakukan;
 - 4). setiap tersangka dianggap tidak bersalah sebelum kesalahannya terbukti.

Dalam *Statuta ICTY* 1993, perbuatan-perbuatan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM berat, antara lain *grave breaches of the Geneva Conventions of 1949* yang terdiri dari : pembunuhan dengan sengaja; penyiksaan

atau perlakuan yang tidak manusiawi, termasuk eksperimen biologi; dengan sengaja menyebabkan penderitaan besar atau luka serius pada tubuh atau kesehatan; perusakan ekstensif terhadap kepemilikan, tidak disahkan oleh kepentingan militer dan dilakukan dengan melanggar hukum; memaksa tahanan perang atau orang-orang sipil untuk melayani pasukan tempur musuh; dengan sengaja merampas hak dari tahanan perang atau hak orang sipil untuk diadili secara adil; deportasi penduduk sipil yang melanggar hukum; memanfaatkan penduduk sipil sebagai jaminan atau sandera; serta *crimes against humanity* yang terdiri dari : *murder; extermination; enslavement; deportation; imprisonment; torture; rape; persecutions on political, racial and religious grounds; other inhuman acts*. Sedangkan jenis pelanggaran HAM berat dalam Statuta ICTR antara lain *crimes against humanity* yang terdiri dari : *murder; extermination; enslavement; deportation; imprisonment; torture; rape; persecutions on political, racial and religious grounds; other inhuman acts; serta violation of article 3 common to the Geneva Conventions and Additional of Protocol II.*

Pelanggaran HAM berat dalam Statuta Roma 1998⁹⁰ terdiri dari : kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang, serta kejahatan agresi. UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, hasil adopsi Statuta Roma 1998 menyebutkan bahwa pelanggaran HAM berat⁹¹ meliputi kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genosida. Dengan demikian UU No. 26 tahun 2000 memiliki kesamaan dengan Statuta ICTR 1994 yang hanya

⁹⁰ Kartini Sekartadji, Orasi Ilmiah : “*Implikasi Pembentukan International Criminal Court (ICC) ke dalam Pengadilan HAM di Indonesia*”, dalam rangka Dies Natalis ke 46 Fakultas hukum UNDIP, Semarang, tanggal 9 Januari 2003, halaman 22

⁹¹ Lihat dalam ketentuan Pasal 7 UU RI No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

mengklasifikasikan *genocide* dan *crimes against humanity* sebagai pelanggaran HAM berat.

C. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan (*Crimes Against Humanity*)

C.1. Pengertian dan Ruang Lingkup Kejahatan Terhadap Kemanusiaan

Istilah kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia merupakan istilah yang relatif baru dalam khsanah hukum positif setelah diundangkannya UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Sebagai salah satu produk kebijakan legislatif, undang-undang tersebut merupakan sumber hukum positif mengenai kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia sebagai salah satu pelanggaran HAM berat. Berpedoman pada tahun keluarnya undang-undang tersebut, maka kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia baru dikenal dan dikualifikasikan sebagai suatu kejahatan dalam hukum (pidana) positif pada tahun 2000 dan sesuai asas legalitas, maka kejahatan terhadap kemanusiaan setelah undang-undang tersebut berlaku yang dapat dijatuhi pidana.

Di Indonesia istilah kejahatan terhadap kemanusiaan menjadi sangat populer berkat perjuangan dari para aktivis HAM sebagai faktor internal, di

samping adanya faktor eksternal dari dunia dan “masyarakat internasional” terhadap penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Berbagai peristiwa yang terjadi di Aceh pada masa diberlakukannya DOM, Tanjung Priok, Trisakti, Semanggi I dan II, Timtim dan daerah lainnya, bukan hanya sekedar sebagai *gross violation of human rights*, tapi lebih dari itu sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan.⁹²

Ditilik dari sejarah kemunculannya, istilah kejahatan terhadap kemanusiaan telah lama dikenal dalam HI, terutama sejak berakhirnya PD II. Secara historis, terminologi munculnya istilah kejahatan terhadap kemanusiaan mulanya berasal dari istilah *crimes against humanity*. Istilah *crimes against humanity* pertama kali muncul dalam peradilan penjahat PD II terhadap tentara Nazi-Jerman maupun Jepang. Di Jerman, peradilan yang dikenal dengan nama *IMTN* 1946, merupakan peradilan penjahat PD II yang bersifat *ad hoc* dibentuk tentara Sekutu pemenang perang atas tentara Nazi-Jerman. *IMTN* 1946 yang pembentukannya berdasarkan *London Agreement* 1945, mempunyai kewenangan atau yurisdiksi mengadili terhadap pelaku kejahatan perang yang berupa kejahatan terhadap perdamaian, kejahatan terhadap hukum dan kebiasaan perang, dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Istilah *crimes against humanity* muncul kembali dalam peradilan penjahat perang di Tokyo, Jepang yang juga bersifat *ad hoc*, dibentuk tentara Sekutu atas kemenangannya terhadap tentara Jepang. Peradilan yang bernama *IMTT* 1948 dibentuk berdasarkan Instruksi Jenderal Mac Arthur tahun 1946 selaku Penglima

⁹² Lihat dalam Harian Umum Kompas, tanggal 12 April 2000 halaman 1

tertinggi tentara Sekutu untuk kawasan Asia Pasifik yunto *London Agreement* 1945. *IMTT* 1948 tersebut berwenang mengadili pelaku kejahatan perang tentara Jepang atas kejahatan yang dikualifikasikan sebagai kejahatan perang. Sama halnya dengan *IMTN* 1946, *IMTT* 1948 pun mengkualifikasikan kejahatan perang yang terdiri dari kejahatan terhadap perdamaian, kejahatan terhadap hukum dan kebiasaan perang, dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Dengan demikian, *IMTT* 1948 ini pun salah satu kewenangan yurisdiksinya adalah menuntut dan mengadili pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu pelanggaran HAM berat berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Berdasarkan kewenangan atau yurisdiksi yang dimiliki, baik *IMTN* 1946 maupun *IMTT* 1948 menunjukkan bahwa istilah kejahatan terhadap kemanusiaan telah dikenal sejak berakhirnya PD II. Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana diatur dalam kedua peradilan penjahat perang tersebut di atas, merupakan bagian dari kejahatan perang. Dengan kata lain, munculnya istilah kejahatan tersebut pada kedua peradilan di atas, didasarkan atas kekejaman dan pelanggaran terhadap nilai-nilai kemanusiaan yang terjadi selama peperangan. Namun demikian yang patut dicatat dari kedua peradilan internasional yang bersifat *ad hoc* tersebut adalah bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan salah satu bentuk pelanggaran HAM berat yang para pelakunya dapat dituntut dan diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Oleh karena itu, kedua peradilan penjahat perang tersebut meletakkan tanggung jawab mutlak terhadap individual terlepas dari atribut nasional yang dimiliki. Di samping itu dengan dipertanggungjawabkannya para petinggi militer

Jerman maupun Jepang secara individual dalam peradilan penjahat tersebut, telah mengukuhkan individu sebagai subyek HI.⁹³

Berpijak pada kemunculannya dalam konteks perang, maka tidak mengherankan bila dasar-dasar pemikiran awal pemidanaan kejahatan terhadap kemanusiaan berasal dari HHI⁹⁴ sebagaimana dikemukakan Bassiouni bahwa “... *the historical-legal foundation of crimes against humanity is found in international humanitarian law and in the normative aspect of the international regulation of armed conflict*”.⁹⁵ Pasca PD II dan berakhirnya Perang Dingin, menunjukkan bahwa istilah kejahatan terhadap kemanusiaan masih tetap eksis dan relevan untuk dibahas. Hal ini tampak dari upaya yang dilakukan PBB membentuk peradilan internasional yang bersifat *ad hoc* di Yugoslavia maupun di Rwanda. Pembentukan peradilan internasional di Yugoslavia yang dikenal sebagai *International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY)*, didasarkan atas Resolusi DK-PB No.: SC/RES/808/1993, dengan kewenangan mengadili pelaku pelanggaran berat terhadap Konvensi Jenewa 1949, kejahatan terhadap hukum dan kebiasaan perang, kejahatan genosida, dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Sedangkan pembentukan peradilan internasional di Rwanda dengan nama *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*, didasarkan atas Resolusi DK-PBB No.:SC/RES/955/1994, dengan kewenangan atas kejahatan genosida,

⁹³ Uraian mengenai subyek HI, dapat dibaca antara lain dalam buku Muchtar Kusumaatmadja yang berjudul *Pengantar Hukum Internasional*, dan buku I Wayan Parthiana yang berjudul *Pengantar Hukum Internasional*.

⁹⁴ Uraian lebih lanjut mengenai HHI dapat dibaca dalam buku GPH. Haryomataram yang berjudul *Hukum Humaniter*, maupun dalam buku lainnya yang berjudul *Sekelumit tentang Hukum Humaniter*.

⁹⁵ Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1992, halaman 7.

kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan terhadap Pasal 3 *Common Articles* keempat Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan 1977.

Berdasarkan pada kewenangan dari kedua peradilan internasional *ad hoc* di Rwanda dan Yugoslavia tersebut, menunjukkan betapa seriusnya kejahatan terhadap kemanusiaan bagi umat manusia. Secara normatif, pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan telah tercantum dalam berbagai instrumen hukum, baik yang bersifat internasional (lihat *IMTN* 1946, *IMTT* 1948, *ICTR* 1933, *ICTR* 1944, Statuta Roma 1998), maupun yang bersifat nasional (lihat UU No. 26 tahun 2000). Berdasarkan Pasal 6 (c) *IMTN* 1946, pada bab yang mengatur mengenai *Jurisdiction and General Principles*, ditegaskan bahwa *crimes against humanity*⁹⁶ yaitu :

“The tribunal establishment by the agreement referred to in article I here of for the trial and punishment of the major war criminals of The European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes. The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the tribunal for which there shall be individual responsibility for crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecution on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated”.

Pasal 5 *IMTT* 1948⁹⁷ juga telah memformulasikan pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan yang tidak jauh berbeda dengan Pasal 6 (c) di atas, yaitu sama-sama menekankan pada perbuatan-perbuatan seperti pembunuhan, pembasmian, perbudakan, pemulangan atau tindakan-tindakan yang tidak

⁹⁶ www.nizkor.org, diakses pada tanggal 4 September 2006.

⁹⁷ www.nizkor.org diakses pada tanggal 4 September 2006.

manusiawi lainnya, dan dilakukan terhadap penduduk sipil semasa perang berlangsung. Tidak peduli apakah perbuatan itu merupakan tindak pidana atau bukan di negara dimana kejahatan terhadap kemanusiaan terjadi. Dengan kata lain, perbuatan-perbuatan sebagaimana tersebut di atas untuk pertama kalinya telah dikualifikasikan HI sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan, yang konteks kemunculannya dalam situasi peperangan. Sementara itu, berdasarkan Pasal 5 Statuta ICTY⁹⁸ disebutkan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan adalah :

“The international tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population : murder; extermination; enslavement; deportation; imprisonment; torture; rape; persecutions on political, racial, and religious ground; other inhumane acts.

Sedangkan kejahatan terhadap kemanusiaan menurut Pasal 3 Statuta ICTR tahun 1994 adalah :⁹⁹

“The international Tribunal for Rwanda (ICTR) shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds : murder; extermination; enslavement; deportation; imprisonment; torture; rape; persecution on political, racial and religious grounds; other inhumane acts”.

Berdasarkan kewenangan mengadili dari kedua peradilan bentukkan PBB tersebut, menunjukkan bahwa masalah kejahatan terhadap kemanusiaan senantiasa aktual dan sangat memerlukan perhatian dan penanganan yang serius. Dengan demikian kejahatan terhadap kemanusiaan, kini telah dijadikan sebagai

⁹⁸ Romli Atmasasmita, *Op. Cit*, halaman 67

⁹⁹ www.ictcr.com diakses pada tanggal 4 Desember 2007.

salah satu bentuk kejahatan internasional yang bersifat *hostis humanis generis*.¹⁰⁰ Berkaitan dengan kejahatan terhadap kemanusiaan ini, Pasal 7 Statuta Roma 1998 menegaskan bahwa: “*for the purpose of this Statuta, crimes against humanity means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population,...*”. Lebih lanjut ditegaskan dalam Statuta Roma, bahwa perbuatan-perbuatan yang dapat dikualifikasikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan meliputi pembunuhan; pemusnahan; perbudakan; deportasi atau pemindahan paksa; memenjarakan atau perampasan kebebasan fisik secara kasar dengan melanggar dasar-dasar HI; penyiksaan; perkosaan, perbudakan seksual, pemaksaan prostitusi, pemaksaan sterilisasi, atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lainnya; persekusi terhadap suatu kelompok berdasarkan alasan-alasan politik, ras, nasional, etnis, budaya, agama dan seterusnya; penghilangan paksa; kejahatan *apartheid*; perbuatan tidak manusiawi lainnya, dengan sifat yang sama, secara sengaja menyebabkan penderitaan berat atau luka serius atas badan, mental atau kesehatan fisik.

Patut dikemukakan bahwa perbuatan-perbuatan tersebut di atas haruslah dilakukan sebagai bagian dari sebuah kebijakan negara atau suatu organisasi. Dengan demikian, Statuta Roma mensyaratkan adanya unsur *widespread or systematic attack* terhadap perbuatan atau tindak pidana yang dikualifikasikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan. Singkatnya, kejahatan tersebut haruslah

¹⁰⁰ *Hostis humanis generis* diartikan sebagai suatu kejahatan yang telah ditetapkan secara internasional sebagai musuh bersama umat manusia di dunia, antara lain seperti bajak laut, terorisme, perbudakan, *crimes against humanity*, genosida dan lain sebagainya

dilakukan secara meluas atau sistematis terhadap penduduk sipil dan bukannya merupakan kejahatan yang bersifat *spontan* maupun *sporadis*. Pengertian sistematis berkaitan dengan *policy* yang melatarbelakangi terjadinya tindak pidana tersebut. Ada tidaknya suatu *policy* menjadi sangat krusial untuk menentukan dikualifikasinya suatu perbuatan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan. Dengan kata lain, jika tidak ada kebijakan, maka unsur sistematis dengan sendirinya tidak terpenuhi. Pengertian *policy* ini tidak selalu dengan konotasi tertulis, tapi dapat pula merupakan tindakan yang berulang dan terus menerus, serta terpola yang dilakukan oleh aparat negara.¹⁰¹ Sedangkan pengertian *widespread* (meluas) dalam kejahatan terhadap kemanusiaan cenderung merujuk pada jumlah korban (*massive*), skala kejahatan, dan sebaran tempat (geografis).¹⁰² Bila unsur-unsur *widespread* atau *systematic* tidak terpenuhi, maka dengan sendirinya tidak dapat menyatakan telah terjadi kejahatan terhadap kemanusiaan. Dengan demikian salah satu dari kedua unsur tersebut haruslah terpenuhi, maka baru dapat dikatakan telah terjadi kejahatan terhadap kemanusiaan. Menurut UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, disebutkan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan adalah :¹⁰³

“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 : pembunuhan; pemusnahan; perbudakan; pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa; perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok hukum internasional; penyiksaan; perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara

¹⁰¹ Ifdhal Kasim, *Crimes against Humanity Sebuah Tinjauan Hukum*, Makalah Kursus HAM untuk Pengacara Angkatan V, Jakarta, 2001, halaman 4

¹⁰² *Ibid*, halaman 5.

¹⁰³ Lihat pada ketentuan Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM.

paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara; 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 sehingga hal yang dilarang menurut hukum internasional; penghilangan orang secara paksa; atau kejahatan *apartheid*.

Kejahatan terhadap kemanusiaan dalam UU No. 26 tahun 2000, telah mengadopsi ketentuan-ketentuan dalam Statuta Roma 1998 termasuk didalamnya unsur mengenai *systematic or widespread*. Berkaitan dengan hal di atas, menurut Muladi adopsi terhadap hal-hal positif yang terdapat di lingkungan internasional tidak dapat dilakukan serta merta, namun harus selalu diadaptasikan atau disesuaikan dengan nilai-nilai yang bersumber pada ideologi bangsa Indonesia, yaitu Pancasila.¹⁰⁴ Sementara itu dari berbagai literatur yang membahas kejahatan terhadap kemanusiaan, tak satu pun pengertian dari para pakar atau ahli hukum yang tidak merujuk pada pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana terdapat dalam berbagai instrumen internasional tersebut di atas, sehingga satu dengan lainnya cenderung memiliki kesamaan. Kesamaan tersebut tampak dalam penyebutan perbuatan-perbuatan tertentu yang dapat dikualifikasikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan. Syahmin AK dalam buku yang berjudul “*Pengantar Hukum Humaniter II Bagian Umum*”, menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan *crimes against humanity* adalah :¹⁰⁵

“Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population before or during the

¹⁰⁴ Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materil Indonesia di Masa Mendatang*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Undip, tanggal 24 Februari 1980, halaman 4

¹⁰⁵ Syahmin AK, *Pengantar Hukum Humaniter I Bagian Umum*, Armico, Bandung, 1985, halaman 176

war or persecutions on political, racial, or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated”.

Muladi¹⁰⁶ maupun Soedjono Dirdjosisworo¹⁰⁷ dalam makalahnya memberikan pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan yang sama, bahwa 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 pembunuhan; pemusnahan; perbudakan; pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa; perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik dan secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan-ketentuan pokok Hukum Internasional; penyiksaan; perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara; penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politis, ras, kebangsaan, etnik, budaya, agama, jenis kelamin, atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut Hukum Internasional; penghilangan orang secara paksa; dan kejahatan *apartheid*.”

Kejahatan terhadap kemanusiaan, dewasa ini tidak hanya terjadi dalam konteks peperangan semata tapi di masa damai pun dapat terjadi sepanjang telah melanggar nilai-nilai dasar kemanusiaan yang bersifat hakiki dan universal. Berdasarkan uraian di atas, ruang lingkup kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu pelanggaran HAM berat yang para pelakunya dapat dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando adalah :

1. Kejahatan terhadap kemanusiaan harus dilakukan atau terjadi selama perang berlangsung maupun dalam masa damai sekalipun;

¹⁰⁶ Muladi, *Op. Cit*, halaman 1

¹⁰⁷ Soedjono Dirdjosisworo, *Proses Penyelidikan dan Penyidikan, Pemeriksaan Perkara Pelanggaran HAM Berat menurut UU No. 26 Tahun 2000*, Makalah Pelatihan HAM Angkatan III tanggal 26 Juli 2001, Bandung, Halaman IV

2. Kejahatan terhadap kemanusiaan haruslah berupa suatu serangan yang dilakukan atau ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, serta harus memenuhi unsur-unsur meluas atau sistematis;
3. Kejahatan terhadap kemanusiaan itu dapat dihukum hanya apabila dilakukan terhadap atau berhubungan dengan kejahatan apapun yang berada dalam yurisdiksi atau kewenangan dari suatu *tribunal* baik yang bersifat *ad hoc* ataupun permanen.

C. 2. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Merupakan Kejahatan Internasional

Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu pelanggaran HAM berat, di berbagai wilayah Indonesia, khususnya di Timtim *pasca* jajak pendapat tak mungkin terelakan dari pengamatan atau pemantauan masyarakat dan dunia internasional. Hikmahanto Juwana *pakar* HI Universitas Indonesia (UI), dalam artikelnya¹⁰⁸ yang berjudul "*Peradilan Nasional Bagi Pelaku Kejahatan Internasional*" menyebutkan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi di berbagai wilayah Indonesia, dan utamanya di Timtim *pasca* jajak pendapat, dapat dikategorikan sebagai kejahatan internasional. Berdasarkan HI, awalnya hanya dikenal tiga jenis kejahatan internasional, yaitu: (1) *crimes against peace* atau kejahatan terhadap perdamaian, yang termasuk pula didalamnya adalah tindakan-tindakan persiapan ataupun pernyataan perang agresi; (2) *war*

108 Lihat dalam Harian Umum Kompas tanggal 17 Pebruari 2000, halaman 4

crimes atau kejahatan perang termasuk pula di dalamnya pelanggaran atas ketentuan hukum kebiasaan perang; dan (3). *crimes against humanity* atau kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu diartikan sebagai segala bentuk kekejaman terhadap penduduk sipil selama peperangan berlangsung. Penetapan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu kejahatan internasional, telah diperkuat dalam Piagam Mahkamah Militer Internasional di Nuremberg (1946) maupun *Tokyo Tribunal* (1948) di Jepang yang ditetapkan oleh negara-negara Sekutu pemenang PD II. Singkatnya, kedua peradilan *ad hoc* bentukkan negara-negara Sekutu tersebut mempunyai kewenangan mutlak untuk mengadili dan menghukum pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai kejahatan internasional, di samping kejahatan perang dan kejahatan terhadap perdamaian. Sebenarnya jauh sebelum ketiga jenis kejahatan di atas ditetapkan sebagai kejahatan internasional, sejak abad ke-18 “masyarakat internasional” telah mengenal dan mengakui *piracy* dan *slavery* sebagai kejahatan internasional. Mengingat begitu pentingnya hubungan perdagangan saat itu, maka tindakan perompakan kapal dagang di laut (*viracy*) dipandang sebagai musuh bangsa-bangsa. Demikian pula dengan perdagangan budak (*slavery*) dipandang telah merendahkan harkat dan martabat kemanusiaan. Oleh karena itu, kedua kejahatan internasional (*piracy* dan *slavery*, pen) tersebut juga turut ditetapkan sebagai *hostis humanis generis*.

Penetapan suatu kejahatan sebagai kejahatan internasional telah mengalami perkembangan yang bersifat kontekstual dan selektif normatif.¹⁰⁹ Perkembangan

¹⁰⁹ Romli Atmasasmita, *Op. Cit.*, halaman 40

yang bersifat kontekstual, terkandung maksud bahwa perkembangan penetapan atau penggolongan kejahatan internasional sejalan dengan perkembangan situasi masalah yang sedang dihadapi “masyarakat internasional” pada masanya. Sedangkan perkembangan kejahatan internasional yang bersifat selektif normatif adalah penetapan suatu kejahatan tertentu sebagai suatu kejahatan internasional hanya dapat dilakukan berdasarkan atas konvensi-konvensi internasional tertentu. Berdasarkan uraian di atas, jika dilihat dari perkembangan dan asal mula kejahatan internasional, maka setidaknya kejahatan internasional tersebut dapat diklasifikasikan ke dalam tiga kelompok utama, yaitu:

1. Kejahatan internasional yang muncul dari Hukum Kebiasaan Internasional (selanjutnya disingkat HKI), dan selanjutnya mengalami perkembangan di dalam praktik negara-negara yang diakui eksistensinya oleh HI. Kejahatan internasional yang termasuk jenis atau kelompok ini antara lain adalah kejahatan perompakan kapal di laut (*piracy*), kejahatan perbudakan (*slavery*), kejahatan perang (*war crimes*) yang didalamnya termuat pula kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*);
2. Kejahatan internasional yang "lahir" dari berbagai konvensi-konvensi internasional, di mana secara *visioris* dapat dibedakan antara kejahatan internasional yang ditetapkan di dalam satu konvensi internasional saja (*subject of a single convention*) dan kejahatan internasional yang ditetapkan dalam berbagai konvensi (*subject of a multiple conventions*);
3. Kejahatan internasional yang berasal dari sejarah perkembangan konvensi internasional yang khusus berkaitan dengan HAM. Kejahatan internasional

ini "lahir" sebagai konsekuensi logis akibat kekejaman atau pelanggaran yang terjadi dalam PD II yang telah membawa jumlah korban umat manusia luar biasa, tidak hanya para kombatan namun juga penduduk sipil. Konvensi internasional yang secara khusus bertujuan untuk melindungi korban perang ini, adalah Konvensi Jenewa 1949. Konvensi yang "lahir" dalam rangka melindungi HAM, telah menetapkan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan kejahatan internasional, karena dianggap telah melanggar nilai-nilai dasar kemanusiaan sebagaimana telah dideklarasikan dalam *UDHR* 1948.

Dari 143 konvensi internasional yang telah telah dihasilkan sejak tahun 1812 hingga tahun 1979, terdapat 20 kejahatan internasional. Dari kedua puluh jenis kejahatan internasional itu, yang patut dicatat adalah dimasukkan atau ditetapkannya kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai *top hit* kejahatan internasional. Kedua puluh jenis kejahatan internasional tersebut adalah : *agression; war crimes; unlawful use of weapons; genocide; crimes against humanity* (garis bawah penulis, pen); *apartheid.; slavery and related crimes; torture (as a war crimes); unlawfull medical experimentation (as a war crimes); piracy; crimes relating to international air communications; threat and use of force against internationally protected persons; taking of civilian hostages; unlawful use of the mails; drug offences; falsification and counterfeiting; theft of national and archaeological treasures (in time of war); bribery of foreign*

*public officials; interference with submarine cables; international traffic in obscene publications.*¹¹⁰

Bassiouni dalam salah satu bukunya yang berjudul "*International Criminal Law*", Vol. I. *Crimes*, menyebutkan sedikitnya terdapat 22 jenis kejahatan internasional, dimana kejahatan terhadap kemanusiaan berada pada urutan keempat. Oleh karena itu, dapat disimpulkan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan salah satu jenis kejahatan internasional yang perlu mendapatkan perhatian dan penanganan serius. Kedua puluh dua jenis kejahatan internasional tersebut, yang salah satu diantaranya kejahatan terhadap kemanusiaan adalah : *agression; war crimes; unlawfull use of weapons; crimes against humanity (garis bawah penulis, pen); genocide; racial discrimination and apartheid; slavery and related crimes; torture; unlawfull human experimentation; piracy; aircraft hijacking; threat and use of force against internationally protected person; Taking of civilian hostages; Drug offenses; International traffic in obscene publication; destruction and or theft of national treasures; environmental protection; theft of nuclear materials; unlawfull use of the mails; interference of the submarine cable; falsification and counterfeiting; bribery of foreign public official.*¹¹¹

Sementara itu, Dautricourt dalam bukunya yang berjudul "*The Concept of International Criminal, Jurisdiction, Definition, and Limitation of the Subject*" sebagaimana dikutip Romli Atmasasmita, menyebut *crimes against humanity* merupakan salah satu jenis *international crimes* adalah sebagai

¹¹⁰ Romli Atmasasmita, *Ibid*, halaman 42.

¹¹¹ Cherif Bassiouni, *Op. Cit*, halaman 135.

"*crimes against the universal or world public order*".¹¹² Selain kejahatan terhadap kemanusiaan, yang termasuk dalam golongan *crimes against the universal or world public order* adalah kejahatan terhadap perdamaian dan kejahatan perang. Sedangkan kejahatan internasional lainnya¹¹³ di luar *crimes against the universal or world public order* disebut oleh Dautricourt sebagai "*Delicta Juris Gentium*". Rolling berpendapat bahwa sisa peninggalan *kolonialisme* yang masih berlangsung hingga saat ini adalah kejahatan *apartheid*, yang mana menurut "*The International Convention¹¹⁴ on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid*" merupakan *international crimes* yang berupa kejahatan terhadap kemanusiaan.¹¹⁵ Menurut Pasal 1 konvensi tersebut, kejahatan *apartheid* adalah "*a crime against humanity and that inhuman acts resulting from the policies and practice of apartheid and similar policies and practices of racial segregation and discrimination, are violating the principles of international law*". Adapun dasar pertimbangan pengelompokan jenis-jenis kejahatan internasional tersebut di atas, yang salah satu diantaranya kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu:

1. Adanya konvensi-konvensi internasional yang menetapkan kejahatan-kejahatan tersebut (diantaranya kejahatan terhadap kemanusiaan, pen) sebagai kejahatan internasional;

¹¹² Romli Atmasasmita, *Op. Cit.* halaman 45.

¹¹³ *International crimes* tersebut adalah: (1). Terorisme, (2). Perbudakan, (3). Perdagangan budak, (4). Perdagangan wanita dan anak-anak, (5). Perdagangan ilegal narkoba, (6). Peredaran publikasi pornografi, (7). Pembajakan di laut, (8). Pembajakan udara, (9). Pemalsuan mata uang, (10). Perusakan kabel-kabel di bawah laut.

¹¹⁴ Konvensi internasional yang mengatur mengenai kejahatan *apartheid* tersebut dihasilkan oleh MU-PBB pada sidangnya tanggal 30 November 1973 dan dinyatakan berlaku secara efektif pada tanggal 18 Juli 1976.

¹¹⁵ B.V.A. Rolling, *Supranational Criminal Law in Theory and Practice*, Netherlands International Law Review, Vol. XXXIV, Martinus Nijhoff Publishers, 1979, halaman 187.

2. Adanya suatu pengakuan berdasarkan pada HKI yang menetapkan bahwa tindakan-tindakan atau perbuatan-perbuatan tertentu telah menciptakan suatu *international crimes*;
3. Adanya pengakuan berdasarkan suatu prinsip-prinsip umum HI bahwa tindakan-tindakan atau perbuatan-perbuatan tersebut adalah dilarang dan setiap pelanggaran terhadapnya harus dipandang sebagai pelanggaran terhadap HI.¹¹⁶

Kejahatan terhadap kemanusiaan atau *crimes against humanity* sebagai salah satu kejahatan internasional, menurut Muladi¹¹⁷ harus memenuhi tiga unsur utama berikut :

1. Unsur internasional yang berupa :

(a). *Direct threat to world peace and security* (ancaman secara langsung atas perdamaian dan keamanan di dunia);

(b). *Indirect threat to the world peace and security* (ancaman secara tidak langsung atas perdamaian dan keamanan di dunia);

(c). *Shocking to the conscience of humanity* (menggoyahkan perasaan kemanusiaan).

2. Unsur transnasional yang berupa :

(a). *Conduct affecting more than one state* (tindakan yang memiliki dampak terhadap lebih dari satu negara);

¹¹⁶ Cherif Bassiouni, *Op. Cit*, halaman 2-3.

¹¹⁷ Muladi, *Op. Cit*. halaman 2-3.

- (b). *Conduct including or affecting citizens of more than one state* (tindakan yang melibatkan atau memberikan dampak terhadap warga negara dari lebih satu negara);
- (c). *Means and methods transcend national boundaries* (sarana dan prasarana serta metoda-metoda yang dipergunakan melampaui batas-batas teritorial suatu negara);
3. Unsur *necessity* berupa *cooperation of state necessary to enforce* (kebutuhan akan kerjasama antar negara-negara untuk melakukan penanggulangan);

C. 3. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Sebagai Salah Satu Bentuk Pelanggaran HAM Berat

Secara normatif, pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan telah tercantum dalam berbagai instrumen hukum, baik yang bersifat internasional maupun nasional. Pasal 6 huruf (c) *IMTN* 1946 menegaskan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan yaitu : “...kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportasi atau pun tindakan lain yang tidak berperikemanusiaan terhadap penduduk sipil, ...” Ketentuan di atas, tidak memberikan pengertian secara spesifik kejahatan terhadap kemanusiaan, namun demikian telah mengisyaratkan bahwa pembentukan *IMTN* dimaksudkan sebagai sarana atau wadah untuk mengadili dan menghukum penjahat perang negara *Axis* sebagai individu. Hal serupa tampak dalam Pasal 5 *IMTT* 1948, yang juga tidak

memberikan definisi atau pengertian atau batasan tentang kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu :¹¹⁸

“The international tribunal shall have have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population : murder; extermination; enslavement; deportation; imprisonment; torture; rape; persecutions on political, racial, and religious ground; other inhumane acts.

Kejahatan terhadap kemanusiaan menurut Pasal 3 Statuta *ICTR* 1994 adalah :¹¹⁹

“The International Tribunal for Rwanda (ICTR) shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds: murder; extermination; enslavement; deportation; imprisonment; torture; rape; persecution on political, racial and religious grounds; other inhumane acts”.

Perbuatan-perbuatan yang dikualifikasikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan dalam Pasal 7 Statuta Roma 1998 adalah : a. pembunuhan; b. pemusnahan; c. perbudakan; d. deportasi atau pemindahan paksa; e. memenjarakan atau perampasan kebebasan fisik secara kasar dengan melanggar dasar-dasar Hukum Internasional; f. penyiksaan; g. perkosaan, perbudakan seksual, pemaksaan prostitusi, pemaksaan sterilisasi, atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lainnya; h. persekusi terhadap suatu kelompok berdasarkan alasan-alasan politik, ras, nasional, etnis, budaya, agama dan seterusnya; i. penghilangan paksa; j. kejahatan *apartheid*; k. kerbuatan tidak manusiawi lainnya,

¹¹⁸ Romli Atmasasmita, *Op. Cit*, halaman 67

¹¹⁹ *Ibid*, halaman 69.

dengan sifat yang sama, secara sengaja menyebabkan penderitaan berat/luka serius atas badan, mental atau kesehatan fisik.¹²⁰

Kejahatan terhadap kemanusiaan menurut Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, hasil adopsi¹²¹ dari Statuta Roma 1998, sehingga pengertiannya sama, hanya jenis perbuatannya meliputi *point* (a) s/d *point* (j). Muladi¹²² maupun Soedjono Dirdjosisworo¹²³ memberikan pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan sama sebagaimana tertera dalam Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan.

Selanjutnya jika kita hendak membicarakan mengenai ruang lingkup kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu pelanggaran HAM berat, maka setidaknya dapat dikemukakan hal-hal sebagai berikut :

1. Kejahatan terhadap kemanusiaan harus dilakukan atau terjadi selama perang berlangsung maupun dalam masa damai sekalipun;
2. Kejahatan terhadap kemanusiaan haruslah berupa suatu serangan yang dilakukan/ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, serta harus memenuhi unsur-unsur meluas atau sistematis;
3. Kejahatan terhadap kemanusiaan itu dapat dihukum hanya apabila dilakukan terhadap atau berhubungan dengan kejahatan apapun yang berada daam

¹²⁰ Ifdhal Kasim, *Op. Cit*, halaman 4

¹²¹ Menurut Muladi adopsi terhadap hal-hal positif yang terdapat di lingkungan internasional tidak dapat dilakukan serta merta, namun harus selalu diadaptasikan atau disesuaikan dengan nilai-nilai yang bersumber pada ideologi bangsa Indonesia, yaitu Pancasila. Lihat dalam Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materil Indonesia di Masa Mendatang*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Undip, tanggal 24 Februari 1980, halaman 4

¹²² Muladi, *Op. Cit*, halaman 1

¹²³ Soedjono Dirjosisworo, *Op. Cit*, Halaman IV

yurisdiksi atau kewenangan dari suatu *tribunal* baik yang bersifat *ad hoc* ataupun permanen.

Sebagai anggota “masyarakat internasional” maupun anggota PBB, Indonesia berkewajiban di samping untuk tidak melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan juga diharapkan mampu mencegah, mengadili, dan menghukum pelakunya terlepas apakah yang bersangkutan secara konstitusional merupakan penguasa atau pejabat yang bertanggung jawab, baik militer, kepolisian maupun sipil berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando.

D. Pertanggungjawaban Komando

D.1. Latar Belakang Dan Prinsip-Prinsip Pertanggungjawaban

Komando

Berbicara mengenai hal-hal pokok yang melatarbelakangi timbulnya pertanggungjawaban komando terkait dengan pelanggaran HAM berat, sebenarnya tidak dapat dilepaskan dari awal dari perkembangan HI pada umumnya dan HHI pada khususnya. Hugo Grotius sarjana kenamaan Belanda dalam bukunya *De Jure Belli Ac Pacis* 1625 telah menyatakan bahwa negara dan pejabat yang berkuasa bertanggung jawab terhadap kejahatan yang dilakukan oleh orang yang berada dibawah kekuasaan dan pengendalian efektifnya.¹²⁴

¹²⁴ Geoffrey Robertson QC, *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan (Perjuangan Untuk Mewujudkan Keadilan Global)*, Komisi Nasional Hak asasi Manusia, Jakarta, 2000, halaman 67.

Negara melindungi kepentingan fundamental “masyarakat internasional” dengan menghormati dan menjamin penghormatan terhadap HHI. Negara juga melakukannya dengan memerintahkan kepada kekuatan bersenjata untuk patuh kepada ketentuan HHI termasuk didalamnya Hukum Kebiasaan Perang. Untuk merealisasikan hal tersebut, antara lain dapat dilakukan dengan cara mencantumkan dalam kebijakan legislasi nasional, mengimplementasikannya kedalam doktrin, taktik dan strategi serta sistem pendidikan dan latihan, dan upaya penegakannya melalui suatu lembaga peradilan. Dengan demikian bilamana terjadi pelanggaran oleh unsur angkatan bersenjata atau lembaga negara lainnya maka negara harus bertanggung jawab.

Pertanggungjawaban komando juga menganut latar belakang yang sama dengan tanggung jawab negara yang timbul akibat terjadinya kesalahan (*wrongful act*) berupa tidak melakukan kewajiban hukumnya, yaitu dalam hal memerintah dan mengatur, menegakan disiplin terhadap hukum, serta mencegah dan menindak pelaku pelanggaran.¹²⁵ Pasal 87 Protokol I tahun 1977 menyatakan bahwa tugas komandan adalah mencegah, menindak dan melaporkan kepada yang berwenang, anggota di bawah komandonya atau orang lain yang berada dalam pengendaliannya yang melakukan pelanggaran. Tindakan pencegahan yang dilakukan oleh setiap komandan sesuai dengan tingkat tanggung jawabnya untuk menjamin atau memastikan bahwa seluruh anggota kekuatan bersenjata dibawah komandonya sadar akan kewajibannya yang diatur dalam HHI tersebut.

¹²⁵ PLT Sihombing, *Pertanggungjawaban Komando*, Jurnal HAM Komnas HAM Vol. 2 No. 2 Nopember 2004, halaman 63.

Kesalahan komandan karena lalai melaksanakan kewajiban hukumnya (menggunakan kekuasaan atau kewenangan, tugas dan kewajiban yang diberikan oleh undang-undang dan doktrin militer) untuk mencegah, menghentikan, menindak atau menyerahkan pelaku kepada pihak yang berwajib, itu melahirkan tanggungjawab (hukum) atas pelanggaran atau kejahatan yang dilakukan oleh anak buahnya. Sejarah pertanggungjawaban komando berkembang lebih jauh pada *pasca* PD II, melalui Tokyo Tribunal yang menangani perkara Jenderal Tomoyuki Yamashita, telah meletakkan prinsip pertanggungjawaban komando sebagai berikut :¹²⁶

- a). Komandan harus bertanggungjawab kejahatan anak buahnya jika terpenuhi unsur-unsur yang menjadi dasar dalam penuntutan pertanggungjawaban komando;
- b). Komandan mengetahui atau seharusnya mengetahui anak buahnya akan melakukan suatu kejahatan (perang) tetapi ia tidak mencegahnya;
- c). Komandan mengetahui atau seharusnya mengetahui anak buahnya telah melakukan kejahatan tetapi ia tidak menghukumnya.

Selanjutnya dari perkara Admiral Soemu Toyoda (Kepala Staf Armada Gabungan Jepang) setidaknya dapat dikemukakan beberapa hal sebagai berikut :¹²⁷

- a. Elemen utama tindakan kejahatan (perang) yang dilakukan bawahannya adalah atas perintah komandan, menyebabkan komandan bertanggung jawab.

¹²⁶ *Ibid*, halaman 67.

¹²⁷ *Ibid*, halaman 68.

b. Dalam hal perintah tidak ada atau keberadaannya diragukan maka pertanggungjawaban komando timbul bila terdapat elemen-elemen pokok, yang berupa :

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

International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia (ICTY) dalam perkara Radovan Karadzic dan Ratko Mladic bertanggungjawab secara pidana karena jelas bahwa militer dan polisi Bosnia Serbia terlibat dalam suatu kejahatan, dimana militer dan polisi tersebut berada di bawah pengendalian, komando dan perintah Radovan Karadzic dan Ratko Mladic selama periode kekuasaannya. Melalui posisi mereka dalam pemerintahan Bosnia-Serbia. Radovan Karadzic dan Ratko Mladic tahu atau terdapat alasan patut mengetahui

bahwa bawahan mereka terlibat atau akan terlibat kejahatan. Keterlibatan bawahan tersebut membuktikan bahwa Radovan Karadzic dan Ratko Mladic gagal mengambil langkah yang diperlukan dan masuk akal untuk mencegah tindakan tersebut atau oleh karenanya menghukum pelaku. Dengan demikian, untuk dapat dipersalahkan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando berdasarkan Pasal 7 ayat (3) Statuta ICTY maka harus terbukti lima unsur sebagai berikut :

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

Atas kasus tersebut di atas, baik majelis Hakim maupun Jaksa Penuntut Umum sepakat menyimpulkan bahwa :

1. Adanya hubungan *superior-subordinate* antara atasan dan pelaku;
2. Atasan (*superior*) tahu atau terdapat alasan untuk mengetahui bahwa tindakan kejahatan akan terjadi atau sedang terjadi;

3. Atasan (*superior*) gagal mengambil langkah yang diperlukan dan tindakan-tindakan yang patut untuk mencegah tindakan kejahatan tersebut atau menghukum pelaku

International Criminal Tribunal For Rwanda (ICTR) mengadili Jean Kambanda yang pada saat itu menjabat sebagai Perdana Menteri Rwanda 8 April 1994 sampai 17 Juli 1994, dan juga sebagai Pimpinan Dewan 20 Menteri dan berkuasa mengendalikan pemerintahan serta menentukan kebijaksanaan nasional Kepala Pemerintahan dan Angkatan Bersenjata. Terkait dengan prinsip pertanggungjawaban komando, maka unsur pokok yang patut untuk dikemukakan dalam kasus tersebut adalah sebagai :

1. Adanya hubungan subordinasi antara komandan dan pelaku kejahatan, dalam hal ini dapat bersifat hubungan langsung maupun hubungan tidak langsung (mengikuti hierarki rantai komando);
2. Perlu dibuktikan bahwa komandan mengetahui, atau seharusnya mengetahui bahwa pasukan di bawah komandonya sedang, atau akan atau telah melakukan pelanggaran HI (*mens rea*);
3. Komandan telah gagal melakukan pencegahan atau menghukum pelaku pelanggaran (*actus reus*).

Para komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya dapat dituntut berdasarkan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat bilamana :

1. Ada pelanggaran/kejahatan yang dilakukan oleh anggota militer di bawah komandonya atau orang-orang yang berada di bawah pengendaliannya;

2. Pelanggaran tersebut terjadi pada waktu melaksanakan tugas/operasi dalam suatu konflik, baik yang bersifat internasional maupun non internasional;
3. Bahwa tanggung jawab komando secara pidana/perdata timbul karena adanya kesalahan komandan militer yaitu tidak melakukan kewajiban hukumnya berupa penggunaan kekuasaan yang dimilikinya untuk mencegah dan menindak pelaku;
4. Kekuasaan tersebut adalah kekuasaan menurut hukum yang melahirkan kewajiban hukum;
5. Kekuasaan tersebut mampu untuk mencegah, menghentikan, dan menindak pelaku pelanggaran;
6. Adanya hubungan subordinasi langsung atau tidak langsung antara komandan dengan pelaku;
7. Adanya pengetahuan komandan bahwa anak buahnya akan, sedang atau telah melakukan pelanggaran secara aktual ataupun secara konstruktif (*mens rea*);
8. Komandan dengan kekuasaan yang dimilikinya gagal melakukan pencegahan atau menghentikan atau menindak dan menyerahkan pelaku pelanggaran kepada yang berwajib (*actus reus*).
9. Pertanggungjawaban komando dapat diterapkan pada seluruh komando pada rantai komando (*unity of command*).

Dalam praktik internasional dalam kasus Jenderal Tomoyuki Yamashita, Admiral Soemu Toyoda, Karadzic, Delalic, Mucic dan Delic, pertanggungjawaban komando dapat diterapkan walaupun tidak ada putusan pengadilan atas pelanggaran yang dilakukan anak buahnya tetapi terdapat bukti-

bukti materiil bahwa anak buah di bawah komandonya atau orang yang berada di bawah pengendaliannya telah terlibat melakukan pelanggaran atau kejahatan. Kesalahan sebagai unsur tindak pidana, terjadi bilamana kewajiban hukumnya tidak dilaksanakan oleh para pemegang komando yang terdiri dari para komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya. Kewajiban hukum yang dimaksud adalah penggunaan kekuasaan yang dimiliki, lalai atau gagal digunakan untuk menghentikan (*to suppress*), mencegah (*to prevent*), menindak (*to repress*), melapor (*to report*). Dengan adanya *legal authority*, para pemegang komando mempunyai *legal obligation*, dan oleh karena itu maka menimbulkan adanya pertanggungjawaban komando (*command responsibility*).

D.2. Tanggung Jawab Komando Menurut Ketentuan Pasal 42 UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM

Dalam putusan Pengadilan Militer AS di Manila, Jenderal Yamashita dinyatakan bersalah karena sebagai komandan gagal mengendalikan tindakan-tindakan kejahatan yang dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando dan kendali efektifnya dan yang bersangkutan telah dijatuhi hukuman mati dengan cara digantung pada tanggal 23 Pebruari 1946.¹²⁸

Pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat yang telah berkembang dan terformulasikan dalam suatu instrumen HI, telah teradopsi dan diberlakukan sebagai hukum positif Indonesia melalui pengesahan UU No. 26

¹²⁸ David Cohen, *Op. Cit*, halaman 74.

tahun 2000 tentang pengadilan HAM. Untuk pertama kali konsep pertanggungjawaban komando dimasukkan dalam khasanah hukum Indonesia melalui UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM. Dalam doktrin pertanggungjawaban komando dikenal adanya tiga lapis pertanggungjawaban komando yang dapat diterapkan pada para pemegang komando.¹²⁹ Lapis pertama, komandan atau atasan dituntut untuk kejahatan yang dilakukan oleh pasukan bawahannya, bila komandan atau atasan tersebut memerintahkan pasukannya yang berada dibawah komando dan kendali efektifnya untuk melakukan suatu kejahatan (*crimes by commission*). Lapis kedua, komandan atau atasan dituntut atas kejahatan yang dilakukan oleh pasukan bawahannya, bila komandan atau atasan tersebut mengetahui bahwa pasukannya tersebut melakukan atau hendak melakukan kejahatan, tetapi yang bersangkutan tidak mencegahnya (*crimes by omission*). Lapis ketiga, komandan atau atasan dituntut atas kejahatan yang dilakukan oleh pasukan bawahannya, bilamana dia tidak menindak pasukan yang berada dibawah komando dan kendali efektifnya yang telah melakukan kejahatan yang dalam hal ini berupa pelanggaran HAM berat utamanya kategori kejahatan terhadap kemanusiaan.

Pasal 42 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, telah menyebutkan bahwa komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada dalam yurisdiksi pengadilan HAM yang dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif.

¹²⁹ PLT Sihombing, *Op Cit.* halaman 13

Dipergunakannya kata dapat (*could*) dan bukannya akan (*shall*) atau harus (*should*) pada rumusan konsep pertanggungjawaban komando tersebut di atas, menunjukkan adanya indikasi bahwa dalam kasus pelanggaran HAM yang berat yang diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, pertanggungjawaban komando tersebut bukanlah sesuatu yang sudah berlaku secara otomatis.

Pasal 42 ayat 1 (a) UU No. 26 tahun 2000 mensyaratkan penuntutan pertanggungjawaban komando bilamana ada unsur yang berupa seharusnya mengetahui pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat. Sumber utama Pasal 42 ayat (1) a UU No. 26 tahun 2000 adalah ketentuan Pasal 28 ayat 1 (a) Statuta Roma 1998, yang menegaskan bahwa komandan militer seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut melakukan atau hendak melakukan kejahatan. *Distorsi* terjemahan dalam rumusan pasal ini, telah mengabaikan adanya kewajiban dari pemegang tanggung jawab komando untuk mencegah terjadinya kejahatan. Walaupun dalam Pasal 42 ayat 1 (b) dicantumkan bahwa komando militer tersebut tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam rangka lingkup kekuasaannya untuk mencegah dan menghentikan perbuatan tersebut, namun dalam rumusan dan penjelasannya tidak ada batasan tentang apa yang layak dan perlu dilakukan oleh penanggung jawab komando. Pasal tersebut membawa implikasi pada pengadilan yang terpaksa menekankan fokus perhatiannya pada proses, yaitu perlu atau tidak (*obligation of conduct*). Hal tersebut secara otomatis mengabaikan kenyataan apakah tindakan yang diambil oleh penanggungjawab komando berhasil mencegah atau

menghentikan kejahatan atau tidak (*obligation of result*). Padahal selain harus bertanggungjawab, jika menjadi pelaku langsung, penganjur, atau penyerta, seorang atasan seharusnya bertanggungjawab secara pidana atas kelalaian melaksanakan tugas (*dereliction of duty*) dan kealpaan (*negligence*). Praktik internasional terkait dengan kelalaian dan kealpaan tersebut menunjukkan bahwa seorang komandan atau atasan bertanggungjawab secara pidana jika :

- (1). Ia seharusnya mengetahui (*should have had knowledge*) bahwa pelanggaran hukum telah terjadi atau sedang terjadi atau akan terjadi yang dilakukan oleh bawahannya;
- (2). Ia mempunyai kesempatan untuk mengambil tindakan; dan
- (3). Ia gagal mengambil tindakan korektif yang seharusnya dilakukan sesuai keadaan yang ada atau terjadi saat itu.

Patut pula untuk dikemukakan bahwa Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, pada prinsipnya mengandung unsur-unsur (tindak pidana) sebagai berikut :

1. Komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer, mereka adalah :
 - a. Komandan militer (pejabat komandan adalah berstatus militer)
 - b. Seseorang bertindak sebagai komandan militer (pejabat komandan yang bukan berstatus militer tetapi kekuasaannya sama dengan komandan militer).
 - c. Militer atau non militer yang diangkat oleh yang berwenang menurut hukum untuk menjabat sebagai pemegang komando suatu satuan militer.

2. Efektif berarti bahwa Komando dalam bentuk perintah dan mengatur, mengikat dan berpengaruh langsung kepada pasukan, serta adanya pengendalian, dalam bentuk pengarahan dan pengawasan berlaku dan mengikat kepada pasukan yang sedang melaksanakan operasi. Dengan kata lain efektif berarti secara faktual memimpin dan keputusan serta perintahnya berpengaruh dan mengikat terhadap satuan di bawah komandonya. Struktur Komando TNI sendiri antara lain telah diatur dalam Pasal 37 ayat (1) dan ayat (3) UU No. 20 tahun 1982 *yunto* Pasal 14 dan Pasal 18 UU No. 3 tahun 2002, Keputusan Presiden No. 60 tahun 1983. Penggunaan kata dibawah kekuasaan dan pengendalian yang efektif terkandung maksud :

- a. Dibawah kekuasaan artinya di bawah pimpinan seseorang yang kekuasaannya sama dengan kekuasaan komando militer.
- b. Komando dan pengendalian berlaku, berpengaruh dan mengikat pasukan

3. Dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada dalam yurisdiksi Pengadilan HAM. Berkaitan dengan hal tersebut yang perlu dicermati adalah :

- a. Salah satu syarat penerapan pertanggungjawaban komando
 - b. Pertanggungjawaban komando dalam pelanggaran HAM berat hanya dapat diterapkan kalau pelanggaran tersebut dilakukan oleh pasukan (satuan atau anggota bawahan pemegang komando) adalah tindakan yang diatur pada Pasal 7, 8, dan 9 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah komando dan pengendalian yang efektif, atau di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif.

Terkait dengan uraian tersebut di atas, maka hal-hal yang perlu dicermati adalah :

- Pasukan berarti satuan atau kelompok atau perorangan

- Terdapat hubungan subordinasi antara pemegang komando militer atau penguasa dengan pelaku kejahatan yaitu komandan atau atasan langsung atau komandan atau atasan tidak langsung tetapi dalam jalur rantai komando atau jalur rantai komando sekaligus menjadi jalur komando dan pengendalian.

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

a. Fungsi pengendalian hanya berperan dalam kaitannya dengan pelaksanaan tugas dalam bentuk pemberian pengarahan dan pengawasan

b. Pengarahan dan pengawasan adalah merupakan sarana dan tugas komandan guna menjamin pelaksanaan tugas dapat mencapai tujuan dan tidak menimbulkan persoalan baru/pelanggaran hukum.

c. Pengawasan pelaksanaan tugas harus dilaksanakan terus menerus sehingga komandan atau penguasa dapat mengetahui setiap perkembangan dan setiap keadaan yang meliputi pelaksanaan tugas (pengendalian secara patut)

4. Tindak pidana terjadi karena tidak dilakukan pengarahan dan pengawasan secara patut.

5. Tidak dilakukan pengendalian secara patut yaitu :

a. Komandan militer atau seseorang tersebut mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan, atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat (tersebut

Pasal 7, 8, 9 UU No. 26 tahun 2000). Sehubungan dengan hal tersebut maka hal-hal yang harus dicermati adalah :

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

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

- Tindakan yang layak yang diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya.
- apa saja materi kekuasaan yang dimiliki komandan militer atau seseorang yang berkuasa seperti komando militer.
- sebagai atasan yang berhak menghukum
- memerintah dan mengatur
- mendayagunakan sumber daya militer yang berada di bawah komandonya
- bukti-bukti materi kekuasaan ada pada perundangan dan doktrin TNI

- tindakan apa yang layak diperlukan untuk :
 - a. mencegah dengan kewenangan memerintah dan mengatur komandan militer atau seseorang tersebut dapat mengeluarkan atauran tingkah laku dalam bentuk buku pedoman penerapan HAM sehingga bawahan memahami tugas dan kewajibannya dalam upaya perlindungan HAM
 - b. Dengan kewenangan memerintah dan mengatur serta kewenangan pendayagunaan sumber daya militer dan kewenangan sebagai atasan yang berhak menghukum dapat digunakan untuk menghentikan pelanggaran yang sedang terjadi.
 - c. Menyerahkan pelaku kepada yang berwenang, yaitu dengan memerintahkan polisi militer untuk melakukan penangkapan dan menyerahkan pelaku kepada Komnas HAM dan Jaksa Agung.

E. Peradilan Hak Asasi Manusia (HAM)

E.1. Peradilan HAM Merupakan Peradilan Khusus

Peradilan HAM merupakan bagian dari peradilan umum dengan spesialisasi kewenangan untuk mengadili secara khusus perkara pelanggaran HAM berat. Hal demikian tercermin dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3)¹³⁰ serta Pasal 4¹³¹ UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM *yunto* Pasal 104 ayat

¹³⁰ Pasal 1 ayat (3) UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa pengadilan HAM yang selanjutnya disebut pengadilan HAM adalah pengadilan khusus terhadap pelanggaran HAM yang berat.

¹³¹ Pasal 4 UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan pengadilan HAM bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat.

(1)¹³² UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM. Selain itu, dalam Pasal 27 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 juga telah disebutkan bahwa perkara pelanggaran HAM berat diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 UU No. 26 tahun 2000. Sedangkan Pasal 4 UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa Pengadilan HAM bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM berat. Pengadilan HAM tersebut berwenang pula untuk memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang dilakukan di luar batas territorial wilayah negara Republik Indonesia oleh warga negara Indonesia sebagaimana dimaksud Pasal 5 UU No. 26 tahun 2000.

Pembentukan pengadilan HAM, di samping bertujuan untuk ikut serta memelihara perdamaian dunia dan menjamin pelaksanaan HAM, serta memberi perlindungan, kepastian, keadilan, dan perasaan aman kepada perorangan ataupun kelompok masyarakat, juga dimaksudkan untuk melaksanakan amanat konstitusi sebagaimana ditentukan dalam ketentuan Pasal 104 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM. Pasal 104 ayat (1) UU 39 tahun 1999 menyebutkan bahwa untuk mengadili pelanggaran HAM berat dibentuk pengadilan HAM di lingkungan peradilan umum. Pembentukan pengadilan HAM untuk menyelesaikan kasus pelanggaran HAM berat di Indonesia telah diupayakan berdasarkan Perpu No. 1 tahun 1999 tentang Pengadilan HAM, namun tidak disetujui DPR-RI menjadi suatu undang-undang sebagaimana telah terurai dalam bab I tersebut di atas.

¹³² Pasal 104 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 menyebutkan bahwa untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat dibentuk pengadilan HAM di lingkungan peradilan umum.

Untuk peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat yang terjadi atau yang dilakukan sebelum UU No. 26 tahun 2000, maka terhadap para pelaku pelanggaran HAM berat tersebut diadili oleh pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana diatur dalam Pasal 43 bahwa :

- (1). Pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh pengadilan HAM *ad hoc*;
- (2). Pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul DPR-RI berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keppres;
- (3). Pengadilan HAM *ad hoc* sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berada di lingkungan peradilan umum.

Usulan pembentukan pengadilan HAM *ad hoc* oleh DPR-RI tersebut mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM berat yang dibatasi pada *locus* dan *tempus delicti* tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya UU No. 26 tahun 2000. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa untuk peristiwa pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum disahkannya UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM pada tanggal 23 Nopember 2000, akan diadili oleh lembaga pengadilan HAM *ad hoc* yang pembentukannya dengan menggunakan Keppres didasarkan atas usulan DPR-RI yang dibatasi pada *locus* dan *tempus delicti*nya. Sedangkan untuk peristiwa pelanggaran HAM berat yang terjadi sesudah diundangkannya UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM, akan diadili oleh lembaga pengadilan HAM. Dalam hal ini patut dicatat bahwa kedua lembaga pengadilan tersebut dibentuk sebagai lembaga pengadilan khusus yang berada dibawah lingkungan peradilan umum. Pembentukan pengadilan HAM *ad*

hoc untuk mengadili pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando kasus Timtim (1999) maupun kasus Tanjung Priok (1984) adalah Keppres No. 53 tahun 2001 yang kemudian diperbaharui dengan Keppres No. 96 tahun 2001.

E.2. Ruang Lingkup Hukum Acara Dalam Peradilan HAM

Pasal 10 UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa dalam hal tidak ditentukan lain dalam undang-undang ini, hukum acara atas perkara pelanggaran HAM berat dilakukan berdasarkan ketentuan hukum acara pidana. Dengan demikian, dalam hal tidak diatur dalam UU No. 26 tahun 2000, maka ketentuan hukum acara pidana dalam UU No. 8 tahun 1981 tentang KUHAP dapat dipakai dalam beracara terhadap kasus pelanggaran HAM berat.¹³³

Penyelidikan menurut Pasal 1 angka 5 UU No. 26 tahun 2000 adalah merupakan serangkaian tindakan penyidik untuk mencari dan menemukan ada tidaknya suatu peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat guna ditindaklanjuti dengan penyidikan sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam undang-undang ini. Tindakan penyelidikan selain sebagai upaya untuk mencari dan menemukan ada tidaknya suatu pelanggaran HAM berat, juga dimaksudkan sebagai dasar untuk melakukan tindakan penyidikan jika hasil penyelidikan menyimpulkan telah terjadi pelanggaran HAM berat sesuai

¹³³ Kabul Supriyadi, *Peradilan HAM Indonesia*, Makalah Pada Pelatihan Calon Advokat Kerjasama PBHI – Peradi, 4 Desember 2006, Jakarta, halaman 4.

ketentuan UU No. 26 Tahun 2000. Terkait dengan penyelidikan, Pasal 18 UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa :

- (1). Penyelidikan terhadap pelanggaran HAM berat dilakukan oleh Komnas HAM;
- (2). Komnas HAM dalam melakukan penyelidikan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat membentuk tim *ad hoc* yang terdiri atas Komnas HAM dan unsur masyarakat.

Dasar alasan penyelidikan harus dilakukan Komnas HAM, tidak lain dimaksudkan untuk menjaga objektivitas hasil penyelidikan, karena lembaga tersebut merupakan lembaga yang bersifat independen. Komnas HAM sebagai penyelidik, sesuai Pasal 19 UU No. 26 tahun 2000 berwenang untuk :

- a. Melakukan penyelidikan dan pemeriksaan terhadap peristiwa yang timbul dalam masyarakat yang berdasarkan sifat atau lingkungannya patut diduga terdapat pelanggaran HAM berat;
- b. Menerima laporan atau pengaduan dari seseorang atau kelompok orang tentang terjadinya pelanggaran HAM berat, serta mencari keterangan dan barang bukti;
- c. Memanggil pihak pengadu, korban, atau pihak yang diadukan untuk diminta dan didengar keterangannya;
- d. Memanggil saksi untuk diminta dan didengar kesaksiaannya;
- e. Meninjau dan mengumpulkan keterangan di tempat kejadian dan tempat lainnya yang dianggap perlu;
- f. Memanggil pihak terkait untuk memberikan keterangan secara tertulis atau menyerahkan dokumen yang diperlukan sesuai dengan aslinya;

g. Atas perintah penyidik dapat melakukan tindakan yang berupa : pemeriksaan surat; penggeledahan dan penyitaan; pemeriksaan setempat terhadap rumah, pekarangan, bangunan, dan tempat-tempat lainnya yang diduduki atau dimiliki pihak tertentu; mendatangkan ahli dalam hubungannya dengan penyelidikan.

Dalam hal Komnas HAM berpendapat bahwa terdapat bukti permulaan yang cukup telah terjadi pelanggaran HAM berat, maka kesimpulan hasil penyelidikan disampaikan kepada penyidik.¹³⁴ Untuk sampai pada kesimpulan bahwa telah terjadi pelanggaran HAM berat, harus didasarkan pada hasil penilaian terhadap informasi atau data-data yang diperoleh Komnas HAM melalui sumber-sumber tertentu yang dapat dipercaya, serta dari adanya laporan langsung kepada Komnas HAM dari orang atau kelompok yang mengetahui telah terjadi suatu pelanggaran HAM berat.

Patut dicatat bahwa dalam melakukan penyelidikan tetap harus dihormati asas praduga tak bersalah sehingga hasil penyelidikan bersifat tertutup (tidak disebarkan pada publik) sepanjang menyangkut nama-nama yang patut diduga melanggar HAM berat sesuai ketentuan Pasal 92 UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM.¹³⁵ Berdasarkan kesimpulan yang telah disampaikan kepada penyidik, maka

¹³⁴ Lihat dalam ketentuan Pasal 20 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

¹³⁵ Pasal 92 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM menyebutkan bahwa (1). Dalam hal tertentu dan bila dipandang perlu, guna melindungi kepentingan dan HAM yang bersangkutan atau terwujudnya penyelesaian terhadap masalah yang ada, Komnas HAM dapat menetapkan untuk merahasiakan identitas pengadu, dan pemberi keterangan atau bukti lainnya serta pihak yang terkait dengan materi aduan atau pemantauan; (2). Komnas HAM dapat menetapkan untuk merahasiakan atau membatasi suatu keterangan atau bukti lain yang diperoleh Komnas HAM, yang berkaitan dengan materi pengaduan atau pemantauan; (3). Penetapan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) didasarkan pada pertimbangan bahwa penyebarluasan keterangan atau bukti lainnya tersebut dapat : a. membahayakan keamanan dan keselamatan negara; b. membahayakan keselamatan dan ketertiban umum; c. membahayakan keselamatan perorangan; d. mencemarkan nama baik perorangan; e. membocorkan rahasia negara atau hal-hal yang wajib dirahasiakan dalam proses pengambilan keputusan pemerintah; f. membocorkan hal-hal yang wajib dirahasiakan dalam

dalam tempo paling lambat tujuh hari kerja setelah kesimpulan hasil penyelidikan disampaikan, Komnas HAM menyerahkan seluruh hasil penyelidikannya kepada penyidik. Selanjutnya apabila penyidik berpendapat bahwa hasil penyelidikan sebagaimana yang telah dilakukan oleh penyidik masih kurang lengkap, penyidik segera mengembalikan hasil penyelidikan tersebut kepada penyidik disertai petunjuk untuk dilengkapi dalam waktu tiga puluh hari sejak tanggal diterima hasil penyelidikan, penyidik wajib melengkapi kekurangan tersebut.

Dalam hal telah selesai dilakukannya kegiatan penyelidikan oleh Komnas HAM terhadap suatu pelanggaran HAM berat dan hasil penyelidikan tersebut telah dilaporkan dalam suatu uraian terinci, maka apabila dari hasil penyelidikan itu dianggap cukup bukti-bukti permulaan atau telah memenuhi unsur-unsur tindak pidana pelanggaran HAM berat, maka tahap selanjutnya adalah dilakukannya tindakan penyidikan oleh penyidik. Penyidikan perkara pelanggaran HAM berat dalam UU No. 26 tahun 2000, telah diatur dalam Pasal 21 yang menyebutkan bahwa :

- (1). Penyidikan perkara pelanggaran HAM yang berat dilakukan oleh Jaksa Agung;
- (2). Penyidikan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tersebut tidak termasuk kewenangan menerima laporan atau pengaduan;
- (3). Dalam pelaksanaan tugas sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) Jaksa Agung dapat mengangkat penyidik *ad hoc* yang terdiri atas unsur pemerintah dan atau masyarakat;

proses penyidikan, penuntutan, dan persidangan suatu perkara pidana; g. menghambat terwujudnya penyelesaian terhadap masalah yang ada; atau h. membocorkan hal-hal yang termasuk dalam rahasia dagang.

(4). Sebelum melaksanakan tugasnya, penyidik *ad hoc* mengucapkan sumpah dan janji menurut agamanya masing-masing;

Tahap penindakan adalah tahap penyidikan dimana dimulai dilakukan tindakan-tindakan hukum yang langsung bersinggungan dengan HAM, yaitu berupa pembatasan HAM dalam bentuk penahanan. Tahap tersebut dilaksanakan setelah penyidik merasa yakin bahwa telah terjadi suatu pelanggaran HAM berat dan untuk memperjelas segala sesuatu tentang pelanggaran HAM itu diperlukan tindakan-tindakan tertentu yang berupa pembatasan hak-hak asasi seseorang atau kelompok yang bertanggung jawab terhadap terjadinya pelanggaran HAM berat. Dalam melakukan penyidikan atas laporan Komnas HAM, maka penyidik akan mengecek kebenaran laporan tersebut dengan memeriksa di tempat kejadian. Jika laporan telah terjadi peristiwa pelanggaran HAM berat itu benar, maka apabila si pelaku masih berada di tempat tersebut, penyidik dapat melarang si pelaku atau tersangka meninggalkan tempat kejadian. Selanjutnya penyidik mengadakan pemeriksaan-pemeriksaan seperlunya termasuk memeriksa identitas tersangka atau menyuruh berhenti orang-orang yang dicurigai melakukan pelanggaran HAM berat dan melarang orang-orang keluar masuk tempat kejadian. Kemudian penyidik berusaha mencari bukti-bukti yang digunakan untuk melakukan kejahatan pelanggaran HAM berat. Apabila pemeriksaan di tempat kejadian selesai dilakukan dan barang-barang bukti telah pula dikumpulkan, maka selanjutnya harus disusun suatu kesimpulan sementara bahwa telah terjadi pelanggaran HAM berat dalam suatu berita acara.

Penyidikan sebagaimana dimaksud di atas harus diselesaikan paling lambat dalam jangka waktu sembilan puluh hari terhitung sejak tanggal hasil penyelidikan diterima dan dinyatakan lengkap oleh penyidik. Apabila dalam jangka waktu tersebut di atas, pelaksanaan penyidikan belum selesai dilakukan, maka jangka waktu tersebut dapat diperpanjang untuk paling lama sembilan puluh hari oleh ketua pengadilan HAM sesuai dengan daerah hukumnya. Setelah perpanjangan waktu penyidikan, ternyata penyidik tidak mendapatkan bukti-bukti yang cukup, maka Jaksa Agung harus mengeluarkan Surat Perintah Penghentian Penyidikan (SP3), termasuk apabila tersangka berada dalam tahanan, maka perlu juga mengeluarkan Surat Perintah Pelepasan dari tahanan. Dalam hal SP3 telah dikeluarkan, namun dikemudian hari ternyata terdapat bukti-bukti atau alasan yang cukup, maka penyidikan dapat dibuka kembali dalam rangka melengkapi hasil penyelidikan yang telah dilakukan dan selanjutnya dilakukan suatu penuntutan. Dalam hal penghentian penyidikan sebagaimana dimaksud di atas, tidak dapat diterima oleh korban atau keluarganya, maka korban, keluarganya sedarah atau semenda dalam garis lurus ke atas atau ke bawah sampai dengan derajat ketiga, berhak mengajukan praperadilan kepada ketua pengadilan HAM sesuai dengan daerah hukumnya dan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Setelah penyidik menerima laporan dari penyelidik (Komnas HAM) tentang telah terjadinya suatu peristiwa pelanggaran HAM berat, maka sebagai kelanjutan daripada adanya pelanggaran tersebut, apabila penyidik mempunyai dugaan keras disertai bukti-bukti permulaan yang cukup maka penyidik dapat

melakukan penangkapan terhadap tersangka sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 11 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 yang menyebutkan bahwa Jaksa Agung sebagai penyidik berwenang melakukan penangkapan untuk kepentingan penyidikan terhadap seorang yang diduga keras melakukan pelanggaran HAM berat berdasarkan bukti permulaan yang cukup.

Patut dikemukakan bahwa penangkapan tersebut tidak dapat dilakukan secara sewenang-wenang, karena hal demikian justru akan melanggar HAM itu sendiri. Oleh karena itu, untuk melakukan penangkapan terhadap seseorang, maka penyidik harus mengeluarkan Surat Perintah Penangkapan disertai alasan-alasan penangkapan dan uraian singkat sifat perkara kejahatan yang dipersangkakan. Tanpa surat tersebut, tersangka dapat menolak petugas yang bersangkutan, dan perintah penangkapan baru dikeluarkan kalau sudah ada dugaan keras telah terjadi pelanggaran HAM berat disertai pula dengan bukti permulaan yang cukup. Dengan demikian, maka perintah penangkapan tidak dapat dilakukan dengan cara sewenang-wenang, tetapi harus ditujukan kepada mereka yang benar-benar melakukan tindak pidana pelanggaran HAM berat. Setelah tersangka ditangkap dengan surat perintah maupun tersangka yang tertangkap tangan, maka dalam waktu 1 x 24 jam tersangka telah selesai diperiksa, dan apabila tidak cukup bukti untuk alasan penahanan, maka tersangka harus dibebaskan.¹³⁶

Tujuan pembatasan wewenang penguasa untuk melakukan penahanan adalah dalam kerangka untuk melindungi HAM, dengan cara tidak melakukan penahanan secara sewenang-wenang. Berbeda dengan penangkapan, dasar

¹³⁶ Lihat dalam ketentuan Pasal 19 ayat (1) UU No. 8 tahun 1981 tentang KUHAP.

penahanan tidaklah cukup atas bukti permulaan yang cukup saja, akan tetapi penyidik harus mempunyai setidaknya pembuktian minimum yang dipersyaratkan KUHAP, yaitu sekurang-kurangnya terdapat dua alat bukti.¹³⁷ Selain itu, KUHAP juga telah menentukan syarat untuk dapat melakukan penahanan yang terdiri dari syarat-syarat subyektif dan objektif. Adapun syarat-syarat tersebut bersifat subyektif apabila penyidik menganggap keadaan menimbulkan kekwatiran tersangka akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, atau mengulangi melakukan tindak pidana. Sedangkan syarat-syarat objektif sudah merupakan keharusan bagi penyidik untuk melakukan penahanan, setelah syarat-syarat subyektif terpenuhi, mengingat ancaman pidana pelanggaran HAM yang berat diancam dengan hukuman mati.

Sebagai kelanjutan dari penangkapan terhadap tersangka yang diduga kuat telah melakukan pelanggaran HAM berat maka terhadap tersangka dapat dilakukan penahanan sebagaimana dimaksud Pasal 12 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000, yang menyebutkan bahwa Jaksa Agung sebagai penyidik dan penuntut umum berwenang melakukan penahanan atau penahanan lanjutan untuk kepentingan penyidikan dan penuntutan. Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan pelanggaran HAM berat berdasarkan bukti yang cukup. Dalam hal ini terdapat keadaan yang menimbulkan kekwatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, dan atau mengulangi pelanggaran HAM berat. Selain dari Jaksa Agung, Hakim pengadilan

¹³⁷ Lihat dalam ketentuan Pasal 184 ayat (1) UU No. 8 tahun 1981 tentang KUHAP

HAM dengan penetapannya berwenang melakukan penahanan untuk kepentingan pemeriksaan di sidang pengadilan. Selain itu patut dikemukakan bahwa UU No. 26 tahun 2000, juga telah mengatur tentang lamanya penahanan atas pelaku pelanggaran HAM berat mulai dari tingkat penyidikan hingga pemeriksaan kasasi yang secara ringkas dapat ditampilkan pada matrik dibawah ini.

Tabel : Matrik Lama Penahanan Atas Pelanggaran HAM Yang Berat

No.	Perihal	Penyidikan	Penuntutan	Pemeriksaan Sidang Pengadilan HAM	Pemeriksaan Banding	Pemeriksaan Kasasi
1.	Lamanya Penahanan	<ul style="list-style-type: none"> • 90 hari • 90 hari • 60 hari 	<ul style="list-style-type: none"> • 30 hari • 20 hari • 20 hari 	<ul style="list-style-type: none"> • 90 hari • 30 hari 	<ul style="list-style-type: none"> • 60 hari • 30 hari 	<ul style="list-style-type: none"> • 60 hari • 30 hari
2.	Pejabat Yg Berwenang Menetapkan	Ketua Pengadilan HAM	Ketua Pengadilan HAM	Ketua Pengadilan Tinggi	Ketua Pengadilan Tinggi	Ketua Mahkamah Agung
3.	Diatur Pasal	Pasal 13 UU No. 26 tahun 2000	Psl 14 UU No. 26 tahun 2000	Psl 15 UU No. 26 tahun 2000	Psl 16 UU No. 26 tahun 2000	Psl 17 UU No. 26 thn 2000

BAB III

**URGENSI PEMBUATAN UU NO. 26 TAHUN 2000 TENTANG PENGADILAN HAM
SEBAGAI DASAR HUKUM PENUNTUTAN PERTANGGUNGJAWABAN KOMANDO
ATAS PELANGGARAN HAM BERAT KATEGORI KEJAHATAN TERHADAP
KEMANUSIAAN DI INDONESIA**

**A. Gambaran Umum Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di
Indonesia Yang Pelakunya Direkomendasikan Komnas HAM
Dapat Dituntut Berdasarkan Pertanggungjawaban Komando
Dalam UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM.**

A.1. Rekomendasi Komnas HAM Tentang Pertanggungjawaban Komando Atas Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Dalam Peristiwa Tanjung Priok Tahun 1984

Peristiwa Tanjung Priok berawal dari ditahannya empat orang, yaitu Achmad Sahi, Sofwan Sulaeman, Syarifuddin Rambe dan M. Nur yang diduga terlibat pembakaran sepeda motor salah seorang Babinsa dari Koramil Koja. Mereka ditangkap oleh aparat Polres Jakarta Utara yang kemudian ditahan di Kodim Jakarta Utara. Pada tanggal 12 September 1984, diadakan *tabligh* akbar di Jalan Sindang oleh Amir Biki, salah seorang tokoh masyarakat setempat. Dalam ceramahnya, Amir Biki menuntut aparat keamanan untuk membebaskan empat orang jamaah Mushola As Sa'adah yang ditahan. Setelah mengetahui keempat orang tersebut juga belum dibebaskan aparat keamanan, maka selanjutnya pada pukul 23.00 WIB Amir Biki mengerahkan massa ke kantor Kodim Jakarta Utara dan Polsek Koja. Massa yang bergerak ke arah Kodim, di depan Polres Metro Jakarta Utara, dihadang oleh satu regu Arhanud dibawah komando Pasi II Ops. Kodim Jakarta Utara, hingga terjadi peristiwa penembakan yang menyebabkan terjadinya korban jiwa.

Peristiwa yang selanjutnya terkenal sebagai peristiwa Tanjung Priok tersebut telah menimbulkan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat sebagaimana telah diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Dari hasil pemeriksaan yang dilakukan KPP

HAM Tanjung Priok¹³⁸ terhadap petugas RSPAD Gatot Subroto didapatkan keterangan sebagai berikut :

- a) Jumlah korban luka dalam peristiwa Tanjung Priok yang dirawat sebanyak 36 orang, sedangkan jumlah korban luka yang diberi pengobatan tetapi tidak dirawat sebanyak 19 orang;
- b) Sedangkan jumlah korban yang meninggal dunia berjumlah 23 orang, dengan perincian 9 orang dapat dikenali identitasnya¹³⁹ dan 14 orang lainnya tidak diketahui identitasnya yang dapat dikategorikan sebagai orang hilang.

Berdasarkan hasil temuan dan analisa yang telah dilakukan oleh KPP HAM Tanjung Priok, dipastikan bahwa dalam peristiwa tersebut telah terjadi kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat yang para pelakunya dapat dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, berupa :

1. Pembunuhan secara kilat (*summary killing*) yang terjadi di depan Mapolres Metro Jakarta Utara tanggal 12 September 1984 kurang lebih pukul 23.00 WIB. *Summary killing* tersebut sebagai akibat dari penggunaan kekerasan yang berlebihan dari yang sepatutnya terhadap kelompok massa oleh satu regu pasukan dari Kodim Jakarta Utara dibawah pimpinan Serda Sutrisno Mascung dengan senjata semi otomatis. Akibat dari tindakan tersebut telah

¹³⁸ Pembentukannya berdasarkan Surat Keputusan Ketua Komnas HAM No.:012/KOMNAS HAM/VII/2000, dengan personil antara lain: Koesparmono Irsan (ketua) dan anggotanya terdiri dari Samsudin dan Saafroedin bahar

¹³⁹ Identitas dari 9 jenazah tersebut adalah Amir Biki, Zainal Amran, Kasmoro bin Jilan, M. Romli, Andi Samsu, Tukimin, Kastori, M. Sidik, Kembar Abdul Kohar

menyebabkan jatuh korban sebanyak 24 orang penduduk sipil tewas dan 54 orang penduduk sipil lainnya mengalami luka berat dan ringan;

2. Penangkapan dan penahanan sewenang-wenang (*unlawful arrest and detention*) yang dilakukan aparat keamanan setelah peristiwa Tanjung Priok 12 September 1984. TNI selaku aparat keamanan pada saat itu, telah melakukan penggeledahan dan penangkapan terhadap orang-orang yang dicurigai mempunyai hubungan dengan peristiwa Tanjung Priok. Korban diambil di rumah atau ditangkap di sekitar lokasi penembakan yang berjumlah sekitar 160 orang. Pada umumnya mereka ditangkap tanpa prosedur dan surat perintah penangkapan dari pihak yang berwenang sebagaimana diatur dalam ketentuan perundangan yang berlaku di negara Indonesia yang *nota bene* merupakan negara hukum. Keluarga korban juga tidak diberitahu atau diberi tembusan surat perintah penangkapan maupun penahanan. Para korban ditahan di Laksusda Jaya Kramat V, Mapomdam Guntur dan RTM Cimanggis;
3. Penyiksaan (*torture*) dilakukan aparat keamanan terhadap mereka yang dianggap sebagai pihak yang terlibat dalam peristiwa Tanjung Priok. Seluruh korban luka yang dirawat di RSPAD Gatot Subroto setelah sembuh langsung ditahan di Kodim Jakarta Pusat, Laksusda V Jaya, Pomdam V Jaya, dan RTM Cimanggis. Selama dalam penahanan, para korban mengalami penyiksaan, intimidasi dan teror dari aparat keamanan. Bentuk-bentuk penyiksaan tersebut antara lain, korban dipukul dengan popor senjata, ditendang, dan lain sebagainya;

4. Penghilangan orang secara paksa yang menurut laporan hasil penyelidikan KPP HAM kasus Tanjung Priok 12 September 1984 terjadi dalam tiga tahap. Tahap pertama dengan cara menyembunyikan identitas dan jumlah korban yang tewas dari publik dan keluarganya. Hal ini terlihat dari cara penguburan yang dilakukan secara diam-diam di tempat terpencil, terpisah-pisah dan dilakukan pada malam hari. Lokasi penguburan juga tidak dibuat tanda-tanda, sehingga sulit untuk diketahui. Tahap kedua dilakukan dengan cara menyembunyikan korban dengan cara melarang keluarga korban untuk melihat kondisi dan keberadaan korban selama dalam perawatan dan penahanan aparat. Tahap ketiga dilakukan dengan cara merusak dan memusnahkan barang bukti dan keterangan serta identitas korban.

Hasil akhir dari kegiatan penyelidikan berupa kesimpulan dan rekomendasi yang dikemukakan KPP HAM Tanjung Priok berkaitan dengan terjadinya suatu kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat, antara lain :¹⁴⁰

a. Tentang jumlah korban

Pemastian tentang jumlah korban pembunuhan secara kilat (*summary killing*) sebanyak 24 orang dilakukan KPP HAM Tanjung Priok dengan cara melakukan penggalian kuburan, pemeriksaan dokumen di RSPAD Gatot Subroto dan usaha mencari saksi-saksi tambahan. Penggalian kuburan dilakukan di TPU Mengkok, Sukapura, dan pemakaman Kramat Ganceng, dan Pondok Ranggon.

¹⁴⁰ www.komnas.go.id diakses pada tanggal 14 Februari 2004

b. Tentang pelaku atau penanggung jawab

Pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat, dapat dikelompokkan dalam tiga kategori.¹⁴¹ Pertama, adalah pelaku di lapangan yang menggunakan kekerasan yang berlebihan sehingga jatuh korban meninggal dunia dan yang mengalami luka-luka. Kedua, adalah penanggung jawab komando operasional yaitu komandan yang membawahi teritorial di tingkat Kodim dan Polres tidak mampu mengantisipasi keadaan dan mengendalikan pasukan sehingga terjadi tindakan *summary killing*, tindakan penyiksaan dan terlibat aktif dalam penghilangan barang bukti dan identitas korban serta membiarkan terjadinya penyiksaan-penyiksaan dalam tahanan dan memerintahkan penguburan tanpa prosedur resmi. Ketiga, adalah para pemegang komando yang tidak mengambil tindakan untuk mencegah terjadinya kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu pelanggaran HAM berat.

c. Tentang rekomendasi

1. Para pelaku dan penanggung jawab atas kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat harus dimintakan pertanggungjawaban pidana sesuai dengan ketentuan hukum dan perundangan yang berlaku;

¹⁴¹ Nama para pelaku dari kesatuan Arhanud Tanjung Priok : Serda Sutrisno Mancung; Pratu Yajit; Prada Siswoyo; Prada Asrori; Prada Kartijo; Prada Zulfata; Prada Muhson; Prada Abdul Halim; Prada Sofyan Hadi; Prada Parnu; Prada Winarko; Prada Idrus; Prada Sumitro; Prada Prayogi. Dari jajaran Kodim Jakarta Utara : Letkol. RA. Butar-butar; Kapten Sriyanto. Dari jajaran Kodam V Jayaterdiri dari Mayjen TNI Try Sutrisno; Kol. CPM Pranowo; Kapten Auha Kusi, BA; Kapten Mattaoni, BA. Dari jajaran Mabes TNI AD terdiri dari : Jenderal TNI L. Benny Moerdani; Brigjen TNI Dr. Soemardi; Mayor TNI Darminto.

2. Untuk mewujudkan tanggung jawab negara terhadap korban kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat pada peristiwa Tanjung Priok 12 September 1984 tersebut di atas, maka :
 - a). Pemerintah harus meminta maaf kepada korban atau keluarga korban dan masyarakat luas atas terjadinya Peristiwa Tanjung Priok 12 September 1984;
 - b). Merehabilitasi nama baik para korban;
 - c). Memberikan kompensasi kepada korban atau keluarga korban;
 - d). Korban yang sampai sekarang belum berhasil ditemukan harus tetap dinyatakan sebagai orang hilang dan menjadi tanggung jawab negara untuk menemukan korban dan mengembalikannya kepada keluarga yang bersangkutan.

3. Untuk mencegah keterulangan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat, di masa depan maka berbagai kebijakan dan tindakan harus diambil untuk :
 - a) Meningkatkan profesionalisme anggota TNI dari jajaran pimpinan sampai anggota dengan pangkat terendah, melalui pendidikan dan latihan termasuk HAM;
 - b) Meningkatkan pengawasan yang intensif terhadap pelaksanaan instruksi dan prosedur tetap pelaksanaan tugas TNI yang menjunjung tinggi penghormatan HAM;

- c) Dengan sungguh-sungguh melakukan penertiban atas kewajiban-kewajiban pejabat publik atas dokumen dan arsip yang menyangkut kepentingan publik.

A.2. Rekomendasi Komnas HAM Tentang Pertanggungjawaban Komando Atas Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Dalam Peristiwa Daerah Operasi Militer Di Aceh

Sejak diberlakukan Daerah Operasi Militer (DOM)¹⁴² tahun 1989 s/d tahun 1998 di Propinsi Daerah Istimewa Aceh (sekarang Nangroe Aceh Darussalam) setidaknya telah terjadi 7.727 kasus pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Penerapan status DOM di Aceh tersebut merupakan puncak dari tindakan yang bersifat represif dari Pemerintah Republik Indonesia untuk melangsungkan dan menjaga kepentingannya di Aceh. Pada saat itu pemerintah mengkampanyekan pentingnya memberantas Gerakan Pengacau Keamanan (GPK) untuk menjaga keamanan masyarakat, yang di sisi lain melakukan legitimasi tindakan-tindakan represif yang bertujuan menjaga kepentingan-kepentingan bisnis pemerintah pusat. Berbagai operasi militer yang dilakukan TNI dan Polri dengan dalih menumpas GPK Aceh (GAM, pen) merupakan *shock therapy* untuk mematikan keberanian rakyat Aceh melakukan koreksi, kritik atau upaya-upaya lain. Dampak operasi militer tersebut membuat masyarakat didera ketakutan, tanpa alasan yang jelas mereka diculik, dipukuli, disiksa bahkan dibunuh. Fenomena semacam inilah yang merupakan awal dari

¹⁴² www.komnas.go.id diakses pada tanggal 20 Maret 2004

bencana terjadinya kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu pelanggaran HAM berat di Aceh.

Pencabutan status DOM di Aceh tanggal 7 Agustus 1998 oleh Presiden B.J. Habibie tidak membawa perubahan yang signifikan. Kenyataannya kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat masih tetap eksis terjadi dan para pelakunya tanpa tersentuh sedikitpun oleh hukum. Pada eskalasi tertentu terlihat upaya-upaya pemerintah mengatasi persoalan Aceh, namun di lain pihak upaya penyelesaian yang dilakukan pemerintah terkesan lamban dan tidak serius. Dalam kondisi yang demikian mengesankan adanya upaya untuk melegalisasikan *impunity* pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk dari pelanggaran HAM berat. Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang berupa pembunuhan, penyiksaan, perkosaan, dan segala jenisnya di Aceh tidak pernah diusut tuntas. Bahkan setelah dicabutnya DOM pada bulan Agustus 1998, tingkat pelanggaran HAM berat, juga tidak mengalami penurunan secara signifikan. Terjadinya kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut, memaksa Komnas HAM melakukan serangkaian penelitian dengan mengirim tim pemantauan ke Aceh pada Bulan Juni dan Agustus 1998.

Dalam laporan hasil penyelidikannya, Komnas HAM telah menyebutkan bahwa status DOM di Aceh untuk menumpas GAM dalam kurun waktu tahun 1989 hingga tahun 1998, melalui suatu operasi militer telah menimbulkan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, khususnya di Pidie, Aceh Utara dan Aceh Timur berupa : pembunuhan kilat (*summary killing*); penyiksaan dan perlakuan yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan

martabat (*torture and other cruel, inhuman/degrading treatment*); penghilangan secara paksa (*enforced disappearance*); penangkapan dan penahanan sewenang-wenang (*arbitrary arrest and detention*); perusakan hak milik (*destruction of property*); perkosaan dan kekerasan seksual (*rape and sexual assault*).

Pada bagian akhir laporan hasil penyelidikannya Komnas HAM merekomendasikan hal-hal sebagai berikut :¹⁴³

1. Para penanggung jawab kebijakan secara hirarkis dan pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk dari pelanggaran HAM berat tersebut harus diusut dan diajukan ke pengadilan;
2. Kepada korban atau keluarga korban perlu diberi kompensasi serta rehabilitasi sesuai dengan asas keadilan;
3. Pemerintah Daerah bersama masyarakat perlu menyelesaikan pekerjaan verifikasi tentang jumlah korban pelanggaran HAM berat di Aceh;
4. Penghapusan status DOM di Aceh perlu segera diikuti dengan berbagai kebijakan untuk memulihkan rasa aman dan saling percaya di tengah masyarakat;
5. Mempercepat proses rekonsiliasi di Aceh serta meredam gejolak-gejolak sosial politik yang berwarna balas dendam;
6. Sudah tiba saatnya kurikulum pendidikan di TNI ditinjau secara mendasar. Penyimpangan budaya militer berupa sikap dan praktik seolah-olah dapat berbuat apapun (*impunity*) oleh anggota TNI demi negara dan stabilitas perlu dihilangkan;

¹⁴³ www.komnas.go.id diakses pada tanggal 20 Maret 2004

7. Untuk kepentingan militer dan penegakan HAM perlu dipertimbangkan untuk meninjau dan menyempurnakan beberapa ketentuan hukum militer yang berlaku tetapi sudah tidak sesuai dengan perkembangan, khususnya dalam pelaksanaan tugas operasi.

A.3. Rekomendasi Komnas HAM Tentang Pertanggungjawaban Komando Atas Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Dalam Peristiwa Trisakti, Semanggi I dan II

Perjuangan orde reformasi dimulai dengan adanya krisis ekonomi yang melanda negara Indonesia pada tahun 1997. Gerakan reformasi yang dipelopori oleh para mahasiswa terhadap ketidakadilan yang dilakukan oleh rezim Orde Baru dibawah kepemimpinan Presiden HM. Soeharto yang berkuasa selama kurun waktu 32 tahun secara otoriter. Pergantian pemerintahan dari rezim Orde Baru ke Orde Reformasi memberikan harapan bahwa demokratisasi telah dimulai. Namun patut disayangkan, usaha mengatasi krisis yang bersifat multidimensional tersebut belum mampu menunjukkan hasil yang cukup signifikan. Berbagai peristiwa seperti tragedi Trisakti,¹⁴⁴ Semanggi¹⁴⁵ I dan Semanggi II merupakan *resultan* dari

¹⁴⁴ Penembakan oleh aparat keamanan dalam tragedi Trisakti 12 Mei 1998 mengakibatkan empat mahasiswa Universitas Trisakti Jakarta tewas. Keempat mahasiswa tersebut (Heri Hartanto, Elang Mulya Lesmana, Hendrawan Sie, dan Hasidhin Royan) telah ditetapkan Pemerintah sebagai Pahlawan Reformasi dan diabadikan dalam monumen di Kampus Reformasi Trisakti. Peristiwa penembakan tersebut kemudian memicu terjadinya kerusuhan serta demo besar-besaran di Jakarta dan sekitarnya yang berpuncak pada lengsernya rezim Orde Baru pimpinan HM Soeharto yang telah berkuasa 32 tahun.

¹⁴⁵ Peristiwa ini terjadi pada tanggal 13 November 1998, telah menewaskan beberapa mahasiswa yang bernama Bernadius Realino Norman Irawan (Fakultas Ekonomi Universitas Atmajaya), Sigit Prasetyo (Fakultas Teknik Sipil YAI), Teddy Mardani (Fakultas Teknik Industri Institut Teknologi Indonesia), Abdulah (Universitas Indonesia), Heru Subagyo (STIE), dan Muzamil Joko purwanto (Fakultas MIPA Universitas Indonesia)

berbagai faktor dan keadaan yang kurang kondusif dan hilangnya kepercayaan terhadap pemerintah.

Peristiwa-peristiwa tersebut telah melibatkan bentrokan fisik antara mahasiswa dan masyarakat dengan TNI maupun Polri, yang mana dari ketiga peristiwa itu telah menimbulkan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat. Meskipun DPR-RI telah merekomendasikan agar peristiwa Trisakti, Semanggi I dan Semanggi II ditindaklanjuti dengan pengadilan umum dan pengadilan militer, namun karena diduga terjadi kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk dari pelanggaran HAM berat, Komnas HAM memandang perlu melakukan penyelidikan dengan membentuk KPP HAM Trisakti, Semanggi I dan Semanggi II. Dalam rapat paripurna Komnas HAM pada tanggal 5 Juni 2001 disepakati pembentukan KPP HAM Peristiwa Trisakti, Semanggi I dan Semanggi II¹⁴⁶ yang selanjutnya dituangkan dalam SK No. 034/KOMNAS HAM/VII/2001 tanggal 27 Agustus 2001.¹⁴⁷ Hasil penyelidikan yang telah dilakukan oleh KPP HAM¹⁴⁸ atas peristiwa Trisakti,

¹⁴⁶ Pembentukan komisi penyelidikan pelanggaran HAM yang berat dalam peristiwa Trisakti, Semanggi I, dan Semanggi II didasarkan atas : UU RI No. 39 Tahun 1999 tentang HAM; UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM; Keputusan rapat paripurna komnas HAM tanggal 5 Juni 2001; Keputusan ketua komnas HAM Nomor 034/KOMNAS HAM/VII/2001 tanggal 27 Agustus 2001 tentang pembentukan komisi penyelidikan pelanggaran HAM peristiwa Trisakti, Semanggi I dan II. Tugas dan wewenang KPP HAM Trisakti, Semanggi I dan II adalah : Melakukan penyelidikan dan pemeriksaan terhadap peristiwa yang terjadi; Meminta keterangan pihak-pihak korban; Memanggil dan memeriksa saksi-saksi dan pihak-pihak yang diduga terlibat dalam pelanggaran tersebut; Mengumpulkan bukti-bukti tentang dugaan pelanggaran; Meninjau dan mengumpulkan keterangan di tempat kejadian dan tempat lainnya yang dianggap perlu.

¹⁴⁷ Kenggotaan dari KPP HAM Trisakti, Semanggi I dan Semanggi II terdiri dari : Ketua : Albert Hasibuan; Wakil Ketua : Todung Mulya Lubis; Sekretaris : Usman Hamid; Anggota: Saparinah Sadli, Ita F. Nadia, Munarman, Zoemrotin K. Susilo, Hendaradi, Dadan Umar Daihani, Azyumardi Azra, dan Ruth Indiah Rahayu.

¹⁴⁸ Nama-nama yang dipanggil dan dimintakan keterangannya oleh KPP HAM sehubungan dengan terjadinya peristiwa Trisakti, Semanggi I dan Semanggi II tampak pada tabel sebagai berikut di bawah ini.

Semanggi I dan Semanggi II tersebut kemudian diserahkan kepada Sidang Paripurna Komnas HAM untuk disahkan sebelum diserahkan kepada Kejaksaan selaku penyidik untuk ditindaklanjuti sampai dengan pengadilan HAM. Patut untuk dicatat bahwa dari laporan akhir KPP HAM tersebut, telah direkomendasikan nama-nama prajurit dan perwira TNI dan Polri dianggap yang paling bertanggung jawab atas terjadinya ketiga peristiwa tersebut yang telah menewaskan sejumlah korban mahasiswa. Dengan perincian sebanyak 36 orang diduga sebagai pelaku pada *level* lapangan, 11 orang pada *level* komando sementara tiga orang bertanggung jawab pada *level* kebijakan strategis.¹⁴⁹

Hasil penyelidikan yang telah dilakukan oleh KPP HAM menyimpulkan bahwa dalam tiga kasus tersebut di atas, telah terjadi kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat, yakni berupa pembunuhan dan perbuatan tidak berperikemanusiaan yang berlangsung secara sistematis, meluas, dan ditujukan kepada penduduk sipil. Perbuatan-perbuatan

No	Nama	Jabatan	Trisakti	Semanggi I	Semanggi II
1.	Jenderal Wiranto	Panglima TNI	√	√	√
2.	Jenderal Roeman Hadi	Kapolri			√
3.	Komjend Nugroho Djajoesman	Kapolda Metro Jaya		√	√
4.	Irjend Hamami Nata	Kapolda Metro Jaya	√		
5.	Mayjend Sjafrie Sjamsudin	Pangdam Jaya	√		
6.	Letjend Djaja Suparman	Pangdam Jaya		√	√
7.	Kombes Timur Pradopo	Kapolres Jakarta Barat	√		
8.	Kombes Arthur Damanik	Kadit Samapta Metro Jaya		√	√
9.	AKBP Aqil	Danpam VIP DPR/MPR		√	
10.	AKBP Imam Haryatna	Kapolres Jakarta Pusat		√	
11.	AKBP Hari Prasetya	Kapolres Jakarta Selatan			√
12.	AKBP Ciptono	Kapolres Jakarta Timur			√
13.	Kol. CPM Hendarjje	Danpomdam Jaya	√	√	
14.	Kol. Art. Priyanto	Dansatgas Jaya II	√		
15.	Letkol Amril Amin	Dandim 0503 Jakarta Barat	√		
16.	Letkol DJ. Nachrowi	Kapendam Jaya	√	√	√
17.	Kol. George Tuisuta	Danrem Jakarta Barat		√	

¹⁴⁹ Lihat dalam Harian Umum Kompas, tanggal 21 Maret 2002, halaman 4

yang dikualifikasikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk dari pelanggaran HAM berat tersebut, dilakukan dengan inisiatif dan peranan penuh aparat-aparat TNI dan Polri yang menggunakan kekuatan dan alat-alat kekerasan secara eksekutif untuk mencapai tujuan-tujuan politik tertentu. Tujuan-tujuan tersebut adalah mempertahankan kekuasaan Presiden H.M. Soeharto selaku penguasa rezim Orde Baru dalam kasus Trisakti, pengalihan kekuasaan kepada B.J. Habibie melalui sidang istimewa MPR dalam kasus Semanggi I dan pengesahan undang-undang yang memberikan kepada negara kontrol eksekutif terhadap masyarakat sipil dalam kasus Semanggi II.

A.4. Rekomendasi Komnas HAM Tentang Pertanggungjawaban Komando Atas Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Dalam Peristiwa Di Timor-Timur (Timtim)

Setelah Pemerintah RI mengeluarkan dua opsi tanggal 27 Januari 1999 menyangkut masa depan Timor-Timur (Timtim) untuk menerima atau menolak otonomi khusus, pada tanggal 5 Mei 1999 di New York ditandatangani perjanjian antara Pemerintah Indonesia dan Pemerintah Portugal dibawah payung PBB. Perjanjian yang bersifat bilateral tersebut pada prinsipnya mengatur tentang penyelenggaraan jajak pendapat dan pengaturan tentang pemeliharaan perdamaian dan keamanan di Timtim. Sejak *opsi* diberikan dan setelah diumumkan hasilnya jajak pendapat, berkembang berbagai bentuk tindak kekerasan berupa kejahatan

terhadap kemanusiaan.¹⁵⁰ Komnas HAM tanggal 8 September 1999 menyebutkan bahwa perkembangan kehidupan masyarakat di Timtim pada waktu itu telah mencapai kondisi anarki dan tindakan-tindakan *brutalisme* dilakukan secara luas baik oleh perseorangan maupun kelompok dengan kesaksian langsung dan pembiaran oleh unsur-unsur aparat keamanan.¹⁵¹ Terkait hal tersebut, Komisi HAM PBB di Geneva tanggal 23-27 September 1999 menyelenggarakan *special session* mengenai situasi di Timtim. Hal tersebut menunjukkan betapa seriusnya penilaian dunia internasional terhadap masalah pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim.

Special session menghasilkan Resolusi No. 1999/S-1/1, di samping menuntut pemerintah Indonesia mengadili pelaku, juga meminta Sekjen PBB untuk membentuk komisi penyelidik internasional atas kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat. Pemerintah Indonesia *via* Komnas HAM kemudian membentuk KPP HAM¹⁵² Timtim pada tanggal 22 September 1999 dengan SK No. 770/TUA/IX/99, yang kemudian disempurnakan lagi dengan SK No. 797/TUA/X/99 tanggal 22 Oktober 1999, dengan mengingat pada UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM dan Perpu No. 1

¹⁵⁰ www.komnas.go.id diakses pada tanggal 23 Juni 2005.

¹⁵¹ Lihat pada *Harian Umum Kompas*, tanggal 8 September 1999 halaman 1.

¹⁵² Mandat KPP-HAM adalah mengumpulkan fakta, data dan informasi tentang pelanggaran HAM yang berat di Timtim yang terjadi sejak Januari 1999 sampai dikeluarkannya penetapan MPR pada bulan Oktober 1999, yang mensahkan hasil jajak pendapat. Masa kerja KPP HAM terhitung sejak 23 September 1999 sampai akhir Desember 1999, yang kemudian diperpanjang hingga 31 Januari 2000 dengan SK Ketua Komnas HAM No. 857/TUA/XII/99 tanggal 29 Desember 1999. Adapun personil dari KPP HAM Timtim tersebut adalah : Dr. Albert Hasibuan, SH (Ketua); Dr. Todung Mulya Lubis, SH, LL.M (Wakil ketua); Asmara Nababan, SH (Sekretaris); Sedangkan para anggota terdiri dari : Dr. Ir. HS Dillon, Drs. Koesparmono Irsan, SH, MM, MBA, Nursyahbani Katjasungkana, SH, Dra. Zoemrotin KS, dan Munir, SH.

tahun 1999 tentang Pengadilan HAM, serta mempertimbangkan bahwa situasi HAM di Timtim pasca jajak pendapat semakin memburuk.

Dari sejumlah fakta diketahui bahwa ada keterkaitan antara milisi pro integrasi dan militer maupun polri, dan sebagian besar pimpinan dan personil inti milisi adalah para anggota Kamra, Wanra, Milsas, Gada Paksi, Hansip dan anggota TNI-AD. Mereka dilatih dan dipersenjatai dengan jenis SKS, M16, Mauser, G-3, granat, dan pistol. Hubungan lain juga terungkap bahwa dalam melakukan operasi-operasi dan patroli-patroli senantiasa mereka lakukan bersama. Selanjutnya berdasarkan fakta, dokumen, keterangan, dan kesaksian dari berbagai pihak, KPP HAM tak hanya menemukan tindakan yang dapat digolongkan sebagai pelanggaran HAM berat atau *gross violation of human rights* yang menjadi tanggung jawab negara (*state responsibilities*), namun dapat dipastikan, seluruh pelanggaran HAM berat itu dapat digolongkan kedalam *universal jurisdiction*. Pelanggaran HAM berat yang termasuk dalam kategori kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut antara lain mencakup pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, pengusiran dan pemindahan paksa serta lain-lain tindakan tidak manusiawi terhadap penduduk sipil. Kesemua perbuatan tersebut merupakan suatu pelanggaran berat atas hak hidup (*the right to life*), hak atas integritas jasmani (*the right to personal integrity*), hak akan kebebasan (*the right to liberty*), hak akan kebebasan bergerak dan bermukim (*the right of movement and to residence*), serta hak milik (*the right to property*) yang kesemuanya merupakan bentuk kejahatan terhadap kemanusiaan atau *crimes against humanity*.

Bentuk-bentuk kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk dari pelanggaran HAM berat di Timtim pada tahun 1999 tersebut, berdasarkan laporan akhir dari KPP HAM adalah berupa :¹⁵³

- a. Pembunuhan secara sistematis terhadap sejumlah orang atas dasar alasan-alasan politik maupun bentuk-bentuk diskriminasi lainnya, berlangsung secara kejam dan brutal serta *extra-judicial*. Kasus pembunuhan itu terjadi di pemukiman penduduk sipil, di gereja, termasuk di penampungan pengungsi di markas militer dan polisi.
- b. Penyiksaan dan penganiayaan yang dilakukan anggota TNI, Polri dan milisi, terhadap penduduk sipil yang memiliki keyakinan politik berbeda, yang dilakukan baik sebelum proses jajak pendapat maupun sesudahnya;
- c. Penghilangan paksa yang terjadi sejak diumumkannya dua *opsi*, dimana warga penduduk sipil yang berseberangan keyakinan politiknya telah diintimidasi, diancam, dan dihilangkan. Penghilangan paksa ini dilakukan oleh kelompok-kelompok milisi yang diduga memperoleh bantuan dan aparat keamanan dengan cara menculik atau menangkap untuk kemudian beberapa diantaranya dieksekusi seketika (*summary execution*);
- d. Kekerasan berbasis *gender* terhadap perempuan yang dihimpun oleh KPP-HAM menyangkut penyiksaan, pemaksaan perempuan dibawah umur melayani kebutuhan seks para milisi, perbudakan seks, dan perkosaan. Perkosaan terhadap perempuan Timtim memiliki bentuk : (a) seorang pelaku terhadap satu perempuan; (b) lebih dari satu pelaku terhadap satu perempuan; (c) lebih

¹⁵³ www.komnas.go.id diakses pada tanggal 23 Juni 2005.

dari satu pelaku terhadap sejumlah perempuan secara bersamaan di satu lokasi, dan (d) penggunaan satu lokasi tertentu di mana tindak perkosaan dilakukan secara berulang kali.

- e. Pemindahan penduduk secara paksa yang terbukti dengan adanya pengungsian yang terjadi sebelum jajak pendapat karena *intensitas* kekerasan yang meningkat sebagai akibat dari pembentukan kelompok-kelompok *milisi*. Sesudah pengumuman hasil jajak pendapat, *milisi* dan anggota TNI, Polri, melakukan tindakan kekerasan dan memaksa penduduk meninggalkan pemukimannya;
- f. Pembumihangusan yang dilakukan di berbagai kota seperti Dili, Suai, Liquisa, dll. terhadap rumah-rumah penduduk, kebun dan ternak, toko, penginapan dan gedung perkantoran, rumah ibadah, sarana pendidikan, rumah sakit, dan prasarana umum lainnya, serta instalasi militer maupun polisi, yang diperkirakan tingkat kehancurannya mencapai 70-80 %.

Berkaitan dengan peristiwa di atas, setidaknya ada tiga pelaku penting yang diidentifikasi oleh KPP HAM sebagai penanggungjawab¹⁵⁴ tindak kekerasan di

¹⁵⁴ Nama-nama para pelaku yang diidentifikasi oleh KPP HAM sebagai penanggung jawab atas dugaan telah terjadi pelanggaran HAM yang berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada peristiwa di Timtim tahun 1999 adalah sebagai berikut :

- Gubernur KDH Tingkat I Timor Timur : Abilio Soares
- Bupati Kepala Daerah Tingkat II Dili : Domingos Soares
- Bupati Kepala Daerah Tingkat II Covalima : Kolonel Herman Sediono
- Bupati Kepala Daerah Tingkat II Liquica : Leoneto Martins
- Bupati Kepala Daerah Tingkat II Bobonaro : Guilherme dos Santos
- Bupati Kepala Daerah Tingkat II Lospalos : Edmundo Conceicao E.Silva
- Komandan Korem 164 Wira Dharma Dili : Brigjen FX. Tono Suratman
- Komandan Korem 164 Wira Dharma Dili : Kolonel M. Nur Muis
- Kepala Kepolisian Daerah Timor Timur : Brigjen Pol. Timbul Silaen
- Danramil Suai (Covalima) : Lettu Sugito
- Kasi Intel Kodim Bobonaro (Maliana) : Lettu Sutrisno
- Dandim Bobonaro : Letkol Burhanuddin Siagian
- Dandim Los Palos : Letkol Sudrajat
- Komandan Batalyon 744-Dili : Mayor Inf. Yakraman Yagus
- Komandan Batalyon 745-Los Palos : Mayor Inf. Jacob Sarosa
- Anggota Batalyon 744- Dili : Pratu Luis

Timtim. Pertama, pelaku yang melakukan tindak kekerasan di lapangan secara langsung seperti *milisi*, aparat TNI dan Polri. Kedua, para pelaku yang melakukan tindak pengendalian operasi lapangan termasuk di dalamnya aparat birokrasi seperti Bupati, Gubernur dan para pimpinan militer serta kepolisian lokal. Ketiga, pemegang tanggungjawab kebijakan keamanan termasuk didalamnya para pejabat tinggi militer maupun kepolisian yang terlibat dan yang mengetahui terjadinya rangkaian tindak kekerasan tetapi tidak mengambil tindakan untuk mencegahnya. Kesimpulan yang merupakan laporan akhir hasil kerja dari KPP HAM Timtim atas kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat, antara lain :¹⁵⁵

- a. Terdapat indikasi kuat telah terjadi pelanggaran HAM berat yang dilakukan secara terencana, sistematis serta dalam skala besar dan luas berupa pembunuhan massal, penyiksaan dan penganiayaan, penghilangan paksa, kekerasan terhadap perempuan dan anak (termasuk di dalamnya perkosaan dan perbudakan seksual), pengungsian paksa, pembumihangusan dan perusakan harta benda yang kesemuanya merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan;

▪ Komandan Kompi B-Batalyon 744 : Kapten Tatang
▪ Perwira Kopassus/SGI BKO Korem Dili : Letkol Yayat Sudrajat
▪ Staf Kodim Liquisa : Lettu Yacob
▪ Pangdam IX Udayana : Mayjen TNI Adam Damiri
▪ Penasehat Keamanan Satgas P3TT : Mayjen Zacky Makarim
▪ Komandan Milisi Aitarak : Eurico Gutterres; Komandan Milisi Laksaur : Olivio Monik serta Komandan Kompi Laksaur : Martinus
▪ Anggota Milisi Laksaur : Manek
▪ Komandan Milisi Tim Alfa : Joni Marquez dan Anggota Milisi Tim Alfa: Joao da Costa, Manuel da Costa, Amilio da Costa; serta Komandan Milisi Besi Merah Putih: Manuel Sousa dan Komandan Milisi Halilintar: Joao Tavares

¹⁵⁵ www.komnas.go.id. diakses pada tanggal 23 Juni 2005

- b. Fakta dan bukti-bukti itu juga menunjukkan bahwa aparat sipil dan militer termasuk kepolisian bekerja sama dengan milisi telah menciptakan situasi dan kondisi yang mendukung terjadinya kejahatan terhadap kemanusiaan;
- c. Kekuatan kelompok milisi dengan nama yang berbeda-beda dalam setiap lokasi secara langsung atau tidak langsung dibangun atas landasan pembentukan kelompok perlawanan rakyat (Wanra), keamanan rakyat (Kamra) dan pasukan pengamanan swakarsa (Pamswakarsa) yang secara langsung dan tidak langsung dipersenjatai, dilatih, didukung dan didanai oleh aparat sipil, militer dan kepolisian;
- d. Bentuk perbuatan (*types of acts*) dan pola (*pattern*) kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan antara lain adalah berupa : pembunuhan massal; penyiksaan dan penganiayaan; penghilangan orang yang dilakukan secara paksa; perbudakan seksual; pembumihangusan; pemindahan dan pengungsian paksa;
- e. Seluruh rangkaian kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut merupakan tanggung-jawab para pelaku yang secara langsung berada di lapangan yakni para *milisi*, aparat militer dan kepolisian; mereka yang melaksanakan pengendalian operasi termasuk, tetapi tidak terbatas pada, aparat birokrasi sipil terutama para Bupati, Gubernur, dan pimpinan militer serta kepolisian lokal; pemegang tanggung jawab kebijakan keamanan nasional, termasuk tetapi tidak terbatas pada, para pejabat tinggi militer baik secara aktif maupun pasif telah terlibat dalam kejahatan tersebut.

Selanjutnya rekomendasi yang dikemukakan oleh KPP HAM Timtim

berkaitan dengan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu pelanggaran HAM berat tersebut antara lain adalah :¹⁵⁶

- a. Meminta Kejaksaan Agung untuk melakukan penyidikan terhadap pelaku yang diduga terlibat dalam kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando;
- b. Meminta DPR dan pemerintah membentuk Pengadilan HAM yang mempunyai kewenangan mengadili pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan yang mengacu pada ketentuan HI maupun HHI;
- c. Meminta Pemerintah untuk segera meratifikasi instrumen-instrumen internasional HAM yang penting bagi penegakan HAM di Indonesia;
- d. Meminta Pemerintah untuk memberikan jaminan keamanan bagi semua saksi dan korban, termasuk mengupayakan rehabilitasi dan pemberian kompensasi yang adil bagi korban dan keluarganya.

Selanjutnya berdasarkan pada gambaran umum kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia tersebut di atas, yang pelakunya direkomendasikan Komnas HAM dapat dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan sesuai ketentuan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, akan dianalisis menggunakan beberapa teori yang telah ditetapkan dalam disertasi ini.

HAM merupakan hak dasar yang melekat pada diri umat manusia secara universal sebagai anugerah dari Tuhan Yang Maha Esa. Sebagai hak yang bersifat

¹⁵⁶ www.komnas.go.id, diakses tanggal 23 Juni 2005

asasi perlindungan terhadap HAM merupakan sesuatu yang mutlak dan tidak boleh terabaikan. Perlindungan terhadap HAM termasuk didalamnya pelanggaran HAM berat dan upaya penegakan hukumnya merupakan tanggung jawab atau kewajiban dari suatu negara. Tanggung jawab atau kewajiban suatu negara untuk melindungi dan menegakan (hukum) atas pelanggaran HAM berat yang terjadi dalam batas wilayahnya, tidak hanya bersifat negatif (untuk tidak dilanggar) melainkan juga positif (untuk diimplementasikan).¹⁵⁷

Dalam upaya melakukan perlindungan terhadap pelanggaran HAM berat di Indonesia, di samping diperlukan instrumen HI dan HN, juga diperlukan instrumen yang bersifat kelembagaan seperti halnya pembentukan Komnas HAM. Komnas HAM merupakan lembaga mandiri yang kedudukannya setingkat dengan lembaga negara lainnya yang berfungsi melaksanakan pengkajian, penelitian, penyuluhan, pemantauan, dan mediasi HAM.¹⁵⁸ Pada awalnya Komnas HAM didirikan dengan Keputusan Presiden No. 50 tahun 1993, namun sejak tahun 1999 keberadaannya didasarkan pada UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM.

Di samping kewenangan menurut UU No. 39 tahun 1999, Komnas HAM juga berwenang melakukan penyelidikan terhadap suatu peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat dengan dikeluarkannya UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Dalam melakukan penyelidikan tersebut Komnas HAM dapat membentuk tim *ad hoc* yang terdiri atas Komnas HAM dan unsur masyarakat. Dalam melaksanakan fungsi, tugas, dan wewenang guna mencapai tujuannya Komnas HAM menggunakan sebagai acuan instrumen-

¹⁵⁷ James W Nickel, *Op. Cit*, halaman 62.

¹⁵⁸ Lihat dalam ketentuan Pasal 78 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM.

instrumen yang berkaitan dengan HAM, baik yang berupa instrumen HN antara lain UUD 1945, Tap MPR No. XVII/MPR/1998, UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM maupun instrumen HI antara lain Piagam PBB 1945, *UDHR* 1948, dan instrumen internasional lainnya mengenai HAM yang telah diratifikasi negara Indonesia.

Upaya pemerintah untuk mengadili para pelaku berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, diawali dengan dilakukannya penyelidikan oleh Komnas HAM atas peristiwa yang patut diduga merupakan bentuk pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Pembentukan Komnas HAM yang ditindaklanjuti dengan upaya penyelidikan oleh KPP HAM terhadap suatu peristiwa yang patut diduga merupakan bentuk pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana telah terurai di atas, tidak lain merupakan bentuk pertanggungjawaban negara Indonesia secara internasional. Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, merupakan salah satu bentuk kejahatan internasional yang menghendaki para pelakunya dapat diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando demi terciptanya suatu keadilan bagi para korban maupun terputusnya praktik *impunity*. Bentuk tanggung jawab negara Indonesia, dalam hal ini dilakukan dengan cara mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu kejahatan internasional berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando sesuai ketentuan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Di samping itu, adanya laporan dan rekomendasi hasil penyelidikan KPP HAM Tanjung Priok yang terbentuk berdasarkan SK Ketua Komnas HAM No. 011/Komnas HAM/VII/2000, KPP HAM Trisakti, Semanggi I dan Semanggi 2 berdasarkan SK No. 034/Komnas HAM/VII/2001, KPP HAM Timtim berdasarkan SK No. 770/TUA/IX/99 *yunto* SK No. 797/TUA/X/1999, dapat dimaknai pula sebagai bentuk pengakuan telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang pelakunya dapat diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Tindakan demikian mencerminkan bahwa Indonesia yang merupakan anggota masyarakat internasional dan anggota PBB sudah sepatutnya berkewajiban secara internasional untuk mencegah dan mengadili para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk kejahatan internasional yang menjadi musuh bersama umat manusia (*hostis humanis generis*).

Dalam HI, pertanggungjawaban negara merujuk pada bentuk pertanggungjawaban suatu negara terhadap ketidaktaatannya memenuhi kewajiban internasional yang telah ditentukan¹⁵⁹ atau karena melakukan pelanggaran terhadap suatu kewajiban internasional menurut ketentuan HI.¹⁶⁰ Prinsip-prinsip pertanggungjawaban negara secara umum telah tersusun dalam *Drafts on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* 2001 yang

¹⁵⁹ Rebecca M.M. Wallace, *International Law*, (London : Sweet and Maxwell, 1992), halaman 166.

¹⁶⁰ Benny Setianto, *Pertanggungjawaban Negara*, Makalah Diskusi, FH Unika Soegiyopranoto, Semarang, 2006, halaman 4.

dihasilkan *International Law Commission* (selanjutnya disingkat *draft ILC*).¹⁶¹ *Article 1 Draft ILC* menyebutkan bahwa “*every internationally wrongful act of state entails the international responsibility of that state.*” *Article 1 draft ILC* tersebut merupakan bentuk penegasan kembali pertanggungjawaban negara sebagai suatu prinsip yang dianut dalam HI. Dengan demikian, suatu negara tidak dapat mendalihkan kebenaran menurut hukum negaranya sebagai alasan untuk menolak pertanggungjawaban yang ditetapkan menurut HI. Tindakan individu dalam suatu lembaga atau organ negara dalam kapasitas resminya dapat dianggap sebagai tindakan negara itu sendiri. Suatu negara memikul tanggung jawab menurut HI bilamana tindakan *via* lembaga maupun aparatnya melanggar suatu kewajiban internasional.

Pelanggaran yang terjadi dapat berupa suatu tindakan nyata yang berupa pelanggaran dan bisa juga terjadi apabila negara tidak mencegah terjadinya pelanggaran dengan tidak mengadili orang yang bertanggung jawab atas pelanggaran tersebut sesuai ketentuan hukum dan perundangan yang berlaku. Pelanggaran terhadap HI oleh suatu negara tentunya akan melahirkan pertanggungjawaban negara dimana tindakan organ atau aparat negara senantiasa dapat dipertalikan dengan tindakan dari suatu negara. Dalam hal ini para komandan militer maupun atasan kepolisian dan sipil lainnya selalu dikaitkan dalam kapasitasnya sebagai agen negara, sehingga dapat dimintakan suatu pertanggungjawaban negara.¹⁶²

¹⁶¹ *ILC* merupakan sebuah komisi yang dibentuk pada tanggal 21 November 1947 oleh *UN General Assembly* berdasarkan pada Resolusi 174 (II).

¹⁶² Teresa Anderson, *State Responsibility during State Failure-A Question of Attribution and State Definition*, (Spring ; 2005), halaman 17

Menurut Karl Zemaek yang mendasari munculnya pertanggungjawaban negara antara lain adalah pelanggaran terhadap hak subyektif negara lain, pelanggaran terhadap norma HI yang merupakan *ius cogens*, dan sebagai suatu bentuk *erga omnes* dalam menanggulangi kejahatan internasional.¹⁶³ Kewajiban internasional tersebut sebenarnya merupakan sisi lain dari hak yang diberikan oleh hukum.¹⁶⁴ Karakteristik utama pertanggungjawaban negara terdiri dari adanya suatu kewajiban internasional menurut HI yang dapat bersumber pada perjanjian internasional, kebiasaan internasional, prinsip-prinsip hukum umum, yurisprudensi, maupun segala bentuk resolusi organisasi internasional lainnya,¹⁶⁵ dimana kewajiban internasional tersebut tidak ditaati atau telah dilalaikan oleh suatu negara. Hal demikian tercermin dalam pernyataan Starke¹⁶⁶ bahwa “*a state is responsible under international law when an act or omission imputable to it produce a breach of an international obligation arising from a treaty or from any other sources of international law.*”

Pertanggungjawaban negara merupakan suatu prinsip fundamental umum, yang telah lama dikenal dalam HI, yang bersumber dari doktrin kedaulatan dan persamaan hak antar negara. Menurut HI setiap negara yang memegang hak tertentu adalah subyek yang juga mendukung kewajiban tertentu.¹⁶⁷ Negara berdaulat disamping memiliki hak-hak istimewa, juga terbebani untuk melakukan

¹⁶³ Karl Zemaek, *Responsibility of States, General Principles*, dalam Andrey Sujatmoko, *Tanggung Jawab Negara atas Pelanggaran Berat HAM*, (Jakarta, Grasindo, 2005), halaman 30-34.

¹⁶⁴ Ida Bagus Wyasa Putra, *Tanggungjawab Negara terhadap Dampak Komersialisasi Ruang Angkasa*, (Bandung, Refika Aditama, 2001), halaman 56.

¹⁶⁵ Alina Kaczorowska, *Public International Law, Second Edition*, (London : Old Bailey Press, 2003), halaman 11-34.

¹⁶⁶ J.G. Starke, *Pengantar Hukum Internasional 1*, penerjemah Sumitro L.S. Danuredjom (Jakarta, Aksara Persada Indonesia, 1994), halaman 301.

¹⁶⁷ Boer Mauna, *Op. Cit*, halaman 17.

kewajiban internasional yang melekat didalamnya, sebagaimana telah diatur dalam *Convention Right and Duties of States* (1933).¹⁶⁸ HI merupakan suatu instrumen hukum yang bertujuan mengatur masyarakat internasional sebagai suatu kompleksitas kehidupan bersama demi kepentingan dan tujuan bersama.¹⁶⁹ Upaya wewujudkan tujuan tersebut dilandaskan pada asas saling menghormati dan menghargai antar negara berdaulat satu sama lainnya.

Berdasarkan laporan KPP HAM bentukan Komnas HAM tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa unsur ketidaktaatan untuk memenuhi kewajiban internasional maupun unsur yang berupa pelanggaran terhadap kewajiban internasional dalam teori pertanggungjawaban negara menurut HI telah terpenuhi. Secara logika jika negara Indonesia mentaati kewajiban internasional yang melekat padanya sebagai konsekuensi menjadi anggota PBB dan juga peratifikasi berbagai instrumen internasional yang terkait dengan perlindungan terhadap HAM, dengan tidak melanggar kewajiban internasionalnya maka tidak mungkin akan terjadi berbagai peristiwa yang menurut hasil penyelidikan KPP HAM menyimpulkan telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dalam peristiwa DOM Aceh, Tanjung Priok, Timtim, Trisakti, Semanggi I dan Semanggi II. Sesuai dengan fokus kajian disertasi ini, maka kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM adalah :¹⁷⁰

¹⁶⁸ Chairul Anwar, *Hukum Internasional*, Djambatan, Jakarta, 1990, halaman 35.

¹⁶⁹ Rover, C.de, *To Serve and To Protect*, diterjemahkan oleh Supardan Mansyur, (Jakarta ; PT.Raja Grafindo Persada, 2000), halaman 4.

¹⁷⁰ Lihat dalam ketentuan Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM

“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*.

Bentuk kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat hasil penyelidikan Komnas HAM di atas, yang pelakunya hendak dituntut berdasarkan pertanggungjawaban komando, dapat disimpulkan bahwa tidak semua perbuatan dalam *point (a) s/d point (j)* Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM terpenuhi. Laporan KPP HAM peristiwa Tanjung Priok 1984 menyebutkan jenis-jenis pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berupa pembunuhan secara kilat, penangkapan dan penahanan sewenang-wenang, penyiksaan, penghilangan orang secara paksa. Laporan KPP HAM peristiwa DOM Aceh menyebutkan jenis kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi berupa pembunuhan kilat, penyiksaan dan perlakuan kejam tidak berperikemanusiaan, penghilangan orang secara paksa, penangkapan dan penahanan sewenang-wenang, perampasan hak milik. Laporan KPP HAM peristiwa Trisaksi Semanggi I dan Semanggi II

menyebutkan telah terjadi kejahatan terhadap kemanusiaan berupa pembunuhan dan perbuatan tidak berperikemanusiaan yang berlangsung secara sistematis, meluas dan ditujukan terhadap penduduk sipil yang dilakukan atas inisiatif dan peranan penuh aparat TNI/Polri untuk tujuan politik tertentu. Selanjutnya dalam laporan KPP HAM Timtim menyebutkan telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berupa pembunuhan secara sistematis, penyiksaan dan penganiayaan, penghilangan paksa, kekerasan berbasis gender, pemindahan penduduk secara paksa, pembumihangusan di Dili, Suai, dan Liquisa. Dengan kata lain, jika negara Indonesia tidak melanggar kewajiban internasional yang dibebankan oleh HI yang menyebabkan terjadinya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, maka kita tidak perlu harus repot-repot membentuk Komnas HAM berikut KPP HAM yang difungsikan sebagai lembaga independen dalam melakukan penyelidikan terhadap suatu peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat. Secara umum KPP HAM juga telah merekomendasikan penuntutan pertanggungjawaban komando terhadap pelaku di lapangan, penanggungjawab komando operasional yang membawahi teritorial termasuk aparat birokrasi seperti Bupati, Gubernur yang tidak mampu antisipasi keadaan dan mengendalikan pasukannya, dan para pemegang tanggung jawab kebijakan termasuk didalamnya pejabat tinggi militer/polisi/sipil lainnya yang terlibat dan mengetahui telah terjadi pelanggaran HAM berat tetapi tidak ambil bagian tindakan pencegahan.

Pembentukan Komnas HAM berikut KPP HAM nya yang telah dilakukan oleh negara Indonesia, sebenarnya tidak terlepas dari adanya atau

berawal dari adanya kondisi anarkis dan *brutalisme* secara luas di wilayah Timtim yang dilakukan sekelompok orang dengan kesaksian langsung atau pembiaran aparat keamanan dan pejabat sipil lainnya.¹⁷¹ Terkait kondisi tersebut, Komisi HAM PBB *via special session* menghasilkan Resolusi No. 1999/S-1/1 yang menuntut pemerintah Indonesia untuk mengadili pelaku dan meminta Sekjen PBB membentuk Komisi Penyelidik Internasional atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim. Hal demikian sebenarnya juga menunjukkan bahwa berdasarkan hasil penyelidikan Komisi Tinggi HAM PBB di wilayah hukum negara Indonesia memang benar-benar telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang menuntut pembentukan pengadilan yang akan digunakan sebagai sarana mengadili pelaku berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Negara Indonesia dalam hal ini dapat dikatakan telah melanggar kewajiban internasional sehingga terjadinya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk kejahatan internasional yang merupakan musuh bersama umat manusia (*hostis humanis generis*).

Tindakan individu dalam suatu lembaga atau organ negara dalam kapasitas resminya dapat dianggap sebagai tindakan negara. Dengan demikian maka suatu negara memikul tanggung jawab menurut HI bilamana tindakan *via* lembaga maupun aparatnya melanggar suatu kewajiban internasional. Pelanggaran yang terjadi dapat berupa suatu tindakan nyata yang berupa pelanggaran dan bisa juga terjadi apabila negara tidak mencegah terjadinya pelanggaran dengan tidak

¹⁷¹ Hasil wawancara dengan Abdul Hakim Garuda Nusantara dan Enny Suparpto mantan anggota Komnas HAM di Surabaya pada tanggal 24 Maret 2006 pada suatu acara *focus group discussion* pembahasan RUU Pornografi dan Pornoaksi.

mengadili orang yang bertanggung jawab atas pelanggaran tersebut sesuai ketentuan hukum yang berlaku. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa jika tidak ada rekomendasi dari Komisi Tinggi HAM PBB yang menghendaki agar para pelakunya harus dituntut dan diadili, maka tidak ada komitmen dari negara Indonesia untuk mengadili para pelaku yang nyata-nyata telah melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk kejahatan internasional.

Terkait hal tersebut, menurut teori subyektif pertanggungjawaban negara merupakan sesuatu yang bersifat mutlak.¹⁷² Menurut ini, timbulnya pertanggungjawaban negara ditentukan dari adanya unsur keinginan atau maksud untuk melaksanakan sesuatu perbuatan (kelalaian atau kesengajaan) pada pejabat atau agen negaranya. Dengan demikian maka seseorang yang karena jabatan atau kedudukan resminya memiliki sifat *attributable* dengan negara, yang telah melanggar kewajiban internasional maka negara akan secara langsung bertanggungjawab tanpa perlu dibuktikan apakah dalam tindakan tersebut terdapat unsur kesalahan dan atau kelalaian. Perbuatan yang dapat menimbulkan pertanggungjawaban tersebut adalah tindakan melawan hukum, yaitu suatu perbuatan yang melanggar kewajiban hukum. Terkait hal tersebut, timbulnya tanggung jawab negara dalam HI disebabkan oleh tiga faktor yaitu adanya kewajiban internasional, adanya perbuatan atau kelalaian yang melanggar kewajiban internasional, dan adanya kerusakan atau kerugian sebagai akibat tindakan melanggar hukum atau kelalaian tersebut. Penetapan negara sebagai

¹⁷² Huala Adolf, *Aspek-Aspek Negara dalam Hukum Internasional*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2000, halaman 275.

organ yang bertanggung jawab dalam menjamin, menegakan dan menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM berat, lebih dikarenakan negara adalah organ yang memiliki kedaulatan atas teritorialnya. Dengan kedaulatannya, negara mempunyai kekuasaan untuk menetapkan hukum, melaksanakannya dengan mengadili dan menghukum pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu kejahatan internasional dalam HI. Mengingat negara merupakan suatu *entitas* yang tidak dapat dipidana, maka pertanggungjawaban negara atas tindakan atau perbuatan yang melanggar HI antara lain dapat dilakukan dengan pemberian ganti rugi, permintaan maaf, jaminan tidak akan terulang, dan mengadili para pelakunya berdasarkan ketentuan hukum dan perundangan yang berlaku.¹⁷³

Instrumen HI yang secara implisit mengatur tanggung jawab negara dalam menegakkan hukum atas kejahatan yang dikualifikasikan sebagai kejahatan internasional termasuk didalamnya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, antara lain tercermin dalam :

1. *International Law Commission (ILC)* merupakan lembaga khusus yang dibentuk melalui SU PBB yang pada tahun 2001 berhasil mengajukan *Draft Articles On The Responsibility Of State For Internationally Wrongful Acts*. Tindakan negara sebagai *internationally wrongful* ditentukan HI dan bukan oleh hukum nasional, dimana tindakan tersebut merupakan tindakan yang

¹⁷³ *Ibid*, halaman 261. Lihat pula dalam Sugeng F. Istanto, *Hukum Internasional*, Universitas Atmajaya, Yogyakarta, 1994, Beliau telah menyebutkan bahwa secara umum pertanggungjawaban negara dapat dibedakan atas : a). pertanggungjawaban negara atas dasar sumber HI; b). pertanggungjawaban atas kontrak; c). pertanggungjawaban negara atas konsesi; d). pertanggungjawaban atas ekspropriasi; e). pertanggungjawaban atas hutang negara; f). pertanggungjawaban atas kejahatan internasional.

dilakukan organ negara tanpa melihat kedudukan resminya. Dengan demikian, negara bertanggung jawab atas perbuatan atau kelalaian yang terjadi di wilayahnya, yang dilakukan oleh aparatnya, termasuk perbuatan yang dilakukan oleh yang bukan organ negara akan tetapi menjalankan fungsi pemerintahan maupun perbuatan orang atau kelompok apabila dibawah perintah, arahan dan kontrol negara.

2. *Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind* memuat tentang *crimes under international law and punishable*, merupakan bentuk *individual criminal responsibility* atas genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang, dimana perintah negara atau atasan tidak menghilangkan tanggung jawab secara hukum, akan tetapi hanya mengurangi hukuman.
3. *The UN Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, yang memuat kewajiban negara untuk menyelidiki dan menghukum pelaku penyiksaan sebagai bentuk dari pelanggaran HAM yang berat. Di samping itu, harus segera mengajukan pelakunya kepada lembaga yang berkompeten, melalui tindakan investigasi dengan segera dan tidak memihak. Demikian pula halnya dalam Konvensi Inter Amerika untuk mencegah dan menghukum penyiksaan (*The Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*), Deklarasi tentang Perlindungan dari penghilangan orang secara paksa (*The UN Declaration on the Protection of All Person From Enforced Disappearance*) serta Prinsip-Prinsip Tentang Pencegahan yang efektif dan penyelidikan terhadap pembunuhan sewenang-wenang (*Principles*

on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Execution), maupun *Genocide Convention* 1948 yang pada prinsipnya membebani kewajiban bagi para negara pesertanya untuk menghukum pelaku kejahatan yang terqualifikasi sebagai kejahatan internasional.

4. *Geneva Convention* 1949 menyebutkan bahwa negara wajib mencari penjahat perang tanpa melihat kewarganegaraannya dan mengadilinya, atau mengekstradisikannya kepada negara atau pengadilan yang berwenang.
5. Resolusi MU PBB 1967 yang menyatakan bahwa negara dilarang memberi suaka kepada pelaku atau yang diduga kuat sebagai pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan. Selain itu, dalam *Convention of The Non Applicability of Statutory Limitation of War Crimes and Crimes Against Humanity* menyebutkan bahwa kewajiban menghukum tidak mengenal daluwarsa.
6. Komite HAM yang dibentuk berdasarkan Kovenan Hak-Hak Sipil dan Politik (*The International Covenant On Civil and Political Rights*) tahun 1982, menegaskan bahwa negara-negara harus melindungi HAM secara efektif melalui berbagai mekanisme pengawasan; pengaduan terhadap pelanggaran harus diselidiki secara efektif oleh suatu otoritas yang berwenang; orang-orang yang bersalah harus mempertanggung jawabkannya; dan termasuk para korban pelanggaran harus memperoleh remidi yang efektif, termasuk pergantian ganti rugi. Hal senada tampak dalam penegasan Mahkamah HAM Eropa maupun Amerika Serikat yang menyebutkan bahwa pemidanaan terhadap pelaku pelanggaran HAM sangat penting bagi penegakkan Konvensi

HAM Eropa maupun Amerika Serikat. Selain itu ditegaskan pula bahwa Negara harus mencegah, menyelidiki dan menghukum setiap pelanggaran HAM, dan apabila memungkinkan harus memulihkan hak-haknya yang dilanggar serta membayar kompensasi atas kerugian yang diderita akibat pelanggaran tersebut. Mahkamah juga menegaskan bahwa negara peserta tetap harus menghukum para pelaku pelanggaran HAM yang berat walaupun telah terjadi pergantian pemerintahan.

7. Tanggung jawab negara dalam UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, telah diatur dalam Pasal 8 UU No. 39 tahun 1999 yang menyebutkan bahwa pemajuan, penegakan, pemenuhan HAM terutama menjadi tanggung jawab pemerintah. Pasal 71 UU No. 39 tahun 1999 juga menyebutkan bahwa pemerintah wajib dan bertanggung jawab menghormati, melindungi dan memajukan HAM menurut undang-undang ini dan HI. Pasal 72 UU No. 39 tahun 1999 menyebutkan bahwa kewajiban dan tanggung jawab tersebut meliputi implementasi efektif dalam bidang hukum, politik, ekonomi, sosial budaya, hankam, dan lain sebagainya.

Kewajiban negara untuk menghukum pelaku pelanggaran HAM berat sebagaimana tertera dalam berbagai instrumen hukum HAM di atas, dimaksudkan melarang segala bentuk pembebasan hukuman terhadap pelaku kejahatan internasional dimana pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan termasuk didalamnya.¹⁷⁴ Upaya untuk melakukan pemidanaan terhadap pelaku pelanggaran HAM berat didasarkan pada salah satu fungsi dari

¹⁷⁴ Rudi M Riski, *Catatan Mengenai Tanggung Jawab Negara Atas Pelanggaran Berat HAM*, Makalah Seminar Nasional “Pertanggungjawaban Negara Dalam Penyelesaian Pelanggaran HAM Yang Berat, FH UII –Komnas HAM RI, 5 Pebruari 2009, halaman 670.

pidana sebagai sarana untuk melakukan pencegahan (*deterrence rationale*). HI mewajibkan negara-negara untuk mengadili pelaku pelanggaran HAM berat, sebagai cara efektif agar kejahatan tersebut tidak terulang di kemudian hari. Oleh karena itu, kegagalan untuk menghukum pelaku pelanggaran HAM berat akan dianggap sebagai *license* untuk mengulang terjadinya kejahatan tersebut. Kewajiban negara untuk menghukum pelaku kejahatan ini lebih merupakan *erga omnes obligation* dalam tataran HI.¹⁷⁵

Kejahatan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM berat yang pelakunya dapat dituntut berdasarkan pertanggungjawaban komando menurut UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM terdiri dari kejahatan genosida (*genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*). Cakupan kejahatan yang termasuk dalam pelanggaran HAM berat dalam undang-undang tersebut lebih sedikit dari ketentuan Statuta Roma 1998 tentang ICC, yang terdiri dari kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan kejahatan agresi. Patut untuk dikemukakan bahwa keempat jenis kejahatan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM berat tersebut merupakan kejahatan yang paling serius yang menjadi perhatian masyarakat internasional.¹⁷⁶

Pertanggungjawaban negara dalam kerangka melakukan perlindungan terhadap pelanggaran HAM berat di wilayahnya sangat terkait dengan hak suatu negara untuk melaksanakan yurisdiksi dalam batas wilayahnya. Yurisdiksi adalah kemampuan dari suatu negara untuk membuat hukum dan kemampuan untuk

¹⁷⁵ *Ibid*, halaman 671.

¹⁷⁶ Geoffrey Robertson QC, *Op. Cit.*, halaman 409

memaksa agar hukum yang dibuat tersebut mampu untuk ditegakan.¹⁷⁷ Kewenangan dari suatu negara untuk menerapkan kekuasaannya dalam batas wilayah teritorialnya, mencerminkan bahwa negara tersebut memiliki kedaulatan. Diantara kekuasaan yang dapat merefleksikan terdapatnya kedaulatan di suatu negara adalah adanya kekuasaan untuk membentuk peraturan dan menegakkannya. Negara sebagai suatu entitas politik memiliki kedaulatan yang bersifat internal maupun yang bersifat eksternal. Kedaulatan yang bersifat internal¹⁷⁸ ditujukan ke dalam wilayah hukum dari negara yang bersangkutan, yang direalisasikan dalam bentuk kewenangan atau kemampuan antara lain untuk membuat hukum, memutus berbagai persolan yang timbul dalam wilayah yurisdiksinya. Sedangkan kedaulatan eksternal¹⁷⁹ berarti bahwa suatu negara memiliki kedudukan yang sama dengan negara-negara yang lainnya, sehingga mengakibatkan suatu negara memiliki antara lain yurisdiksi atas wilayah dan warga negaranya, kewajiban bagi negara lain untuk tidak capur tangan atas persoalan yang terjadi di wilayah negara lain. Michael Akehurst membagi yurisdiksi tersebut menjadi yurisdiksi eksekutif, yurisdiksi judicial, dan yurisdiksi legislatif.¹⁸⁰ Yurisdiksi eksekutif (*executive jurisdiction*) menunjukkan kemampuan dari suatu negara untuk menjalankan fungsinya dalam batas wilayahnya. Yurisdiksi judicial (*judicial jurisdiction*) yang berarti kemampuan dari pengadilan suatu negara untuk menilai atau mengadili kasus yang didalamnya memuat

¹⁷⁷ Malcolm N Show, *International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 1997, halaman 452.

¹⁷⁸ John O'Brien, *International Law*, London : Cavendish, 2001, halaman 227.

¹⁷⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford : Clarendon Press, 1990, halaman 287.

¹⁸⁰ Michael Akehurst, *Jurisdiction In International Law*, British Yearbook of International Law 46 (1974) halaman 145.

elemen asing. Sedangkan yurisdiksi legislatif (*legislative jurisdiction*) yang memiliki arti apabila suatu negara memiliki kemampuan membuat peraturan hukumnya pada kasus-kasus yang memuat elemen asing.

Pertanggung jawaban negara Indonesia atas peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dilakukan dengan mengeluarkan beberapa produk peraturan perundangan yang dipergunakan sebagai sarana mengadili para pelaku yang *nota bene* terdiri dari komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya. Produk peraturan perundangan yang dimaksud antara lain terdiri dari UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, Perpu No. 1 tahun 1999 tentang Pengadilan HAM yang kemudian diperbaharui dengan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Upaya pemerintah Indonesia membuat aturan hukum yang akan dipergunakan sebagai sarana untuk menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat menyiratkan tentang adanya pengakuan telah terjadi pelanggaran tersebut dalam batas wilayah kedaulatannya. Upaya menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sesuai ketentuan dalam Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000, merupakan perwujudan nyata negara dalam menghormati HI, terkait dengan perlindungan hukum terhadap kejahatan internasional.

Berbagai peristiwa tersebut di atas yang oleh Komnas HAM disimpulkan sebagai pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, yang para pelakunya telah direkomendasikan untuk dituntut berdasarkan pertanggungjawaban komando, merupakan bentuk pertanggungjawaban negara

Indonesia untuk mengadili para pelakunya atas kejahatan internasional yang merupakan musuh bersama umat manusia. Upaya mengungkap peristiwa yang patut diduga merupakan bentuk pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, dimaksudkan sebagai dasar untuk melakukan penuntutan pertanggungjawaban komando terhadap para komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya sesuai ketentuan dalam Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Komnas HAM sebagai lembaga independen yang diberi kewenangan melakukan penyelidikan atas suatu peristiwa yang patut diduga merupakan bentuk pelanggaran HAM berat, landasan hukum pembentukannya berdasar atas Keppres No. 50 tahun 1993 tentang Komnas HAM *yunto* UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM maupun UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Upaya pembentukan Komnas HAM dengan dasar hukum di atas, dilihat dari teori Kebijakan dapat dikemukakan bahwa Komnas HAM dalam sistem peradilan pidana, dipandang sebagai lembaga yang independen dalam melakukan penyelidikan atas peristiwa yang diduga merupakan pelanggaran HAM berat sebagai *extraordinary crimes*, yang mana pada pemeriksaan perkara yang bersifat *ordinary crimes* penyidikannya umumnya dilakukan pihak kepolisian atau penyidik pegawai negeri sipil tertentu.

Di samping itu Komnas HAM merupakan satu-satunya lembaga yang ada di dunia ini yang sengaja dibentuk oleh pemerintah Indonesia dengan kewenangan untuk melakukan penyelidikan atas suatu peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat. Berdasarkan kewenangannya yang telah diformulasikan

atau dirumuskan sebagai landasan hukum pendirian Komnas HAM tersebut, maka Komnas HAM *via* pembentukan KPP HAM nya telah menjalankan fungsinya melakukan penyelidikan atas berbagai peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dan telah pula merekomendasikan penuntutan pertanggungjawaban komando terhadap para pelakunya berdasarkan ketentuan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, sebagaimana telah tersebut di atas.

Pembentukan Komnas HAM sebagai lembaga independen yang diberi kewenangan untuk melakukan penyelidikan atas suatu peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat dan yang telah pula merekomendasikan agar para pelakunya dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando dalam ketentuan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000, dilihat dari teori Hubungan HI dan HN, menunjukkan adanya penggunaan teori *Monisme Primat* HN. Patut untuk dikemukakan bahwa dalam HI telah berkembang dua pandangan yang berbeda satu dengan yang lainnya. Kedua pandangan tersebut adalah pandangan *voluntarisme* yang mendasarkan berlakunya HI dan ada tidaknya HI ini pada kemauan negara, dan pandangan objektivis yang menganggap ada dan berlakunya HI ini terlepas dari kemauan negara.¹⁸¹ Hal tersebut membawa akibat yang berbeda pula dari sudut pandang *voluntarisme* akan mengakibatkan adanya HI dan HN sebagai dua satuan perangkat hukum yang hidup berdampingan dan terpisah, sedangkan pandangan objektivis menganggapnya sebagai dua bagian dari satu

¹⁸¹ Mochtar Kusumaatmadja, *Op.Cit*, halaman 40.

kesatuan perangkat hukum. Adapun berbagai alasan yang dikemukakan oleh Triepel dan Anzilotti sebagai penganut teori Dualisme adalah :¹⁸²

1. Kedua perangkat hukum tersebut (HI dan HN) mempunyai sumber yang berlainan, dimana HN bersumber pada kemauan Negara, sedangkan HI bersumber pada kemauan bersama masyarakat negara;
2. Kedua perangkat hukum tersebut berlainan subyek hukumnya, dimana subyek HN adalah orang perorangan, sedangkan subyek HI adalah negara;
3. Sebagai tata hukum, HN dan HI menampakkan pula perbedaan dalam strukturnya.

Di lain pihak, teori Monisme yang didasarkan pemikiran kesatuan keseluruhan hukum yang mengatur kehidupan manusia. Dalam kerangka pemikiran tersebut, HI dan HN merupakan dua bagian dari satu kesatuan yang lebih besar, yaitu hukum yang mengatur kehidupan manusia. Sebagai akibat dari pandangan ini, antara kedua hukum tersebut ada hubungan hierarki. Persoalan hierarki inilah yang kemudian melahirkan beberapa sudut pandangan yang berbeda pula. Monisme Primat HN mengemukakan bahwa dalam hubungan antara HN dan HI, yang utama adalah HN. Selain itu, HI tidak lain merupakan lanjutan HN belaka atau tidak lain dari HN untuk urusan luar negeri. Dengan kata lain, bahwa HI bersumber pada HN suatu negara. Alasan utama dari Monisme Primat HN tersebut adalah :¹⁸³

1. Bahwa tidak ada satu organisasi di atas Negara-negara yang mengatur kehidupan negara-negara di dunia ini;

¹⁸² *Ibid*, halaman 41.

¹⁸³ *Ibid*, halaman 43.

2. Dasar HI yang mengatur hubungan internasional terletak dalam wewenang Negara untuk mengadakan perjanjian internasional, jadi wewenang konstitusional

Sedangkan Monisme Primat HI yang dikembangkan antara lain oleh Kunz, Kelsen, mengemukakan bahwa dalam hubungan antara HN dan HI yang utama adalah HI. Menurut teori tersebut, HN bersumber pada HI yang merupakan perangkat ketentuan hukum yang hierarkinya lebih tinggi. HN suatu negara tunduk pada HI dan pada hakikatnya berkekuatan mengikatnya berdasarkan suatu pendelegasian wewenang dari HI.

Penggunaan teori *Monisme Primat* HN dalam pembahasan permasalahan yang terdapat dalam disertasi ini, tersebut terkandung maksud bahwa ketentuan peraturan perundangan nasional suatu negara lebih diutamakan penggunaannya dalam penanganan terhadap suatu masalah dari pada ketentuan yang bersumber dari HI. Dengan kata lain, penggunaan teori *Monisme Primat* HN menunjukkan bahwa HN suatu negara lebih diutamakan dan dengan demikian tentunya mempunyai kedudukan yang lebih tinggi dari pada ketentuan HI. Pembentukan Komnas HAM berikut KPP HAM nya lebih mengutamakan pada ketentuan HN, sehingga dengan demikian maka HN tersebut mempunyai kedudukan yang lebih dari pada HI. Komnas HAM tersebut dasar hukum pembentukkannya bukan berdasarkan dan bersumberkan pada ketentuan HI akan tetapi berdasar dan bersumber pada ketentuan HN yang berlaku di negara Indonesia, yang dalam hal ini adalah Keppres No. 50 tahun 1993 *yunto* UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM *yunto* UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

**B. Urgensi Pembuatan UU No. 26 Tahun 2000 Tentang
Pengadilan HAM Sebagai Dasar Hukum Penuntutan
Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat
Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia**

Istilah pelanggaran HAM berat atau *gross violation of human rights* atau *greaves breaches of human rights* sebagaimana disebut secara eksplisit dalam Konvensi Jenewa 1949 beserta Protokol Tambahan 1977 ataupun *the most serious crimes of concern to the international community as a whole* menurut Statuta Roma 1998, tidak diketemukan dalam UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM. Istilah pelanggaran HAM berat tersebut dalam hukum positif di Indonesia dapat ditemukan dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Statuta Roma 1998 yang menjadi sumber rujukan bagi penyusunan UU No. 26 tahun 2000, menyebutkan bahwa pelanggaran HAM berat sebagai *the most serious crimes of concern to the international community as a whole* meliputi kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan kejahatan agresi, adalah merupakan jenis-jenis kejahatan yang termasuk dalam yurisdiksi ICC. Sedangkan rumusan pelanggaran HAM berat dalam UU No. 26 tahun 2000 yang merupakan hasil adopsi dari Statuta Roma 1998, hanya menyebutkan dua jenis kejahatan yang termasuk dalam yurisdiksi pengadilan HAM, yaitu kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Pertimbangan UU No. 26 tahun 2000

merumuskan dua jenis kejahatan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM berat yang termasuk dalam yurisdiksi Pengadilan HAM, antara lain adalah :¹⁸⁴

a. Dua jenis kejahatan lainnya yang juga termasuk dalam kualifikasi pelanggaran HAM berat, yaitu kejahatan perang dan khususnya kejahatan agresi, hingga saat ini masih dalam wacana perdebatan negara-negara anggota PBB. Terhadap hal tersebut negara Indonesia, telah berupaya untuk memformulasikan kejahatan perang dalam suatu RUU KUHP, yang hingga kini belum kunjung dibahas dalam rapat khusus antara DPR RI dan Pemerintah sesuai mekanisme hukum dan perundangan yang berlaku.

b. Statuta Roma yang telah disahkan dalam suatu konperensi internasional tanggal 17 Juli 1998 dan telah berlaku efektif setelah terpenuhi persyaratan jumlah negara yang harus meratifikasinya (60 negara) pada 2 Agustus 2002, namun hingga kini pemerintah Indonesia belum meratifikasi pada hal telah mengadopsi ketentuannya dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Dengan belum diratifikasinya Statuta Roma tersebut, secara yuridis formal tidak ada suatu kewajiban hukum yang harus dijalankan oleh pemerintah Indonesia hal-hal yang telah diatur didalamnya.

c. Patut untuk dikemukakan bahwa tindakan pengadopsian sebgaiian ketentuan dalam Statuta Roma 1998 terkait dengan jenis kejahatan yang termasuk dalam kualifikasi pelanggaran HAM berat maupun persoalan pertanggungjawaban komando, sebenarnya lebih didasarkan pada kepentingan negara Indonesia

¹⁸⁴ Romli Atmasasmita, *Op. Cit*, halaman 3-4.

sebagai suatu negara yang merdeka dan berdaulat dalam *international community* dibawah naungan PBB.

d. Statuta Roma 1998 adalah merupakan suatu bentuk dari perjanjian internasional yang tidak memperkenankan dilakukannya reservasi oleh suatu negara yang akan meratifikasi. Mengingat dilakukannya tindakan ratifikasi tersebut berdampak mengikat secara penuh bagi negara peratifikasi, maka nampaknya hal tersebut secara hati-hati telah dipertimbangkan Pemerintah Indonesia dengan tidak segera meratifikasi.

Selanjutnya jika diperbandingkan antara ketentuan dalam Statuta Roma 1998 tentang ICC dengan ketentuan yang terdapat dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM terkait dengan permasalahan di atas, setidaknya perbedaan dari keduanya dapat dipetakan dalam tabel matrik dibawah ini.

Tabel : Matrik Perbandingan UU No. 26 tahun 2000 dan Statuta Roma 1998

No	Materi	UU No. 26 tahun 2000	Statuta Roma 1998
1.	Asas Dasar	Memperbolehkan penerapan asas berlaku surut dengan pembentukan Pengadilan HAM <i>ad hoc</i> melalui mekanisme DPR – RI Secara tegas tidak mengatur asas <i>nebis in idem</i> , hal demikian ditandai dengan tidak ada ketentuan dalam UU No. 26 tahun 2000 yang secara khusus mengatur mengenai asas tersebut.	Asas legalitas dgn melarang pemberlakuan surut (retro aktif) terhadap pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum berlakunya Statuta Roma 1998 Dapat mengesampingkan berlakunya asas <i>nebis in idem</i> terhadap putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap.
2.	Kewenangannya	Peradilan HAM berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM berat, termasuk	Menerapkan ketentuan ttg “ <i>issue of admissibility</i> ” yaitu kasus pelanggaran

		<p>yang dilakukan di luar batas teritorial Indonesia oleh WNI (Pasal 4 dan Pasal 5)</p> <p>Pengadilan HAM tidak berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM berat yang dilakukan oleh seseorang yang berumur dibawah 18 tahun pada saat kejahatan tersebut dilakukan (Pasal 6)</p> <p>UU No. 26 tahun 2000 tidak mengatur tentang <i>issue of admissibility</i> sebagaimana yang dikenal dalam Statuta Roma 1998</p> <p>Untuk perkara pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum berlakunya UU No. 26 tahun 2000, diperiksa dan diputus pengadilan HAM <i>ad hoc</i>, yang pembentukannya atas usul DPR RI berdsrkan peristiwa tertentu dengan Keppres (Pasal 43)</p>	<p>HAM berat tidak dapat diadili ICC atas dasar pertimbangan :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Kasus tersebut sedang dlm penyidikan/penuntutan neg yang berwenang, kecuali jika negara ybs tidak berkeinginan/tidak mampu untuk melaksanakan tugas tersebut - Kasus tsb sudah disidik oleh suatu negara yang mempunyai yurisdiksi dan negara tsb sdh mutuskan tdk melakukan penuntutan kecuali putusan tsb berasal dari ketidakinginan atau ketakmauan negara ybs untuk menuntut - Orang ybs tll diadili untuk pelanggaran HAM berat yg tll dilakukannya, dan peradilannya oleh ICC tidak diperbolehkan berdasarkan ketentuan Pasal 20 ayat (3) Statuta Roma 1998. - Kasus tsb tdk cukup serius untuk digolongkan kedlm pelanggaran HAM berat
3.	Yurisdiksi	Hanya terbatas pada dua jenis pelanggaran HAM berat kategori kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan	Pelanggaran HAM berat kategori genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang, serta kejahatan agresi.
4.	Penyelidikan dan penyidikan	Komnas HAM lembaga independen ybw melakukan penyelidikan dan pihak Kejaksaan sebagai lembaga ybw melakukan penyidikan dan penuntutan	Penyelidikan & penyidikan terhdp pelaku pelanggaran HAM berat dilakukan oleh pihak Kejaksaan
5.	Ruang Lingkup	Berlaku dalam ruang lingkup nasional wilayah hukum negara RI. Berlaku tanggal 23 Nopember 2000	Berlaku dlm ruang lingkup internasional, bagi negara yang telah meratifikasi. Berlaku tanggal 2 Juli 2002
		Tidak mensyaratkan ratifikasi negara	Mensyaratkan ratifikasi 60 negara dan setelah terpenuhi akan berlaku satu tahun kemudian
6.	Sumber acuan	Hanya mengakui seluruh ketentuan	Mengakui HI dan putusan

	putusan	dalam undang-undang ini dan ketentuan peraturan perundang-undangan hukum acara pidana nasional	MPI menjadi sumber acuan dalam mengadili kasus pelanggaran HAM berat berdasarkan Statuta Roma
7.	Hakim	Pengangkatan Hakim <i>non</i> karier yang berasal dari unsur masyarakat	Dengan cara mengangkat & menempatkan Hakim tetap yang berasal dari beberapa negara

Pembahasan mengenai pertanggungjawaban komando, dalam tataran HN maupun HI senantiasa aktual, sekalipun maknanya tidak sesederhana sebagai “*military commanders are responsible for the acts of their subordinates*”.¹⁸⁵ Pertanggungjawaban komando bukanlah sebuah fenomena yang lahir seperti yang dikesankan selama ini, yaitu sejak pengadilan Nuremberg Jerman maupun Tokyo Tribunal, akan tetapi telah ada bahkan sejak zaman feodal.¹⁸⁶ Pengaturan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dalam suatu instrumen hukum, pada dasarnya menghendaki agar para pemegang komando yang *nota bene* terdiri dari komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya bertanggungjawab untuk mencegah dan menghukum anak buah atau bawahan yang berada dibawah komando dan kendali efektifnya atas pelanggaran HAM berat tersebut.

Dalam pertanggungjawaban komando dikenal adanya istilah *commanders responsibility* yaitu pertanggungjawaban komando bagi para komandan militer dan istilah *superior responsibility* yaitu pertanggungjawaban komando bagi atasan polisi maupun atasan sipil lainnya atas pelanggaran HAM yang berat. Bentuk pertanggungjawaban komando, baik terhadap para komandan militer, atasan polisi

¹⁸⁵ Muladi, *Op. Cit.*, halaman 1.

¹⁸⁶ Anonim, *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan*, Makalah Lokakarya Internasional "Kejahatan Terhadap Kemanusiaan" diselenggarakan di Jakarta Tanggal 20-21 Juni 2001, KOMNAS HAM, 2002, halaman 48.

maupun atasan sipil lainnya atas tindak pidana yang dilakukan oleh anak buah atau bawahannya yang berada dibawah kendali atau kontrol efektifnya merupakan bentuk perkembangan dari konsep pertanggungjawaban pidana secara *individual* yang tidak terbatas pada tingkatan tertentu namun dapat pula menyentuh hingga kepala negara atau pemerintahan, sebagaimana terlihat dalam kasus Yamashita, Milosevic, Akayeshu, dan lain sebagainya.

Upaya berbagai negara untuk menghukum para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, merupakan bentuk pertanggungjawaban negara atas kewajiban internasional yang diembannya.¹⁸⁷ Pertanggungjawaban negara timbul sebagai suatu akibat atas pelanggaran terhadap kewajiban internasional yang melekat padanya sebagai negara yang merdeka dan berdaulat berdasarkan HI.¹⁸⁸ Penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat yang juga dikenal dengan istilah “*gross violation of human rights* atau *greaves breaches of human rights*” sebagaimana disebut secara eksplisit dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahannya, dan dalam Statuta Roma dengan istilah “*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*” merupakan bentuk konkrit pertanggungjawaban negara atas kewajiban internasional terkait dengan perlindungan dan penghormatan HAM. Dalam hal ini,

¹⁸⁷ Huala Adolf, *Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional*, Rajawali Press, Jakarta, 1991, halaman 173. Lihat pula dalam Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 4 th ed, 1990, halaman 432.

¹⁸⁸ D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, Third Edition, London, Sweet Maxwell, 1983, halaman 374. Lihat pula dalam Marina Spinedi Bruno Simma, *United Nation Codification of State Responsibility*, Ocean Publication, Inc, New York-London-Rome, 1987, halaman 144. Lihat pula dalam Malcolm N. Shaw, *international Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 1997, halaman 541.

Piagam PBB telah menyebutkan bahwa kewajiban internasional tersebut antara lain :¹⁸⁹

- a. Memelihara perdamaian dan keamanan internasional, yaitu dengan mengadakan tindakan-tindakan bersama yang efektif (*collective measures*) untuk mencegah dan melenyapkan ancaman-ancaman terhadap perdamaian dan akan menyelesaikan dengan jalan damai sesuai dengan prinsip keadilan dan HI, mencari penyelesaian pertikaian internasional yang dapat mengganggu perdamaian;
- b. Mengembangkan hubungan persahabatan antara bangsa-bangsa berdasarkan prinsip persamaan hak dan hak rakyat untuk menentukan nasib sendiri dan mengambil tindakan-tindakan lain yang wajar untuk memperteguh perdamaian universal;
- c. memecahkan persoalan internasional di bidang ekonomi, sosial, kebudayaan dan kemanusiaan, dalam usaha memajukan dan mendorong penghormatan terhadap HAM dan kebebasan dasar bagi semua umat manusia tanpa membedakan ras, jenis kelamin, bahasa atau agama;¹⁹⁰
- d. PBB mempunyai kewajiban untuk menjamin agar negara yang bukan anggota PBB bertindak sesuai dengan prinsip-prinsip PBB apabila dianggap perlu dalam rangka pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional.

Pada hakekatnya kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik tidak dapat dilepaskan dari tujuan maupun kepentingan untuk melakukan

¹⁸⁹ Elvia Farida, *Kewajiban-Kewajiban Internasional Republik Indonesia Sehubungan Dengan Keputusan-Keputusan Dewan Keamanan PBB Yang Diambil Dalam Rangka Penyelesaian Masalah Timor-Timur*, Tesis Pascasarjana FH UGM, Yogyakarta, 2003, halaman 31-33.

¹⁹⁰ Lihat dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3) Piagam PBB

penanggulangan terhadap suatu kejahatan, termasuk didalamnya adalah kejahatan yang tergolong sebagai pelanggaran HAM berat. Kebijakan penanggulangan kejahatan tersebut mempunyai ruang lingkup yang berhubungan dengan penelaahan proses pembuatan undang-undang, pelanggaran terhadap undang-undang serta reaksi terhadap pelanggaran terhadap undang-undang.¹⁹¹ Dalam hal ini, menurut Muladi¹⁹² maupun Barda Nanawi Arief¹⁹³ meliputi :

1. Tahap kebijakan legislatif atau formulatif yang di dalamnya mengandung kekuasaan atau kewenangan untuk menetapkan atau merumuskan perbuatan-perbuatan apa yang dapat dipidana dan sanksi apakah yang dapat dikenakan;
2. Tahap kebijakan yudikatif atau aplikatif, dimana kebijakan ini yang akan memuat kewenangan dalam menerapkan hukum pidana;
3. Tahap kebijakan eksekutif atau administratif yang akan memuat kekuasaan atau kewenangan dalam melaksanakan hukum pidana.

Dari ketiga tahapan kebijakan tersebut, kebijakan menetapkan pidana dalam perundang-undangan yang lazim disebut juga sebagai tahap kebijakan legislatif atau tahap kebijakan formulatif, merupakan suatu tahap yang paling strategis dilihat dari keseluruhan proses kebijakan untuk mengoperasionalkan sanksi pidana. Pada tahap inilah dirumuskan garis-garis kebijakan sistem pidana dan pemidanaan yang sekaligus merupakan landasan legalitas bagi tahap-tahap berikutnya, yaitu tahap penerapan pidana oleh badan pengadilan dan tahap

¹⁹¹ Simandjutak, *Pengantar Kriminologi dan Patologi Sosial*, Tarsito, Bandung, 1981, halaman 4

¹⁹² Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Undip, Semarang, 1995, halaman 13

¹⁹³ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana*, FH Undip, Semarang, 1994, halaman 18. Lihat pula dalam Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Undip, Semarang, 1998, halaman 30.

pelaksanaan pidana oleh aparat pelaksana pidana. Pengaturan substansi pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat dalam legislasi negara Indonesia, merupakan bentuk dari penerapan kebijakan legislatif atau formulatif dalam hukum pidana. Penerapan kebijakan demikian tidak lain merupakan bentuk pertanggungjawaban negara atas pelanggaran kewajiban internasional berupa pelanggaran HAM berat dengan cara mengadili pelakunya berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando dengan menggunakan sarana hukum pidana yang telah dirumuskan dalam hukum nasionalnya.

Karakteristik utama pertanggungjawaban negara terdiri dari adanya suatu kewajiban internasional menurut HI yang berlaku antara negara, baik menurut suatu perjanjian internasional, kebiasaan internasional, prinsip-prinsip hukum umum, yurisprudensi, maupun segala bentuk resolusi,¹⁹⁴ dimana kewajiban internasional tersebut tidak ditaati atau telah dilalaikan oleh suatu negara, dan oleh karenanya menimbulkan pertanggungjawaban negara. Setiap negara yang memegang hak tertentu, adalah subyek HI yang juga mendukung kewajiban tertentu sebagai sisi lain dari hak yang diberikan oleh hukum.¹⁹⁵ Hal yang mendasari munculnya pertanggungjawaban negara pada hakekatnya adalah pelanggaran terhadap hak subyektif negara lain, pelanggaran terhadap norma HI yang merupakan *ius cogens*, dan tindakan-tindakan yang tergolong sebagai kejahatan internasional. Untuk hal yang terakhir dalam HI lebih dikenal dengan pertanggungjawaban suatu negara terhadap komunitas internasional secara

¹⁹⁴ Alina Kaczorowska, *Op.Cit.*, halaman 11-34.

¹⁹⁵ Ida Bagus Wyasa Putra, *Op.Cit.*, halaman 56. Lihat pula dalam *Tanggung Jawab Publik Negara Terhadap Kegiatan Keruangankasaan*, Makalah Lokakarya Hukum Udara dan Telekomunikasi, Dirjen Postel RI, Jakarta, 2006, halaman 6.

keseluruhan (*erga omnes*), yaitu berkaitan dengan *international crime*. Secara umum, pertanggungjawaban negara dapat dibedakan atas :¹⁹⁶

- a). pertanggungjawaban negara atas perjanjian internasional, kebiasaan internasional dan prinsip-prinsip hukum umum lain, serta sumber-sumber HI publik lainnya;
- b). pertanggungjawaban negara atas kontrak; dan
- c). pertanggungjawaban negara atas konsesi;
- d). pertanggungjawaban negara atas hutang negara; dan
- e). pertanggungjawaban negara atas kejahatan internasional antara lain :¹⁹⁷ *genocide*, kejahatan terhadap kemanusiaan, perbudakan, bajak laut dan lain sebagainya.

Dalam konteks negara Indonesia, upaya penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang dalam hukum positif (KUHP) belum diatur, maka perlu dirumuskan suatu undang-undang yang akan dijadikan sebagai dasar hukumnya. Pembuatan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang akan dijadikan sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan hasil produk kebijakan legislatif sebagai bentuk pertanggungjawaban negara atas kewajiban internasional memutus praktik *impunity*. Pertanggungjawaban negara akan timbul manakala terjadi pelanggaran oleh suatu negara terhadap suatu kewajiban internasional yang antara lain dapat bersumber pada hukum kebiasaan internasional maupun perjanjian internasional,

¹⁹⁶ Sugeng F. Istanto, *Op. Cit*, halaman 79

¹⁹⁷ Abdussalam, *Op.Cit*, halaman 80.

pelanggaran mana harus terkait dengan suatu perilaku melawan hukum yang dapat dikaitkan (*attributable*) kepada negara yang bersangkutan.¹⁹⁸ Dalam *Draft Articles on State Responsibility* yang dipersiapkan oleh *International Law Commission* dinyatakan bahwa setiap tindakan negara yang melawan HI (*international wrongful act*) akan menimbulkan tanggung jawab internasional dari negara yang bersangkutan. Terkait hal tersebut, unsur utama dari *international wrongful act* yang harus dipenuhi, yaitu :¹⁹⁹

- a). apabila yang merupakan suatu tindakan atau kegiatan atau *ommission* tersebut terkait dengan negara atas dasar HI;
- b). perilaku tersebut merupakan suatu pelanggaran atas ketentuan atau kewajiban internasional yang berlaku;
- c). sifat melawan hukum oleh negara hanya dapat ditetapkan atas dasar HI;
- d). Perilaku negara dapat dianggap melanggar suatu kewajiban internasional hanya jika kewajiban internasional yang dilanggar itu berlaku dan mengikat negara yang bersangkutan, yang bersumber perjanjian internasional, kebiasaan internasional dan lain sebagainya.

Norma HI melarang dipraktikannya pelanggaran HAM berat di samping telah berstatus *jus cogen*, juga bersifat *erga omnes* dan berkenaan dengan konsep *non derogable rights*. Hubungan ketiga konsep tersebut menunjukkan bahwa prinsip kewajiban *erga omnes* dalam HI menunjukkan bahwa kewajiban internasional berlaku terhadap setiap negara tanpa kecuali, *jus cogen* mengenai keabsahan perjanjian internasional, maka *erga omnes* adalah mengenai

¹⁹⁸ Martin Dixon and Robert Corquodale, *Cases and Materials on International Law*, Blackstone Press Limited, London, 1990, halaman 400.

¹⁹⁹ James Crawford, *The International Law Commissions Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, halaman 78.

legal standing negara dalam hal pelanggaran kewajiban internasional yang keduanya berkaitan dengan *non derogable rights*.²⁰⁰ Adanya pembebanan terhadap kewajiban internasional atas negara tersebut, menunjukkan bahwa sebagai komunitas internasional harus memikul tanggungjawab atas masalah pelanggaran HAM berat.²⁰¹ Terkait hal tersebut tiga elemen pokok yang harus diperhatikan adalah : menunjukkan bahwa hak itu ada; membuktikan bahwa suatu pelanggaran HAM berat terjadi; menunjukkan bahwa negara bertanggungjawab atas pelanggaran tersebut.²⁰² Suatu negara berdaulat tidaklah terlepas dari tanggung jawab negara manakala terjadi pelanggaran terhadap kewajiban internasional yang diembannya.²⁰³ Dengan demikian maka pertanggungjawaban negara ini merupakan suatu prinsip dasar HI.²⁰⁴ Ada tiga pendekatan yang terkait dengan pertanggungjawaban negara, yaitu :

- a). pendekatan *deliktual*, dimana pada pendekatan ini dilakukan pengidentifikasian terhadap adanya suatu delik yang menimbulkan tanggung jawab, yang meliputi tindakan-tindakan antara lain seperti penolakan atau pengingkaran atas keadilan (*denial of justice*), pembiaran atas terjadinya pelanggaran HAM berat, dan lain sebagainya;
- b). pendekatan kewajiban, yang dilakukan dengan cara meneliti kewajiban-kewajiban internasional yang ada, sehingga pelanggaran atas kewajiban

²⁰⁰ Todung Mulya Lubis, *Hak Asasi Manusia Dalam Masyarakat Dunia*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1993, halaman 68-70.

²⁰¹ Daan Bronkhorst, *Menguak Masa Lalu Merenda Masa Depan : Komisi Kebenaran di Berbagai Negara*, Elsam, Jakarta, 2002, halaman 250.

²⁰² Titon Slamet Kurnia, *Reparasi (reparation) Terhadap Korban Pelanggaran HAM di Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, halaman 22.

²⁰³ Huala Adolf, *Op.Cit*, halaman 173. Ian Brownlie, *Op.Cit*, halaman 432. D.J. Harris, *Op.Cit*, halaman 374.

²⁰⁴ Marina Spinedi Bruno Simma, *Op.Cit*, halaman 144.

internasional yang diembannya tersebut benar-benar dapat menimbulkan pertanggungjawaban negara;

- c). pendekatan berdasarkan prinsip HI, yang dilakukan dengan cara menentukan kaidah dan prinsip-prinsip HI yang berlaku bagi semua jenis tindakan melawan hukum.

Berdasarkan uraian di atas, terkait dengan permasalahan pertama dalam disertasi mengenai urgensi pembuatan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia adalah :

1. Sebagai Antisipasi Pembentukan Peradilan (HAM) Internasional

Kebijakan yang ditempuh mantan Presiden B.J. Habibie, yang memandang pelaksanaan jajak pendapat²⁰⁵ merupakan solusi terbaik untuk menyelesaikan permasalahan Timtim secara tuntas, ternyata justru menimbulkan permasalahan baru yang cukup serius dan kompleks. Permasalahan tersebut antara lain adalah terjadinya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan serta maraknya berbagai tuntutan internasional untuk menuntut dan mengadili para pelakunya berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando agar tidak terjadi praktik *impunitas* yang sengaja dilakukan negara. Dampak masalah

²⁰⁵ Jajak pendapat di Timtim dilaksanakan pada tanggal 30 Agustus 1999 serta pengumuman hasil jajak pendapat dilakukan pada tanggal 4 September 1999, dengan hasil Timtim harus "berpisah" dengan NKRI yang diproklamasikan 17 Agustus 1945 silam. Uraian lebih lanjut dapat dibaca dalam Zaky Anwar Makarin dkk, *Hari-Hari Terakhir Timor-Timur*, PT. Sportif Media Informasindo, Jakarta, 2002.

Timtim pasca jajak pendapat²⁰⁶ bagi Indonesia, terus berlanjut sesuai dengan dinamika perkembangan masyarakat internasional.

Komisi Tinggi HAM PBB pada tanggal 27 September 1999 telah mengeluarkan sebuah Resolusi No. : 1999/S-4/1 sebagai dasar untuk melakukan penyelidikan (*inquiry*) atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim pasca jajak pendapat. Dalam resolusi tersebut ditegaskan bahwa Koffi Annan selaku Sekretaris Jenderal PBB pada saat itu diminta untuk membentuk sebuah Komisi Penyelidik Internasional (*international commission of inquiry*). Berdasarkan resolusi yang telah dikeluarkan oleh Komisi Tinggi HAM PBB tersebut, Sekreraris Jenderal PBB telah berhasil membentuk *Commission of Inquiry on East Timor (CIET)*.

Penyelidikan yang dilakukan *CIET*²⁰⁷ dan kemudian hasilnya akan dilaporkan kepada Komisi Tinggi HAM PBB, yang pada akhirnya akan menghasilkan salah satu dari dua kemungkinan.²⁰⁸ Kemungkinan pertama, bila berdasarkan hasil penyelidikan yang dilakukan *CIET* tersebut tidak diketemukannya adanya bukti-bukti yang cukup kuat tentang adanya pelanggaran HAM berat berupa kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim *pasca* jajak pendapat, maka secara otomatis penyelidikan akan dihentikan dan selanjutnya komisi tersebut (*CIET*) harus dibubarkan. Sedangkan kemungkinan

²⁰⁶ Jajak pendapat dilaksanakan berdasarkan *Agreement Between The Republic of Indonesia and The Portuguese Republic on the Question of East Timor* yang difasilitasi oleh Sekjen PBB dan ditandatangani tanggal 5 Mei 1999 di New York, Amerika Serikat.

²⁰⁷ Anggota *CIET* terdiri dari Sonia Picado Sotela dari negara Kosta Rica sebagai ketua, Juditli Sefi Attah dari negara Nigeria, A.M. Ahmadi dari India, Sir Mari Kapi dari Papua New Guinea dan Sabine Leutheusser-Schwarzenberger dari Jerman.

²⁰⁸ Hikmahanto Juwana, *Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*, Lentera Hati, Tanpa kota penerbit, 2001, halaman 131.

kedua, jika ternyata dari hasil penyelidikan yang dilakukan *CIET* telah menemukan adanya bukti-bukti pelanggaran HAM berat berupa kejahatan terhadap kemanusiaan, dimana para pelakunya nantinya akan diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, maka komisi dapat merekomendasikan kepada DK-PBB untuk mengeluarkan resolusi bagi pembentukan peradilan HAM internasional. Peradilan dimaksud adalah untuk mengadili para pelaku Pelanggaran HAM berat berupa kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, khususnya yang terjadi di Timtim *pasca* jajak pendapat.

Selanjutnya jika kita hendak berbicara mengenai peradilan internasional, maka berdasarkan *literatur* yang ada, setidaknya terdapat tiga macam atau jenis peradilan yang telah dipraktikan oleh negara-negara sebagai “masyarakat” internasional, yaitu :

- a. *International Court of Justice (ICJ)* atau Mahkamah Internasional (MI).

International Court of Justice (ICJ) atau Mahkamah Internasional (MI) merupakan peradilan internasional yang pembentukannya berdasarkan Statuta MI. Perkara yang menjadi kompetensi atau kewenangan dari peradilan tersebut, setidaknya harus memenuhi dua syarat pokok, yaitu : pertama, para pihak berperkara adalah negara bukan individu;²⁰⁹ kedua, para pihak (negara-negara) sepakat menyelesaikan perkaranya melalui ICJ/MI.²¹⁰

²⁰⁹ Lihat dalam ketentuan Pasal 34 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional.

²¹⁰ Lihat dalam ketentuan Pasal 36 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional.

- b. *International Criminal Tribunal (ICT)* atau Mahkamah Kejahatan Internasional (MKI).

International Criminal Tribunal (ICT) atau Mahkamah Kejahatan Internasional (MKI) merupakan peradilan internasional yang dibentuk berdasarkan Resolusi DK-PBB secara *ad hoc* sesuai "kebutuhan" dan sesudah "kebutuhan" tersebut terpenuhi maka lembaga peradilan ini pun segera dibubarkan. *ICT/MKI* yang selama ini pernah ada yaitu *International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY)* yang dibentuk berdasarkan Resolusi DK-PBB No. 827 tahun 1993 sebagaimana telah diubah dengan Resolusi DK-PBB No. 1166 tanggal 13 Mei 1998. Selain *ICTY*, *ICT/MKI* lainnya adalah *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)* yang dibentuk berdasarkan Resolusi DK-PBB No. 955 tahun 1994 sebagaimana telah diubah dengan Resolusi DK-PBB No. 1165 tanggal 30 April 1998. Kedua peradilan itu (*ICTY* maupun *ICTR*) berwenang mengadili orang perorangan secara individual terlepas dari yang bersangkutan pejabat resmi negara, yang telah melakukan kejahatan internasional berupa (a) pelanggaran berat Konvensi Jenewa 1949, (b) pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang, (c) genosida, dan (d) kejahatan terhadap kemanusiaan. Demikian pula halnya dengan *International Military Tribunal (IMT)* atau Mahkamah Militer Internasional (*MMT*) di Nuremberg Jerman dan Tokyo Tribunal di Jepang.

c. *International Criminal Court (ICC)* atau Mahkamah Pidana Internasional (MPI).

International Criminal Court (ICC) atau Mahkamah Pidana Internasional (MPI) merupakan lembaga peradilan internasional berdasarkan sebuah perjanjian internasional yang dikenal dengan nama Statuta Roma (*Rome Statute of International Criminal Court*) tanggal 17 Juli 1998. Pembentukan *ICC/MPI* merupakan reaksi masyarakat internasional atas kebutuhan suatu lembaga peradilan yang bersifat permanen yang dapat mengadili individu pelaku kejahatan internasional, yang terdiri dari kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan kejahatan agresi.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa dari ketiga jenis peradilan internasional tersebut di atas, antara satu dengan lainnya memiliki ruang lingkup dan yurisdiksi yang berbeda-beda. Berkaitan dengan terjadinya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, khususnya di Timtim *pasca* jajak pendapat, serta adanya upaya masyarakat internasional *via* PBB, untuk membentuk peradilan HAM internasional sebagai sarana untuk mengadili para pelakunya berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, merupakan sesuatu yang tak dapat dipungkiri oleh pemerintah Indonesia sebagai anggota *komunitas* dan lembaga internasional. Bila rujukan pembentukan peradilan HAM internasional untuk menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi di Timtim pada khususnya dan di wilayah Indonesia lainnya pada umumnya,

menggunakan model *ICT/MKI* seperti halnya di Yugoslavia (*ICTY*) dan Rwanda (*ICTR*), maka diperlukan adanya persetujuan dari negara (Indonesia) dengan DK-PBB yang berkompeten atas rekomendasi pembentukan peradilan HAM internasional *ad hoc* tersebut.

Namun demikian, sebelum upaya pembentukan peradilan HAM internasional yang akan dipergunakan sebagai sarana untuk menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim *pasca* jajak pendapat tersebut terealisasi, melalui sidang khusus Rakor Polkam²¹¹ tanggal 21 Desember 1999 pemerintah Indonesia telah mengeluarkan pernyataan yang menolak pembentukan peradilan HAM internasional untuk mengadili para petinggi militer, kepolisian maupun sipil lainnya yang diduga melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat di Timtim *pasca* jajak pendapat. Selanjutnya pemerintah Indonesia juga telah menetapkan suatu kebijakan untuk mengadili para pelaku dengan menggunakan sarana hukum dan peradilan nasional yang ada dan berlaku di Indonesia (*national remedies*).²¹²

Berkenaan dengan problematika yang dihadapi Indonesia, pada suatu kesempatan lawatannya ke Indonesia awal Maret 2000, Sekjen PBB Koffi Annan²¹³ mengemukakan bahwa pihaknya akan merekomendasikan kepada DK-PBB untuk tidak segera mengadakan pembicaraan dan pembahasan mengenai rencana pembentukan peradilan HAM internasional, sebagai sarana menuntut

²¹¹ Lihat dalam Harian Umum Kompas 22 Desember 1999, halaman 1.

²¹² Soekotjo Hardiwinoto, *Pengantar Hukum Internasional*, Badan Penerbit Undip, Semarang, 1994, halaman 161.

²¹³ Lihat dalam Harian Umum Kompas, tanggal 2 Maret 2000, halaman 1.

pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, khususnya di Timtim *pasca* jajak pendapat. Pernyataan sikap Koffi Annan selaku Sekjen PBB, semata adalah untuk memberikan kesempatan kepada pemerintah Indonesia agar mengadili dan menghukum pihak-pihak yang dianggap bertanggungjawab atau bersalah atas terjadinya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando melalui peradilan nasional secara *fair, objektif* dan *non diskriminatif*.

Pernyataan sikap Sekjen PBB di atas, jika dicermati secara mendalam, maka hal itu sangat logis, karena jika dihubungkan dengan Statuta Roma 17 Juli 1998 yang menjadi dasar pembentukan ICC, dinyatakan bahwa penggunaan peradilan HAM internasional sangatlah dimungkinkan seandainya peradilan nasional suatu negara bersifat *unwilling and inable* dalam menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Di samping itu, peradilan nasional tersebut juga diduga/dinilai tidak adil (*unfair*) dan tidak bersifat *independen* atau memihak (*partial*) sehingga akan menodai nilai-nilai keadilan bagi para korban pelanggaran HAM berat.

Baik ditinjau dari kepentingan nasional maupun internasional, upaya untuk membendung pembentukan peradilan internasional melalui pembentukan peradilan nasional (Pengadilan HAM, pen) yang akan digunakan sebagai sarana menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, merupakan suatu *death price* yang

tak mungkin dihindari Indonesia yang *notabene* sebagai negara hukum. Terlebih kemungkinan terbentuknya peradilan HAM internasional semakin kecil, setelah Republik Rakyat China (RRC) menyatakan sikap politiknya untuk *menveto* terhadap upaya pembentukan peradilan HAM internasional tersebut.²¹⁴ Senada dengan sikap politik RRC di atas, Amerika Serikat (AS) melalui Stanley Roth selaku Asisten Menteri Luar Negeri untuk urusan Asia Pasifik saat itu, menyatakan bahwa negara Indonesia dapat terhindar dari upaya pembentukan peradilan HAM internasional apabila mau bersungguh-sungguh menuntut, mengadili dan menghukum mereka yang telah dituduh melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, khususnya di Timtim *pasca* jajak pendapat.²¹⁵

Dalam kondisi demikian, pembentukan pengadilan HAM menjadi sesuatu yang sangat mendesak. Pembentukan pengadilan HAM tersebut memberikan peluang dan kesempatan besar bagi bangsa Indonesia untuk menuntut, mengadili dan menghukum para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, yang *nota bene* para pelaku yang hendak dituntut tersebut *via* pertanggungjawaban komando, adalah warga negaranya sendiri yang dalam kapasitasnya sebagai para komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya. Pengadilan HAM yang akan dibentuk pemerintah Indonesia, merupakan pengadilan khusus dengan kewenangan atau yuridiksi untuk menuntut, mengadili dan menghukum para

²¹⁴ Hikmahanto Juwana, *Peradilan Nasional Bagi Pelaku Kejahatan Internasional*, Kompas, 17 Pebruari 2000, halaman 4.

²¹⁵ *Ibid*, halaman 4.

pelaku berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando terhadap pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Selanjutnya guna merealisasikan terwujud dan bekerjanya pengadilan HAM tersebut, perlu diatur dalam suatu undang-undang. Upaya membentuk undang-undang yang akan digunakan sebagai dasar hukum untuk menuntut, mengadili dan menghukum pelaku berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando terhadap pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, termasuk dalam ranah/*domain* kebijakan legislatif atau kebijakan formulatif atau kebijakan perundang-undangan.

UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM adalah undang-undang yang secara khusus mengatur mengenai pengadilan HAM, merupakan salah satu undang-undang hasil produk kebijakan legislatif yang dapat digunakan sebagai rujukan hukum nasional dalam menuntut, mengadili dan menghukum pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando komando. Pengadilan HAM²¹⁶ menurut Sistem Peradilan Pidana Indonesia sebagai suatu lembaga peradilan yang bertugas untuk memeriksa, mengadili dan memutuskan perkara atau kasus pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, kredibilitas dan kapabilitasnya sangat dipertaruhkan bagi penegakan *supremasi* hukum demi terciptanya suatu keadilan *substantif*, kepastian hukum yang tidak lain juga merupakan *implementasi* dari Indonesia sebagai negara hukum sesuai dengan amanat UUD 1945. Sikap proaktif dan akomodatif yang

²¹⁶ Berdasarkan Pasal 2 UU No. 26 tahun 2000, pengadilan HAM merupakan pengadilan khusus yang berada di bawah lingkungan peradilan umum.

dilakukan pemerintah Indonesia dengan membentuk pengadilan HAM berdasarkan UU No. 26 tahun 2000, maka upaya pembentukan *international tribunal* untuk mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat pada kasus di Timtim dapat dihindarkan.²¹⁷

Tindakan yang dilakukan pemerintah tersebut di atas tidak terlepas dari eksistensinya sebagai negara yang berdaulat. Kedaulatan negara itu sendiri dalam HI adalah merupakan kekuasaan tertinggi dari suatu negara. Kedaulatan negara diartikan sebagai kekuasaan tertinggi yang bersifat mutlak, utuh, bulat, tidak dapat dipisah-pisahkan atau dibagi-bagi dan oleh karena itu tidak dapat ditempatkan dibawah kekuasaan lain (*absolute of state*).²¹⁸ Kedaulatan yang dimiliki oleh suatu negara menunjukkan bahwa negara tersebut telah merdeka atau tidak tunduk pada kekuasaan negara lain dan secara bebas dapat melakukan berbagai kegiatan sesuai kepentingannya sepanjang tidak bertentangan dengan HI. Kedaulatan bila ditinjau dari aspek internal, memberikan kekuasaan tertinggi kepada negara merdeka untuk mengatur segala sesuatu yang ada atau terjadi di dalam batas-batas wilayahnya. Indonesia termasuk negara yang telah merdeka dan berdaulat sejak proklamasi kemerdekaan tanggal 17 Agustus 1945.

Berdasarkan pada uraian atau paparan sebagaimana tersebut di atas, pemerintah Indonesia melalui UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, bertekad mengantisipasi upaya masyarakat internasional membentuk peradilan

²¹⁷ Hal yang sama juga pernah dilakukan pemerintah Korea Selatan yang pro-aktif dengan mengadili dua mantan presidennya, Park Chung-Hee dan Chun Doo-Hwan, yang sudah “dibidik” masyarakat internasional agar diadili oleh *International Tribunal* buatan PBB atas kejahatan terhadap kemanusiaan di Kwangju bulan Mei 1980 silam.

²¹⁸ I Wayan Parthiana, *Pengantar Hukum Internasional*, CV. Mandar Maju, Bandung, 2003, halaman 90.

HAM internasional *ad hoc*, layaknya di Rwanda dan Yugoslavia, untuk menuntut pertanggungjawaban komando para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim *pasca* jajak pendapat tahun 1999.

2. Perlindungan Hukum Atas Pelanggaran HAM Berat

Masuknya pengaruh internasional dalam persoalan di Timtim, ditandai dengan penyerahan komando pengendalian dari pasukan TNI kepada pasukan *INTERFET (International Forces for East Timor)*, hingga terbitnya Resolusi Komisi HAM PBB mengenai Pembentukan Komisi Penyelidik Internasional yang bertugas melakukan investigasi atas dugaan pelanggaran HAM berat (*gross violation of human rights*) di Timtim *pasca* pengumuman hasil jajak pendapat. Komisi tersebut di atas, walaupun secara legal formal tidak mengikat negara Indonesia, namun dapat menjadi dasar bagi DK-PBB membentuk *international tribunal*, sebagaimana yang pernah dilakukan terhadap negara Rwanda dan negara Yugoslavia. Upaya untuk melakukan penolakan terhadap Komisi Penyelidik Internasional tersebut, justru akan lebih merugikan kepentingan negara yang bersangkutan, sebagaimana yang pernah terjadi di Rwanda dengan terbentuknya *ICTR*²¹⁹ dan *ICTY*²²⁰ di Yugoslavia.

Terkait dengan hal tersebut, maka upaya pemerintah merumuskan kebijakan legislatif yang mengatur persoalan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, sebenarnya

²¹⁹ *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)* terbentuk berdasarkan Resolusi DK-PBB No. 808 (1993) tanggal 22 Februari 1994.

²²⁰ *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)* terbentuk berdasarkan Resolusi DK-PBB No. 827 (1993) tanggal 25 Mei 1993.

dilatarbelakangi oleh pemikiran perlunya perlindungan terhadap HAM pada umumnya. Selain itu, upaya merumuskan kebijakan legislatif tersebut, juga merupakan bentuk pertanggungjawaban negara secara internasional terkait dengan adanya pengaruh internasional yang telah bersifat mengglobal, utamanya yang berhubungan dengan perlindungan terhadap pelanggaran HAM berat dengan memutus praktik *impunitas* yang sering dilakukan oleh suatu negara dengan sistem pemerintahan yang bersifat otoriter.

Hal demikian didasarkan pada realitas yang menyebutkan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan pada hakekatnya merupakan bentuk dari suatu kejahatan internasional yang telah melanggar nilai-nilai dasar kemanusiaan (HAM-pen) yang bersifat kodrati, *universal* dan *langgeng* sebagai karunia dan anugerah dari Tuhan Yang Maha Esa tanpa *diskriminatif*. Berdasarkan UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM maupun UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, disebutkan bahwa HAM merupakan seperangkat hak yang melekat pada hakekat dan 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 terhadap harkat dan martabat manusia.²²¹

Dengan demikian, apa yang telah diuraikan dalam kedua undang-undang tersebut di atas, ternyata sejalan dengan Ketetapan MPR-RI No. XVII/MPR/1998 tentang HAM.²²² Tap MPR RI No. XVII/MPR/1998 tentang

²²¹ Lihat Pasal 1 ayat (I) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM *yunto* Pasal I ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM.

²²² Ketetapan MPR-RI No. XVII/MPR/1998 tentang HAM menugaskan kepada lembaga-lembaga tinggi negara dan seluruh aparatur pemerintah untuk menghormati, menegakkan, dan

HAM, menyebutkan bahwa negara wajib melindungi warga negaranya, bukan saja dari praktik kejahatan yang dilakukan oleh warga negara asing, tetapi juga dari praktik kekuasaan negara yang bersangkutan yang cenderung melanggar HAM. Pelanggaran HAM berat tersebut dapat berlangsung dalam dua cara, pertama, yaitu dengan cara yang lazim disebut sebagai bentuk pelanggaran HAM karena tindakan (*violence by action*) dan yang kedua dengan cara pelanggaran HAM karena adanya upaya pembiaran atau kelalaian (*violence by omission*).

Pembentukan kedua undang-undang tersebut, di samping merupakan perwujudan tanggung jawab Indonesia sebagai anggota PBB juga mengandung suatu misi pengemban tanggung jawab moral dalam menjunjung tinggi dan melaksanakan *UDHR* sebagai suatu *instrumen* HI yang mengatur tentang HAM yang telah diterima masyarakat internasional yang *nota bene* merupakan para anggota PBB, termasuk satu diantaranya adalah negara Indonesia. Sehubungan dengan hal tersebut, maka HAM sebagaimana tercantum dalam UUD 1945, *UDHR* 1948, Ketetapan MPR-RI No. XVII/MPR/1998, maupun undang-undang khusus lainnya yang terkait dengan persoalan HAM, harus dilaksanakan dengan penuh rasa tanggung jawab sesuai dengan falsafah yang terkandung dalam Pancasila dan UUD 1945 dan asas-asas HI. Pembentukan pengadilan HAM berdasarkan UU No. 26 tahun 2000, diharapkan dapat melindungi HAM atas kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat, baik perseorangan maupun masyarakat. Di samping itu, juga sebagai dasar dalam penegakan hukumnya melalui pemeriksaan, penuntutan dan

menyebarkan pemahaman mengenai HAM kepada seluruh masyarakat serta segera *meratifikasi* berbagai *instrumen* PBB tentang HAM sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945.

penghukuman terhadap para pelaku pelanggaran HAM berat tersebut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Terkait dengan hal tersebut setidaknya ada empat hak korban yang seharusnya yang harus diperhatikan, yaitu pertama, hak korban untuk mengetahui kejadian sebenarnya dari peristiwa tersebut; kedua, hak korban untuk mendapatkan keadilan dengan diadilinya para pelaku; ketiga, korban berhak untuk mendapatkan pemulihan; dan keempat, hak korban untuk mendapatkan jaminan bahwa kekerasan tersebut tidak akan terulang kembali.

Berkaitan dengan hal tersebut di atas, patut sekiranya untuk dikemukakan bahwa disahkannya²²³ UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, didasarkan atas-pertimbangan berikut ini :

- a. Manusia pada dasarnya dianugerahi oleh Tuhan Yang Maha Esa akal budi dan nurani serta kemampuan untuk membedakan antara yang baik dan yang buruk, yang akan membimbing dan mengarahkan sikap maupun perilaku dalam menjalani kehidupannya. Hal terpenting lain, manusia diharapkan memiliki kemampuan untuk bertanggung jawab atas segala tindakan yang dilakukannya;
- b. HAM merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia bersifat universal dan langgeng. Oleh karena itu HAM tersebut harus dilindungi, dipertahankan, dan tidak boleh diabaikan, dikurangi, atau dirampas oleh siapapun juga termasuk negara *via* aparat keamanannya. Peningkaran terhadap HAM berarti sama halnya dengan melakukan peningkaran terhadap harkat, martabat dan nilai-nilai dasar kemanusiaan.

²²³ Disahkan Presiden B.J. Habibie pada tanggal 23 September 1999, dan telah pula dicatatkan dalam Lembaran Negara RI No. 165 tahun 1999.

Dengan demikian, HAM tersebut harus selalu menjadi titik tolak dan tujuan dalam penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara;

- c. Bangsa Indonesia sebagai anggota PBB mengemban tanggung jawab moral dan hukum untuk menjunjung tinggi dan melaksanakan *UDHR* yang ditetapkan oleh PBB, serta berbagai instrumen internasional lainnya mengenai HAM yang telah diterima oleh negara Indonesia;
- d. Sejarah bangsa Indonesia telah mencatat selama kurang lebih 50 tahun sejak kemerdekaan, pelaksanaan penghormatan, perlindungan, atau penegakan HAM masih jauh dari memuaskan. Hal tersebut tercermin dari adanya penangkapan yang tidak sah, penculikan, penganiayaan, perkosaan, penghilangan paksa, pembunuhan, dan lain sebagainya yang mana bentuk-bentuk perbuatan tersebut masuk dalam kategori pelanggaran HAM berat (*gross violation of human rights*).²²⁴

Senada dengan pertimbangan dalam UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM di atas, penuntutan pertanggungjawaban komando sebagai sarana untuk melakukan perlindungan HAM pada umumnya dan pelanggaran HAM berat pada khususnya kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, sebagaimana diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, adalah :²²⁵

- a. Untuk ikut serta memelihara perdamaian dunia dan menjamin pelaksanaan HAM serta memberi perlindungan, kepastian, keadilan, dan perasaan aman

²²⁴ Lihat konsideran bagian menimbang dari UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, dan lihat pula pada bagian Penjelasan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

²²⁵ Lihat konsideran bagian menimbang dari UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, dan lihat pula pada bagian Penjelasan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

kepada perorangan ataupun masyarakat, perlu segera dibentuk suatu pengadilan HAM untuk menyelesaikan pelanggaran HAM berat sesuai dengan Pasal 104 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM;

- b. Kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia sebagai salah satu pelanggaran HAM berat, merupakan suatu khusus yang bersifat *extra ordinary crimes* dan berdampak secara luas baik pada tingkat nasional maupun internasional. Di samping itu, kejahatan tersebut bukan merupakan tindak pidana pada umumnya sebagaimana diatur dalam KUHP serta menimbulkan kerugian baik *materiil* maupun *immateriil* yang mengakibatkan perasaan tidak aman baik terhadap perseorangan maupun masyarakat. Oleh karena itu, maka perlu segera dipulihkan dalam mewujudkan supremasi hukum untuk mencapai kedamaian, ketertiban, ketentraman, keadilan, dan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat Indonesia;
- c. Terhadap penanganan perkara kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia sebagai salah satu pelanggaran HAM berat diperlukan langkah-langkah penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan yang bersifat khusus, dibanding untuk perkara tindak pidana lainnya. Kekhususan tersebut adalah:
 - 1). diperlukan penyidik dengan membentuk tim *ad hoc*, penyidik *ad hoc*, penuntut umum *ad hoc*, dan hakim *ad hoc*.
 - 2). diperlukan penegasan bahwa penyelidikan hanya dilakukan oleh Komnas HAM.

- 3). diperlukan ketentuan mengenai tenggang waktu tertentu untuk melakukan penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di pengadilan.
- 4). diperlukan ketentuan mengenai perlindungan korban dan saksi.
- 5). diperlukan ketentuan yang menegaskan tidak ada kadaluarsa bagi pelanggaran HAM berat.

3. Memutus Praktik *Impunity*

Upaya penuntutan pertanggungjawaban komando hingga ke *level* pengambil kebijakan yang menyebabkan terjadinya berbagai peristiwa atau kasus yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, nampaknya masih dalam wacana perdebatan yang tak kunjung pada kepastian akhir yang jelas. Ditambah lagi dengan terjadinya tarik ulur kepentingan (politik) para elit politik maupun para penguasa, menyebabkan beberapa kasus yang diduga merupakan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, yang semestinya dapat dituntut berdasar prinsip pertanggungjawaban komando, yang hingga saat ini terkesan masih diabaikan hendaknya segera diungkap dan dituntaskan sesuai ketentuan hukum dan perundangan yang berlaku. Sebab tanpa itu, Indonesia yang *notabene* negara hukum dapat digolongkan sebagai negara yang tidak serius memerangi praktik *impunity* terhadap pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu pelanggaran HAM berat, yang semestinya dapat dituntut berdasarkan pertanggungjawaban komando. Fenomena praktik *impunitas* hingga dewasa ini menunjukkan pertimbangan-pertimbangan

kepentingan politik, ekonomi jangka pendek dan bahkan militer masih dominan ketimbang kepentingan penegakan HAM dan keadilan.²²⁶

Penyebab penerapan praktik *impunity* dalam berbagai kasus pelanggaran HAM berat utamanya yang berupa kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, selain bersifat *faktual* juga bersifat *normatif*²²⁷ Secara *faktual* menunjukkan bahwa berbagai pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, tidak pernah terusut tuntas karena kurangnya keseriusan dan *good will* pemerintah beserta aparatnya, yang justru terlibat didalamnya sebagai pelaku kejahatan. Selain penyebab yang bersifat *faktual*, penyebab penerapan praktik *impunity* yang *normatif* yaitu dengan cara pemberlakuan *amnesti* umum atau dengan cara mengajukan pelaku ke pengadilan yang kemudian *memvonis* dengan hukuman ringan karena yang terjadi hanyalah kesalahan prosedur atau *vonis* bebas karena telah melakukan tugas sesuai perintah, sebagaimana tampak dalam persidangan peristiwa kasus Trisakti, dan Semanggi *via* peradilan Militer di Jakarta beberapa silam.

Oleh karena itu, pemahaman yang bersifat *komprehensif* terhadap eksistensi Statuta Roma sebagai dasar pembentukan ICC, sangatlah penting untuk memutus mata rantai *impunity* yang melekat pada para penguasa negara yang bersifat otoriter maupun perangkat hukum yang diciptakan untuk melindungi kepentingannya, sehingga terkesan pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, yang semestinya dapat dituntut

²²⁶ Abdul Hakim Garuda Nusantara, *Sebuah Upaya Memutus Impunitas : Tanggung Jawab Komando Dalam Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia*, Jurnal HAM Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Jakarta, Vol. 2 No. 2 Nopember 2004, halaman viii

²²⁷ Ivan A Hadar, *Impunidad*, Kompas, 24 Januari 2000, halaman 4.

berdasarkan pertanggungjawaban komando, tidak mampu tersentuh hukum, baik HN maupun HI. Adapun dasar pertimbangan pentingnya memutus mata rantai praktik *impunity* bagi para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan atau *crime against humanity*, adalah :²²⁸

- a. kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat, dipandang sebagai suatu kejahatan paling serius yang menjadi musuh dan perhatian masyarakat internasional, dan dipandang pula sebagai *hostis humanis generis* (musuh bersama seluruh umat manusia);
- b. tekad untuk memutuskan mata rantai *impunity* bagi para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan ini diharapkan mampu memberikan kontribusi kepada suatu upaya pencegahan terulangnya kejahatan serupa di kemudian hari, mengingat kebengisan dan kekejaman kejahatan tersebut;
- c. merupakan tugas dari setiap negara untuk melaksanakan *yurisdiksi* pidananya terhadap orang-orang yang bertanggung jawab atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai kejahatan internasional.

Dengan demikian, untuk kepentingan generasi sekarang maupun generasi yang akan datang, maka perlu dibentuk suatu peradilan HAM yang merupakan bentuk peradilan yang bersifat khusus atas pelanggaran HAM berat, yang dalam hal ini salah satunya diantaranya adalah berupa kejahatan terhadap kemanusiaan. Sehubungan dengan hal di atas, diharapkan kebijakan legislatif yang telah dilakukan Pemerintah (selaku eksekutif, pen) bersama DPR (selaku

²²⁸ Lihat dalam Konsideran Statuta Roma Tahun 1998 tentang *International Criminal Court* (ICC).

legislatif, pen) sebagaimana tercermin khususnya dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang menjadi dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan tidak bertentangan dengan asas-asas maupun norma-norma hukum yang telah diterima “masyarakat internasional” dalam rangka memutus mata rantai praktik *impunity*. *Impunity* tersebut secara sederhana diartikan sebagai bentuk upaya perlindungan hukum yang sengaja dilakukan oleh suatu rezim penguasa atas para pelaku pelanggaran HAM berat, dengan indikasi antara lain :

- a. tidak ada aturan hukum yang dijadikan dasar penghukuman atau terjadi kekosongan hukum akan tetapi tidak ada kemauan (*good will*) politik rezim penguasa untuk membuat aturan hukum dimaksud;
- b. aturan hukum ada atau sudah dibuat sehingga dapat dijadikan dasar penuntutan terhadap para pelaku pelanggaran HAM berat, akan tetapi dalam proses peradilanannya dilakukan dengan setengah hati, berpura-pura maupun bersandiwara, ataupun jika dilakukan penghukuman terhadap pelaku maka dihukum berdasarkan ketentuan hukum yang ringan sehingga menimbulkan rasa ketidakadilan di negara yang *nota bene* memproklamasikan diri sebagai negara hukum.

Urgensi pembuatan UU No. 26 tahun 2000 sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dalam kerangka memutus praktik *impunity*, merupakan bentuk pertanggungjawaban negara Indonesia untuk mengadili dan menghukum para pelakunya atas kejahatan yang tergolong sebagai *international*

crimes yang menjadi musuh bersama umat manusia (*hostis humanis generis*). Patut untuk dikemukakan bahwa suatu negara tidak dapat menjadikan hukum negaranya dalil pembenaran maupun sebagai alasan untuk menolak pertanggungjawaban negara berdasarkan HI.

Dengan kedaulatannya, negara mempunyai kekuasaan untuk menetapkan hukum, melaksanakannya dengan mengadili dan menghukum pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu *international crimes* dalam HI. Mengingat negara merupakan suatu *entitas* yang tidak dapat dipidana, maka pertanggungjawaban negara atas tindakan atau perbuatan yang melanggar HI antara lain dapat dilakukan dengan pemberian ganti rugi, permintaan maaf, jaminan tidak akan terulang, dan mengadili para pelaku kejahatan yang tergolong sebagai *international crimes*. Selain itu juga sejalan dengan prinsip *aut dedere aut puniere (aut judicare)* dalam Hukum Pidana Internasional, yang dimaksudkan untuk mencegah adanya tempat berlindung pelaku kejahatan internasional termasuk didalamnya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Menurut prinsip di atas, apabila pelaku berada di wilayah yurisdiksi suatu negara, maka negara tersebut harus mengadili dan menghukum pelaku berdasarkan hukum pidananya atau mengekstradisikan ke negara lain yang memiliki dan hendak melaksanakan yurisdiksinya. Yurisdiksi yang dalam bahasa latinnya *yurisdictio* diartikan sebagai hak, kekuasaan, atau kewenangan berdasarkan hukum.²²⁹ Dengan demikian yurisdiksi negara mempunyai unsur-unsur sebagai berikut :

²²⁹ I Wayan Parthiana, *Op Cit*, halaman 292

- a. Hak, kekuasaan atau kewenangan, dimana dengan hal tersebut suatu negara akan dapat berbuat atau melakukan sesuatu, yang tentunya harus berdasarkan atas HI;
- b. Mengatur (legislatif, eksekutif dan yudikatif), dimana hak, kekuasaan dan kewenangan untuk melakukan sesuatu dalam hal ini adalah untuk mengatur atau mempengaruhi, yang didalamnya mencakup membuat atau menetapkan peraturan (legislatif), melaksanakan atau menerapkan peraturan yang telah dibuat atau ditetapkan (eksekutif), memaksakan sanksi atau mengadili dan menghukum pihak yang melanggar peraturan tersebut (yudikatif)
- c. Objek (hal, peristiwa, masalah, orang, benda, dan lain sebagainya), dimana hak suatu negara untuk mengatur hal tersebut. Hak negara untuk mengatur tersebut ditujukan terhadap suatu objek yang memang dapat ditundukkan pada peraturan yang dibuat, dilaksanakan, dan dipaksakan olehnya. Dalam hal ini objek tersebut dapat berbentuk : hal, peristiwa, masalah, orang, benda, dan lain sebagainya.
- d. Tidak semata-mata masalah dalam negeri (*not exclusively of domestic concern*), dalam artian terhadap permasalahan dalam negeri (*domestic*) suatu negara, maka tunduk pada yurisdiksi nasional negara tersebut. Sedangkan terhadap permasalahan yang mengandung aspek internasional tunduk pada HI.
- e. Hukum nasional sebagai dasar atau landasannya, yang mana dalam hal ini HI memberikan hak, kekuasaan, dan kewenangan kepada suatu negara untuk mengatur objek yang semata-mata bukan merupakan masalah dalam negeri.

Pembuatan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang akan dipergunakan sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia sekaligus memutus praktik *impunity*, merupakan bentuk dari penerapan yurisdiksi legislatif. Yurisdiksi legislatif adalah yurisdiksi suatu negara untuk membuat atau menetapkan suatu peraturan perundang-undangan, untuk mengatur suatu objek atau masalah yang tidak semata-mata bersifat domestik. Yurisdiksi legislatif ini muncul apabila atas suatu masalah, tidak terdapat pengaturannya dalam undang-undang nasionalnya. Titik berat dari yurisdiksi legislatif ini yaitu ada atau tidaknya hak, kekuasaan, atau kewenangan dari suatu negara untuk mengaturnya. Pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dalam KUHP maupun perundangan nasional lainnya belum diatur, sehingga upaya pembuatan dan pengesahan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM merupakan hal yang tepat.

Selanjutnya patut untuk dikemukakan pula beberapa pertimbangan mendasar diberlakukannya UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang meliputi pertimbangan yang bersifat yuridis, sosiologis, politik maupun pertimbangan filosofis. Adapun yang menjadi dasar pertimbangan yuridis pemberlakuan UU No. 26 tahun 2000 antara lain adalah :

- a. Peraturan perundang-undangan yang berlaku belum dapat menjangkau setiap pelanggaran HAM berat, karena rumusan pelanggaran HAM berat tidak sama dengan rumusan dalam KUHP.

- b. Sifat atau kualitas tindak pidana atau kejahatan yang terkandung dalam pelanggaran HAM berat adalah kejahatan yang sangat luar biasa atau *extraordinary crimes*, sedangkan ketentuan dalam KUHP hanya mengatur kualitas tindak pidana atau kejahatan yang termasuk *ordinary crimes*.
- c. Sistem hukum pidana di Indonesia masih memungkinkan untuk memberlakukan ketentuan hukum pidana khusus yang ditujukan untuk mengatur setiap kejahatan yang belum diatur dalam KUHP dan memiliki sifat khusus atau luar biasa dengan tujuan untuk menciptakan kepastian hukum dan keadilan bagi korban dan keluarga korban pelanggaran HAM berat.

Dasar pertimbangan sosiologis pemberlakuan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, adalah adanya realitas perkembangan pelanggaran HAM berat di Indonesia dari perspektif historis dapat dikatakan telah terjadi sejak terjadinya peristiwa G 30 S PKI hingga saat ini, terutama peristiwa di Timtim pasca jajak pendapat dan beberapa daerah lainnya sebagaimana tersimpul dari rekomendasi hasil penyelidikan yang dilakukan Komnas HAM. Pemiarian terhadap realitas yang demikian, dapat menyebabkan pelanggaran HAM berat serupa dikemudian hari tidak tertutup kemungkinan terjadi lagi dalam bentuk dan kualitas yang lebih keji dan kejam diluar batas perikemanusiaan. Oleh karena itu, adalah tepat Indonesia sebagai anggota PBB dan juga merupakan bagian dari “masyarakat internasional” telah meratifikasi instrumen-instrumen internasional tentang HAM dan telah pula memberlakukan UU No. 39 tahun 1999 maupun Tap MPR-RI No. XVII/MPR/1999 tentang HAM. Berdasarkan hal tersebut, maka upaya untuk menempatkan secara sejajar dengan bangsa yang beradab lainnya

dengan membentuk dan memberlakukannya UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, merupakan kebijakan dan langkah yang tidak dapat terelakan oleh negara Indonesia.

Pertimbangan politik pemberlakuan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, dapat dikemukakan bahwa pelanggaran HAM berat bersifat politik. Pelanggaran HAM berat tersebut pada umumnya dilakukan oleh suatu organisasi kelompok orang yang memiliki kekuasaan dan sebagian besar pelanggaran HAM berat dilakukan oleh suatu pemerintahan yang sah terhadap rakyatnya. Untuk mengantisipasi perkembangan pelanggaran HAM berat semakin dahsyat, meningkat, dan merugikan politik luar negeri negara Indonesia, maka pemberlakuan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM merupakan suatu bentuk tuntutan peradaban yang tidak terelakan. Pemberlakuan UU No. 26 tahun 2000 justru ketika “masyarakat internasional” dalam wadah PBB telah mengadopsi Statuta Roma 1998 yang menjadi dasar pendirian *ICC*. Dengan demikian, jika dilihat dari sisi politik internasional, pemberlakuan UU No. 26 tahun 2000 tersebut secara positif Indonesia sudah lebih maju dibandingkan dengan negara lainnya.

Sedangkan pertimbangan secara filosofis pemberlakuan UU No. 26 tahun 2000, dapat dikemukakan bahwa penetapan berlakunya undang-undang tersebut merupakan wujud nyata dari pemikiran para pendiri negara Indonesia sebagaimana tercantum dalam Pembukaan UUD 1945, yaitu menciptakan kesejahteraan bangsa yang antara lain didasarkan pada sila kemanusiaan yang adil dan beradab serta menjalankan politik luar negeri yang bebas dan aktif.

B.1. Substansi Umum UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM Dan Problematikanya

Di Indonesia UU No. 26 tahun 2000²³⁰ menjadi dasar hukum dalam menuntut dan mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Pasal 1 butir (3) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, menyebutkan bahwa pengadilan HAM merupakan pengadilan khusus yang mempunyai yurisdiksi sangat terbatas dan khusus atas kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai bentuk pelanggaran HAM berat dimana para pelakunya dapat dituntut dan diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando.²³¹ Dengan demikian, UU No. 26 tahun 2000 secara limitatif telah menetapkan dua jenis pelanggaran HAM berat (genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan), yang menjadi kompetensi pengadilan HAM untuk mengadili pelakunya berdasar prinsip pertanggungjawaban komando. Adapun yang menjadi dasar pertimbangan pengesahan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM,²³² tanggal 23 Nopember 2000 adalah :²³³

²³⁰ Pengadilan HAM dalam struktur lembaga peradilan berada di lingkungan Pengadilan Umum. Untuk wilayah Jakarta Pusat meliputi : DKI Jakarta, Jabar, Banten, Sumsel, Lampung, Bengkulu, Kalbar, Kalteng. Untuk Surabaya meliputi : Jatim, Jateng, DIY, Bali, Kalsel, Kaltim, NTB, NTT. Untuk Makasar meliputi : Sulsel, Sultenggara, Sulteng, Sulut, Maluku, Maluku Utara, Irja. Untuk Medan meliputi : Sumut, Aceh, Riau, Jambi, Sumbar

²³¹ Lihat dalam ketentuan Pasal 42 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang disahkan Pemerintah dan DPR RI pada tanggal 23 Nopember 2000.

²³² Landasan hukum UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, sebagaimana tersurat dalam bagian pertimbangan, adalah : (1). Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 20 ayat (2) UUD 1945; (2). UU

1. HAM merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia, bersifat universal dan langgeng, oleh karena itu harus dilindungi, dihormati, dipertahankan, dan tidak boleh diabaikan, dikurangi, atau dirampas oleh siapapun;
2. Untuk ikut serta memelihara perdamaian dunia dan menjamin pelaksanaan HAM serta memberi perlindungan, kepastian, keadilan, dan perasaan aman kepada perorangan ataupun masyarakat;
3. Tujuan pembentukan pengadilan HAM untuk menyelesaikan pelanggaran HAM berat, sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 104 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, yang menyebutkan bahwa untuk mengadili pelaku pelanggaran HAM berat perlu dibentuk suatu pengadilan HAM yang berada di lingkungan peradilan umum;
4. Upaya pembentukan pengadilan HAM untuk menyelesaikan berbagai peristiwa yang patut diduga sebagai pelanggaran HAM berat, melalui penerapan prinsip pertanggungjawaban komando telah diupayakan oleh Pemerintah Indonesia berdasarkan Perpu No. 1 tahun 1999 tentang Pengadilan

No. 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman sebagaimana telah diubah dengan UU No. 35 tahun 1999 tentang Perubahan Atas UU No. 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman; (3). UU No. 2 tahun 1986 tentang Peradilan Umum; (4). UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM.

²³³ UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM tersebut terdiri dari 9 bab dan 51 pasal, dengan perincian : (a). Bab I : Ketentuan Umum, terdiri dari 1 pasal, yaitu Pasal 1; (b). Bab II : Kedudukan Dan Tempat Kedudukan Pengadilan HAM, terdiri dari 2 pasal, yaitu Pasal 2 s/d Pasal 3; (c). Bab III : Lingkup Kewenangan, terdiri dari 6 pasal, yaitu Pasal 4 s/d Pasal 9; (d). Bab IV : Hukum Acara, terdiri dari 24 pasal, yaitu Pasal 10 s/d Pasal 33; (e). Bab V : Perlindungan Korban dan Saksi, terdiri dari 1 pasal, yaitu Pasal 34; (f). Bab VI : Kompensasi, Restitusi, dan Rehabilitasi, terdiri dari 1 pasal, yaitu Pasal 35; (g). Bab VII : Ketentuan Pidana, terdiri dari 7 pasal, yaitu Pasal 36 s/d Pasal 42; (h). Bab VIII : Pengadilan HAM Ad Hoc, terdiri dari 2 pasal, yaitu Pasal 43 s/d Pasal 44; (i). Bab IX : Ketentuan Peralihan, terdiri dari 1 pasal, yaitu Pasal 45; (j). Bab X : Ketentuan Penutup, terdiri dari 6 pasal, yaitu Pasal 46 s/d Pasal 51.

HAM, yang mana karena dinilai tidak memadai maka Perpu tersebut tidak disetujui oleh DPR-RI menjadi suatu undang-undang sehingga Perpu tersebut dinyatakan tidak berlaku.

Bab I Ketentuan Umum pada Pasal 1 butir (1) UU No. 26 tahun 2000, menyebutkan bahwa pelanggaran HAM berat adalah pelanggaran HAM sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini. Penyebutan ruang lingkup pelanggaran HAM berat²³⁴ dalam Pasal 1 butir (1) UU No. 26 tahun 2000 tersebut, ada beberapa hal yang patut penulis kemukakan, yaitu :

pertama, penyebutan “Pelanggaran ... adalah pelanggaran HAM ...” (garis bawah penulis-red) bisa menimbulkan multi tafsir, dimana masih dapat diperdebatkan apakah yang dimaksudkan dalam ketentuan Pasal 1 butir (1) tersebut adalah pelanggaran HAM berat, HAM ringan atau HAM campuran antara HAM berat dan HAM ringan. Menurut hemat penulis untuk menghindari perdebatan yang demikian, semestinya disebutkan saja secara tegas dengan kata pelanggaran HAM berat pula. Penyebutan bab I yang memuat ketentuan umum dimaksudkan sebagai pasal awal yang memuat batasan atau ruang lingkup dari suatu substansi dari objek suatu undang-undang atau peraturan, sudah selayaknya harus dirumuskan secara tegas dan jelas. Kedua, mengingat istilah pelanggaran HAM berat mempunyai peranan yang sangat penting, semestinya hal tersebut termuat dalam

²³⁴ Pasal 4 menyebutkan bahwa : “Pengadilan HAM bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat”. Pasal 5 menyebutkan bahwa : “Pengadilan HAM berwenang juga memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan di luar batas teritorial wilayah negara RI oleh warga Negara Indonesia”. Pasal 6 menyebutkan bahwa : “Pengadilan HAM tidak berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan oleh seseorang yang berumur di bawah delapan belas tahun pada saat kejahatan dilakukan”.

bab khusus, namun dalam ketentuan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM tidaklah demikian. Pelanggaran HAM berat dimasukkan dalam bab II lingkup kewenangan, yang mana untuk pemuatan Pasal 4 s/d Pasal 6 penulis sangat setuju, karena memang memuat substansi kewenangan dari pengadilan HAM, namun pemuatan Pasal 7 s/d Pasal 9 penulis sangat tidak setuju, karena jika dibaca dalam pasal-pasal tersebut sama sekali tidak memuat/mencerminkan substansi tentang lingkup kewenangan.²³⁵ Ketiga, dalam UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, dalam bab I ketentuan umum Pasal 1 butir (6)²³⁶ telah memberikan batasan atau ruang lingkup tentang pelanggaran HAM secara jelas dan tegas. “Lahirnya” UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, sebenarnya telah diamanatkan dalam ketentuan Pasal 104 ayat (1)²³⁷ UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM. Selain itu, dalam penjelasan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang berkaitan dengan istilah pelanggaran HAM berat tidak diberikan penjelasan lebih lanjut, atau dengan lain perkataan, disebutkan dalam penjelasan dengan kata cukup jelas.

²³⁵ Pasal 7 menyebutkan bahwa : “Pelanggaran HAM yang berat meliputi : a. kejahatan genosida; b. kejahatan terhadap kemanusiaan”. Pasal 8 menyebutkan bahwa : “Kejahatan genosida sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf a adalah setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, dst nya ...kelompok lain”. Pasal 9 menyebutkan bahwa : “Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang diketahuinya bahwa serangan tersebut..... dst nya kejahatan *apartheid*.”

²³⁶ Pasal 1 butir keenam (6) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM selengkapnya menyebutkan bahwa “ Pelanggaran HAM adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalian yang secara melawan hukum mengangri, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut HAM seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku”.

²³⁷ Pasal 104 ayat (1) UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM menyebutkan bahwa : “Untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat dibentuk Pengadilan HAM di Lingkungan Peradilan Umum”.

Pasal 1 angka 2 UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa pelanggaran HAM berat adalah pelanggaran HAM sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini. Selanjutnya Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa pelanggaran HAM berat meliputi kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Sedangkan penjelasan Pasal 7 disebutkan bahwa kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam ketentuan ini sesuai dengan *Rome Statute Of The International Criminal Court*, dimana kedua kejahatan tersebut diatur dalam Pasal 6 dan dalam Pasal 7.

Kejahatan Genosida adalah :

“Setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan cara : a). membunuh anggota kelompok; b). mengakibatkan penderitaan fisik atau mental yang berat terhadap anggota-anggota kelompok; c). menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik baik seluruh atau sebagiannya; d). memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok; atau e). memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain (Pasal 8 UU No. 26 tahun 2000).

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). 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*' (Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000).

Dalam penjelasan Pasal 9 disebutkan bahwa yang dimaksud dengan serangan yang ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil adalah suatu rangkaian perbuatan yang dilakukan terhadap penduduk sipil sebagai kelanjutan kebijakan penguasa atau kebijakan yang berhubungan dengan organisasi. Dalam *point* (a) dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan pembunuhan adalah pembunuhan sebagaimana tercantum dalam Pasal 340 KUHP. Sedangkan *point* dalam huruf (b) dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan pemusnahan meliputi perbuatan yang menimbulkan penderitaan yang dilakukan dengan sengaja, antara lain berupa perbuatan menghambat pemasokan barang makanan dan obat-obatan yang dapat menimbulkan pemusnahan pada sebagian penduduk. *Point* (c) menjelaskan yang dimaksud dengan perbudakan dalam ketentuan ini termasuk perdagangan manusia, khususnya perdagangan wanita dan anak-anak. Selanjutnya dalam pada *point* huruf (d) dijelaskan yang dimaksud pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa adalah pemindahan orang-orang secara paksa dengan cara pengusiran atau tindakan pemaksaan yang lain dari daerah dimana mereka bertempat tinggal secara sah, tanpa didasari alasan yang diijinkan oleh Hukum Internasional. *Point* huruf (f) menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan penyiksaan dalam ketentuan ini adalah dengan sengaja dan melawan hukum menimbulkan kesakitan atau penderitaan yang berat, baik fisik maupun mental, terhadap seorang tahanan atau seseorang yang berada di bawah pengawasan. *Point* huruf (i) menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan penghilangan orang secara paksa yaitu penangkapan, penahanan, atau penculikan seseorang oleh atau dengan

kuasa, dukungan atau persetujuan dari negara atau kebijakan organisasi, diikuti oleh penolakan untuk mengakui perampasan kemerdekaan tersebut atau untuk memberikan informasi tentang nasib atau keberadaan orang tersebut, dengan maksud untuk melepaskan dari perlindungan hukum dalam jangka waktu yang panjang. Terakhir *point* huruf (j) menjelaskan yang dimaksud dengan kejahatan *apartheid* adalah perbuatan tidak manusiawi dengan sifat yang sama dengan sifat-sifat yang disebutkan dalam Pasal 8 yang dilakukan dalam konteks suatu rezim kelembagaan berupa penindasan dan dominasi oleh suatu kelompok rasial atas suatu kelompok atau kelompok-kelompok ras lain dan dilakukan dengan maksud untuk mempertahankan rezim itu. Sedangkan pada *point* huruf (e), (g), dan (h) pada bagian penjelasannya hanya memberi keterangan cukup jelas.

Permasalahannya adalah apakah peristiwa yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat yang pelakunya hendak dituntut berdasar prinsip pertanggungjawaban komando tersebut terjadi sebelum ataukah sesudah berlakunya UU No. 26 tahun 2000. Atas permasalahan tersebut, ketentuan Pasal 43 UU No. 26 tahun 2000, telah menyebutkan bahwa :

1. Untuk peristiwa yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum berlakunya UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, akan diadili oleh pengadilan HAM *ad hoc*;
2. Pembentukan pengadilan HAM *ad hoc* untuk mengadili para pelaku yang patut diduga telah melakukan pelanggaran HAM berat sebelum berlakunya UU No. 26 tahun 2000, dilakukan atas usulan DPR-RI dan selanjutnya ditetapkan dalam suatu produk hukum yang berbentuk Keppes;

3. Pengadilan HAM *ad hoc* dimaksud dalam struktur kelembagaan sistem peradilan yang berlaku di negara Indonesia, termasuk dalam lingkup peradilan umum;
4. Untuk peristiwa yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat yang terjadi setelah berlakunya UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, maka akan diadili oleh pengadilan HAM yang tidak lagi bersifat *ad hoc*, namun telah bersifat permanen.

Patut dikemukakan bahwa dalam UU No. 26 tahun 2000, tidak terdapat satu pasal pun yang mengatur pengertian/batasan/definisi/ruang lingkup tentang istilah pelanggaran HAM berat. Pemuatan pengertian atau batasan atau definisi atau ruang lingkup demikian sangatlah penting, guna menghindari timbulnya persoalan hukum. Hal demikian jika dilihat dari teori kebijakan legislatif atau formulatif mencerminkan adanya ketidaksempurnaan dalam memformulasikan hal-hal yang semestinya terformulasikan dengan lengkap, jelas dan tegas tanpa menimbulkan multi tafsir.

UU No. 26 tahun 2000, hanya menyebutkan atau mengklasifikasikan kategori dua²³⁸ jenis kejahatan yang merupakan pelanggaran HAM berat, yaitu kejahatan genosida (*crimes of genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*). Kedua jenis kejahatan yang tergolong dalam pelanggaran HAM berat tersebut, secara tegas telah diatur dalam ketentuan Pasal 1 angka 2, *junto* Pasal 7 beserta penjelasannya, dan *junto* Pasal 8 dan Pasal 9

²³⁸ Lihat dalam ketentuan Pasal 1 angka 2, *junto* Pasal 7 beserta penjelasannya, dan *junto* Pasal 9 beserta penjelasannya dari UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

berserta penjelasan. Di samping itu, UU No. 26 tahun 2000, juga telah mengklasifikasikan pelanggaran HAM berat sebagai *extraordinary crimes*, yaitu sebagai suatu kejahatan yang mempunyai dampak secara luas, baik pada tingkat nasional maupun internasional serta bukan merupakan suatu tindak pidana biasa sebagaimana diatur dalam KUHP.

Penetapan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai *extraordinary crime* yang pelakunya hendak dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, dilandasi pemikiran bahwa kejahatan tersebut oleh komunitas internasional dipandang sebagai suatu bentuk *international crimes* yang mewajibkan semua negara (*erga omnes*) untuk mengadili para pelakunya *via* peradilan nasional maupun internasional. Hal demikian didasarkan pada suatu realitas :

- a. Dimasukkannya kejahatan terhadap kemanusiaan, bersamaan dengan kejahatan terhadap perdamaian (*crimes against peace*) dan kejahatan perang (*crimes of war*) sebagai kejahatan yang termasuk yurisdiksi *International Military Tribunal* yang dibentuk berdasarkan *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis* (Persetujuan bagi Penuntutan dan Penghukuman Penjahat-Penjahat Utama Poros Eropa), yang dibuat di London pada tanggal 8 agustus 1945.
- b. Dinyatakannya kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai kejahatan menurut HI (*crime under international law*) oleh MU PBB dengan Resolusi No. 96 (1) tanggal 11 Desember 1946.

- c. Dimasukannya kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai pelanggaran serius terhadap HHI yang berada di bawah kewenangan penuntutan dari *International Criminal Tribunal Yugoslavia*, yang dilakukan di wilayah bekas Yugoslavia sejak tahun 1991, dan *International Criminal Tribunal Rwanda* 1994.
- d. Dimasukannya kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai pelanggaran serius terhadap HHI yang berada di bawah kewenangan penuntutan dari *International Criminal Tribunal Rwanda*, yang terjadi di wilayah Rwanda tahun 1994.
- e. Paragraf 6 *Preamble Rome Statute of International Criminal Court* 1998, menyatakan bahwa adalah kewajiban bagi setiap negara untuk menerapkan yurisdiksi pidana terhadap mereka yang bertanggung jawab atas kejahatan internasional. Selanjutnya dalam Pasal 5 s/d Pasal 7, dinyatakan pula bahwa yurisdiksi *International Criminal Tribunal*, terbatas pada *the most serious crimes of concern to the international community as a whole*, meliputi kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, di samping kejahatan perang dan kejahatan agresi.

UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, menyebutkan bahwa pengadilan HAM merupakan suatu pengadilan khusus yang mempunyai yurisdiksi sangat terbatas dan khusus, yaitu atas kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Di atas telah dikemukakan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) bukanlah merupakan kejahatan biasa (*ordinary crime*) menurut KUHP, akan tetapi merupakan bentuk kejahatan yang luar biasa (*extraordinary crime*). Dengan demikian secara teoritis, UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, merupakan *lex specialis* bagi KUHP, dengan

konsekuensi bahwa didalamnya terdapat ketentuan yang menyimpang dari ketentuan yang terdapat dalam KUHP. Penyimpangan demikian, antara lain seperti dapat diterapkannya asas *retroaktif* dalam UU No. 26 tahun 2000, ketentuan yang menyimpang dari ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP, yang memuat asas legalitas. Namun UU No. 26 tahun 2000, sebagai *lex specialis*, tidak dibuat hukum acara tersendiri secara lengkap. Ketiadaan hukum acara sendiri yang lengkap dari undang-undang tersebut, merupakan salah satu bentuk kelemahan dari UU No. 26 tahun 2000, dilihat dari teori kebijakan legislatif atau formulatif. Hal demikian tampak pada Pasal 10 UU No. 26 tahun 2000 yang menegaskan bahwa dalam hal tidak ditentukan lain dalam undang-undang ini, hukum acara atas perkara pelanggaran HAM berat dilakukan berdasarkan ketentuan hukum acara pidana. Dengan kata lain hukum acara dalam UU No. 26 tahun 2000 adalah UU No. 8 tahun 1981 tentang KUHAP.

Terdapat ketidak konsistenan sebagaimana diformulasikan dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang menyatakan bahwa, pertama, kejahatan yang diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 adalah kejahatan luar biasa (*extraordinary crimes*) dan, kedua, kejahatan yang diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 bukan merupakan tindak pidana sebagaimana diatur dalam KUHP. Demi konsistensi konseptual, seharusnya UU No. 26 tahun 2000 mempunyai hukum acara sendiri yang lengkap, seperti halnya Statuta ICTY 1993, Statuta ICTR 1994, dan Statuta Roma 1998.

Ketiadaan hukum acara tersendiri tersebut telah menimbulkan persepsi di kalangan lembaga penyidik bahwa penyelidikan menurut UU No. 26 tahun 2000,

tetap merupakan subsistem penyidikan, sebagaimana tercermin dalam KUHAP, bukan fungsi yang independen dari fungsi penyidikan. Persepsi demikian berarti bahwa penyelidik harus menuruti semua kehendak penyidik apabila penyelidik tidak ingin hasil penyelidikannya tidak ditindaklanjuti oleh penyidik. Persepsi demikian sudah tentu keliru, karena penetapan lembaga penyelidik yang terpisah dari lembaga penyidik, jadi berlainan dengan sistem menurut KUHAP dimana penyelidik dan penyidik berada di tangan lembaga yang sama. Menurut Pasal 18 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 beserta penjelasannya, memang dimaksudkan untuk menjaga independensi proses dan hasil penyelidikan, termasuk independensi dari pengaruh atau bahkan tekanan penyidik.

Dengan demikian menurut UU No. 26 tahun 2000, penyelidikan bukanlah merupakan subsistem penyidikan, berlainan halnya menurut KUHAP. Penyelidikan atas peristiwa yang patut diduga telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, dilakukan oleh Komnas HAM. Dalam menjalankan tugas penyelidikan Komnas HAM dapat membentuk tim *ad hoc*, dengan kewenangan sebagai berikut :

- a. Menyelidiki dan memeriksa peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat;
- b. Menerima pengaduan atas dugaan terjadinya pelanggaran HAM berat;
- c. Melakukan pemanggilan terhadap para pihak yang terkait dengan peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat;

- d. Meninjau lokasi terjadinya peristiwa dan mengumpulkan berbagai informasi yang terkait dengan peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat;
- e. Melakukan pemeriksaan surat atau dokumen lainnya, penggeledahan, penyitaan, pemeriksaan setempat, dan mendatangkan ahli;
- f. Menyerahkan hasil penyelidikan kepada penyidik Kejaksaan Agung

Hasil penyelidikan atas suatu peristiwa yang patut diduga telah terjadi pelanggaran HAM berat oleh Komnas HAM tersebut, diserahkan pada Jaksa Agung guna dilakukannya proses penyidikan dan penuntutan yang akan dilakukan oleh Jaksa Agung.²³⁹ Kewenangan Jaksa Agung sebagai penyidik pelanggaran HAM berat berdasarkan Pasal 21 UU No. 26 tahun 2000 meliputi penangkapan (Pasal 11) untuk kepentingan penyidikan, penahanan (Pasal 12) baik untuk kepentingan penyidikan (Pasal 13)²⁴⁰ maupun penuntutan (Pasal 14),²⁴¹ pemeriksaan sidang pengadilan (Pasal 15),²⁴² banding (Pasal 16)²⁴³ maupun kasasi

²³⁹ Jaksa Agung dapat melakukan penahanan untuk kepentingan : a). penyidikan selama 90 hari; b). penuntutan selama 30 hari; c). pemeriksaan di pengadilan selama 90 hari; d). pemeriksaan di tingkat banding selama 60 hari; dan e). pemeriksaan di tingkat kasasi selama 60 hari.

²⁴⁰ Penahanan untuk kepentingan penyidikan paling lama 90 hari. Jangka waktu tersebut dapat diperpanjang selama 90 hari oleh ketua pengadilan HAM. Dalam hal jangka waktu tersebut habis dan penyidikan belum dapat diselesaikan, maka penahanan dapat diperpanjang selama 60 hari oleh ketua pengadilan HAM sesuai dengan daerah hukumnya.

²⁴¹ Penahanan untuk kepentingan penuntutan paling lama 30 hari. Jangka waktu tersebut dapat diperpanjang selama 20 hari oleh ketua pengadilan HAM. Dalam hal jangka waktu tersebut habis dan penuntutan belum selesai, maka penahanan dapat diperpanjang selama 20 hari oleh ketua pengadilan HAM sesuai dengan daerah hukumnya.

²⁴² Penahanan untuk kepentingan pemeriksaan di sidang pengadilan HAM dapat dilakukan paling lama 90 hari. Jangka waktu tersebut dapat diperpanjang selama 30 hari oleh ketua pengadilan HAM sesuai dengan daerah hukumnya.

²⁴³ Penahanan untuk kepentingan pemeriksaan banding di Pengadilan Tinggi dapat dilakukan paling lama 60 hari. Jangka waktu tersebut dapat diperpanjang selama 30 hari oleh ketua Pengadilan Tinggi sesuai dengan daerah hukumnya.

(Pasal 17).²⁴⁴ UU No. 26 tahun 2000, juga telah menyebutkan bahwa proses peradilan bagi para pelaku pelanggaran HAM berat akan dilakukan oleh majelis hakim peradilan HAM tingkat pertama (PN), banding (PT) maupun kasasi (MA) yang terdiri dari lima (5) orang, dengan perincian dua (2) orang hakim karir dan tiga (3) orang hakim *non* karir, yang diangkat dan diberhentikan oleh Presiden atas usulan ketua MA dengan masa jabatan selama lima (5) tahun dan dapat diangkat kembali. Sedangkan jangka waktu pemeriksaan hingga penjatuhan putusan dalam persidangan di Pengadilan HAM selama 180 hari (Pasal 31), di tingkat banding Pengadilan Tinggi selama 90 hari (Pasal 32), dan di tingkat kasasi Mahkamah Agung selama 90 hari (Pasal 33).

Persoalan lain dalam UU No. 26 tahun 2000 yang patut dikemukakan adalah yang terkait dengan perlindungan atas korban dan saksi pelanggaran HAM berat. Korban dan saksi pelanggaran HAM berat berhak atas perlindungan oleh aparat penegak hukum dan keamanan, baik secara fisik dan mental dari ancaman, gangguan, terror, dan kekerasan dari pihak manapun.²⁴⁵ Juga termasuk persoalan yang berkaitan dengan kompensasi, restitusi dan rehabilitasi bagi setiap korban pelanggaran HAM berat dan atau ahli warisnya.²⁴⁶ Ketentuan pidana atas

²⁴⁴ Penahanan untuk kepentingan pemeriksaan kasasi di Mahkamah Agung dapat dilakukan paling lama 60 hari. Jangka waktu tersebut dapat diperpanjang untuk waktu paling lama 30 hari oleh ketua Mahkamah Agung.

²⁴⁵ Lihat dalam ketentuan Pasal 34 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Tata cara perlindungan korban dan saksi pelanggaran HAM yang berat telah diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah (PP) No. 2 Tahun 2002.

²⁴⁶ Lihat ketentuan dalam Pasal 35 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Tata cara pemberian kompensasi, restitusi maupun rehabilitasi atas pelanggaran HAM yang berat telah diatur lebih lanjut dalam PP No. 3 tahun 2002.

pelanggaran HAM berat telah diatur dalam Pasal 36 s/d Pasal 41 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut :

Pasal 36 menyebutkan bahwa :

“Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 huruf a, b, c, d, atau e dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 25 (dua puluh lima) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun”.

Pasal 37 menyebutkan bahwa :

“Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf a, b, d, e, atau j dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 25 (dua puluh lima) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun”.

Pasal 38 menyebutkan bahwa :

“Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf c²⁴⁷, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 5 (lima) tahun”.

Pasal 39 menyebutkan bahwa :

“Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf f²⁴⁸, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 5 (lima) tahun”.

Pasal 40 menyebutkan bahwa :

²⁴⁷ 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 : ... c. perbudakan; ... (Pasal 9)

²⁴⁸ 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 : ... f. penyiksaan; ... (Pasal 9)

“Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9²⁴⁹ huruf g, h, atau i dipidana dengan pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun”.

Pasal 41 menyebutkan :

“Percobaan, permufakatan jahat, atau pembantuan untuk melakukan pelanggaran sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 atau Pasal 9 dipidana dengan pidana yang sama dengan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 36, Pasal 37, Pasal 38, Pasal 39, dan Pasal 40”.

Pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM telah diatur dalam ketentuan Pasal 42. Pada bagian akhir yang memuat ketentuan penutup, telah menyebutkan bahwa dalam pelanggaran HAM berat tidak berlaku ketentuan mengenai kadaluarsa,²⁵⁰ untuk pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum berlakunya UU No. 26 tahun 2000 dimungkinkan penyelesaiannya dilakukan oleh Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi.²⁵¹ Penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan pelanggaran HAM berat yang sudah atau sedang dilaksanakan berdasarkan Perpu No. 1 tahun 1999 tentang Pengadilan HAM tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang ini.²⁵² Pasal 50 menyebutkan bahwa dengan berlakunya undang-undang ini, maka Perpu No. 1 tahun 1999 tentang Pengadilan HAM (Lembaran

²⁴⁹ 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 : ... 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;... (Pasal 9)

²⁵⁰ Lihat ketentuan Pasal 46 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

²⁵¹ Lihat ketentuan Pasal 47 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

²⁵² Lihat ketentuan Pasal 48 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 191, Tambahan Lembaran Negara No. 3911) dengan ini dicabut dan dinyatakan tidak berlaku.

B.2. Substansi Pertanggungjawaban Komando Dalam UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM

Istilah pertanggungjawaban komando merupakan suatu istilah yang relatif baru dalam khasanah ilmu hukum yang diajarkan oleh berbagai Perguruan Tinggi Negeri (PTN) maupun Perguruan Tinggi Swasta (PTS) di Indonesia. Meskipun di Indonesia sebagai istilah yang relatif baru, namun dari perspektif sejarah menunjukkan bahwa persoalan pertanggungjawaban komando (*command responsibility*) tersebut telah ada dan berkembang sejak beratus abad yang silam.

Di Indonesia secara yuridis normatif, substansi pertanggungjawaban komando pada awalnya telah termuat dalam Perpu No. 1 tahun 1999 tentang Pengadilan HAM, namun karena ditolak pada sidang paripurna DPR-RI, maka secara yuridis normatif Perpu dimaksud tidak pernah dianggap sebagai hukum positif yang berlaku di Indonesia. Sebagai tindak lanjut penolakan DPR-RI atas Perpu No. 1 tahun 1999 tersebut, pemerintah selanjutnya mengajukan Rancangan Undang-Undang (RUU) tentang Pengadilan HAM, yang akan dijadikan sebagai payung hukum dalam menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia. Disahkannya RUU tersebut menjadi UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang didalamnya memuat substansi tentang pertanggungjawaban komando atas

pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genosida²⁵³ menjadi hukum positif yang berlaku di Indonesia.

Pengesahan UU No. 26 tahun 2000, dimaksudkan sebagai dasar hukum menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat di Indonesia. Namun patut dicatat bahwa dalam UU No. 26 tahun 2000 tersebut, jika dicermati ternyata didalamnya tidak ditemukan penyebutan istilah pertanggungjawaban komando secara tegas sebagai suatu judul khusus dalam pasal dalam suatu bab. Dengan kata lain, dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, istilah pertanggungjawaban komando tidak disebutkan secara tegas dalam suatu ketentuan pasal, akan tetapi hanya tersirat dalam rumusan suatu pasalnya saja, yaitu dalam Pasal 42 ayat (1) dan (2).

Substansi pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, tidak diformulasikan/dirumuskan secara tegas/tersurat dalam bab khusus yang memuat ketentuan tentang pertanggungjawaban komando. Substansi pertanggungjawaban komando tersebut, diformulasikan/dirumuskan secara umum dalam Bab VII tentang Ketentuan Pidana yang terdiri dari Pasal 36 s/d Pasal 42. Dari ketujuh (7) pasal yang terdapat dalam Bab VII UU No. 26 tahun 2000 tersebut (Pasal 36 s/d Pasal 42), substansi pertanggungjawaban komando hanya diatur secara khusus dalam satu pasal, yaitu Pasal 42. Dengan demikian, formulasi Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tersebut dimaksudkan sebagai dasar

²⁵³ Lihat dalam ketentuan Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

hukum pengaturan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi di wilayah NKRI.

Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 yang mengatur persoalan pertanggungjawaban komando, dalam ayat kesatu dan keduanya memuat unsur-unsur pertanggungjawaban komando, sedangkan dalam ayat ketiganya memuat ketentuan tentang ancaman pidananya. Ketentuan Pasal 42 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000, diformulasikan sebagai bentuk pertanggungjawaban komando bagi para komandan militer maupun seseorang yang bertindak secara efektif sebagai komandan militer, sedangkan rumusan formulasi atas ketentuan dalam Pasal 42 ayat (2) dimaksudkan sebagai dasar hukum pertanggungjawaban komando bagi para atasan polisi dan atasan sipil lainnya.

Pasal 42 ayat (1) menyebutkan bahwa :

“Komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada di dalam yurisdiksi Pengadilan HAM, yang dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif, atau dibawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif dan tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian pasukan secara patut, yaitu :

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

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

Pasal 42 ayat (2) menyebutkan :

“Seorang atasan, baik polisi maupun sipil lainnya, bertanggungjawab secara pidana terhadap pelanggaran HAM berat yang dilakukan oleh bawahannya yang berada dibawah kekuasaan dan pengendaliannya yang

efektif, karena atasan tersebut tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar, yakni :

a. Atasan tersebut mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukkan bahwa bawahan sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat; atau

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

Berdasarkan formulasi atau rumusan Pasal 42 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 di atas, maka secara normatif unsur-unsur yang harus dipenuhi agar dapat menuntut pertanggungjawaban komando bagi para komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan adalah :

a. Harus ada seorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer yang dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana berupa pelanggaran HAM berat yang salah satunya adalah kejahatan terhadap kemanusiaan, yang berada di dalam yurisdiksi pengadilan HAM;

b. Tindak pidana tersebut harus dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif dari seorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer;

c. Tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian pasukan secara patut oleh komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer;

d. Seorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer tersebut, mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu

seharusnya mengetahui bahwa pasukannya sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat;

- e. Seorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer tersebut, tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.

Selanjutnya berdasarkan formulasi/rumusan dalam ketentuan Pasal 42 ayat (2) UU No. 26 tahun 2000 di atas, maka secara normatif unsur-unsur pertanggungjawaban komando bagi para atasan polisi dan atasan sipil lainnya yang harus dipenuhi adalah :

- a. Harus ada seorang atasan baik polisi maupun atasan sipil lainnya yang bertanggungjawab secara pidana terhadap pelanggaran HAM berat yang salah satu diantaranya berupa kejahatan terhadap kemanusiaan;
- b. Pelanggaran HAM berat tersebut harus dilakukan oleh bawahannya yang berada dibawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektifnya;
- c. Atasan polisi maupun atasan sipil lainnya tersebut tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar;
- d. Atasan polisi maupun atasan sipil lainnya tersebut mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukkan bahwa bawahan sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat;
- e. Atasan polisi maupun atasan sipil lainnya tersebut tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kewenangannya untuk

mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.

Berdasarkan unsur-unsur (tindak pidana) yang harus dipenuhi dalam pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat sebagaimana tertera dalam ketentuan Pasal 42 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM di atas, dapat disimpulkan bahwa formulasi/rumusan demikian dimaksudkan sebagai suatu bentuk delik omisi/pembiaran yang dilakukan seorang komandan militer, atasan polisi dan atasan sipil lainnya, atas pasukan atau bawahan yang berada dibawah komando dan kendali efektifnya. Secara filosofis delik omisi atau pembiaran tersebut memuat suatu perintah yang berisi kewajiban hukum yang sah kepada pihak atau para pemegang komando, baik itu para komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya yang memiliki kewenangan tertentu untuk melaksanakan suatu perintah tertentu sesuai ketentuan hukum dan perundangan yang berlaku. Dalam konteks pertanggungjawaban komando tersebut, seseorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer, seorang atasan polisi maupun atasan sipil lainnya, diberi perintah untuk melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan yang berupa pelanggaran HAM berat tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.

Berkaitan dengan pertanggungjawaban komando di atas, rumusan formulasi delik omisi dalam ketentuan Pasal 42 ayat (1) dan ayat (2) lebih merupakan masalah perumusan tindak pidana yang berupa dilarangnya seseorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer, seorang atasan polisi maupun atasan sipil lainnya, tidak melakukan sesuatu untuk melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan yang berupa pelanggaran HAM berat tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan, dari pada masalah pertanggungjawaban pidana komandan, atasan polisi dan sipil lainnya. Selain itu yang patut untuk dikemukakan dalam hal ini adalah bahwa perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 42 ayat (1) dan ayat (2) diancam dengan pidana yang sama sebagaimana dimaksud dengan ketentuan Pasal 36 s/d ketentuan Pasal 39. Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 36 s/d Pasal 39 UU No. 26 tahun 2000, dapat disimpulkan bahwa ancaman pidana atas pelanggaran HAM berat baik kategori kejahatan genosida maupun kejahatan terhadap kemanusiaan, ancaman pidananya bervariasi. Variasi ancaman pidana tersebut, mulai dari yang teringan berkisar 5 s/d 10 tahun pidana penjara hingga yang pidana terberat berupa pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama berkisar 15 s/d 25 tahun, sesuai dengan jenis tindak pidana yang dilakukan.

Patut untuk dikemukakan bahwa dalam pertanggungjawaban komando tersebut melekat beberapa aspek yang saling terkait satu dengan lainnya, yaitu

aspek fungsional, aspek kognitif dan aspek operasional. Aspek fungsional adalah aspek yang menerangkan bahwa kedudukan seorang komandan militer maupun atasan polisi dan atasan sipil lainnya menimbulkan suatu kewajiban untuk bertindak sesuai ketentuan hukum dan perundangan yang berlaku. Sedangkan aspek kognitif dimaksudkan agar seorang komandan militer maupun atasan polisi dan atasan sipil lainnya tersebut harus memiliki pengetahuan yang memadai tentang kejahatan, utamanya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Selanjutnya, aspek operasional ini berkaitan dengan *failure to act*, yaitu seorang komandan militer maupun atasan polisi dan atasan sipil lainnya tidak melakukan tindakan yang layak sesuai tugas dan kewenangannya sehingga dianggap melakukan tindakan pembiaran atau *omission*.

Upaya merumuskan pertanggungjawaban komando dalam Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 merupakan bentuk pengimplementasian dari teori kebijakan legislatif maupun teori yurisdiksi legislatif. Pembuatan UU No. 26 tahun 2000 masuk dalam ruang lingkup kebijakan legislatif maupun yurisdiksi legislatif negara Indonesia, terkait dengan persoalan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Selanjutnya menurut HI, penerapan yurisdiksi kriminal suatu negara terhadap suatu tindak pidana dapat dilakukan sepanjang hukum (pidana) nasionalnya dapat diterapkan pada kasus tersebut. Kedaulatan yang dimiliki oleh suatu negara menunjukkan bahwa negara tersebut telah merdeka atau tidak tunduk pada kekuasaan negara lain dan secara bebas dapat melakukan berbagai kegiatan sesuai kepentingannya sepanjang tidak bertentangan dengan HI. Pembuatan UU No. 26 tahun 2000

tersebut sepenuhnya menjadi wewenang penuh negara Indonesia sebagai negara yang merdeka dan berdaulat tanpa ada tekanan maupun campur tangan asing. Selain itu juga menunjukkan adanya bentuk pertanggungjawaban negara Indonesia untuk menuntut dan mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando sebagaimana diatur dalam Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000. Sebagai pelaksanaan dari kewajiban internasional, suatu negara harus melakukan penyelesaian hukum secara tuntas terhadap pelanggaran HAM berat yang terjadi dalam batas wilayah teritorialnya. Tanggung jawab negara atas pelanggaran HAM berat adalah melakukan investigasi, mengadili pelaku, menghukum bila terbukti bersalah. Di samping itu juga bertanggung jawab untuk memberikan santunan, rehabilitasi, kompensasi bagi para korban. Perumusan pertanggungjawaban komando dalam Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tersebut dapat dipandang sebagai bentuk penerapan teori Monisme Primat HN. Hal tersebut didasarkan pada realitas bahwa substansi pertanggungjawaban komando dalam tataran internasional pada umumnya diatur dalam suatu instrument HI, misalnya dalam Statuta Roma tahun 1998. Sedangkan di Indonesia, substansi tersebut tidak diatur dalam suatu instrumen yang bersifat internasional, melainkan dalam instrumen HN tepatnya dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Formulasi pertanggungjawaban komando dalam ketentuan Pasal 42 ayat (1) dan (2) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM sebagaimana terurai di atas, sebenarnya telah dipraktikkan dalam peradilan Penjahat PD II di *IMTN*, *IMTT* hingga *ICTR* dan *ICTR*. Berdasarkan putusan lembaga peradilan tersebut,

terlihat bahwa ruang lingkup pertanggungjawaban komando tersebut meliputi *commander responsibility* untuk pertanggungjawaban pidana terhadap para komandan militer dan *superior responsibility* untuk pertanggungjawaban pidana bagi para atasan sipil maupun atasan polisi atas pelanggaran HAM berat yang dilakukan anak buah atau bawahan yang berada dibawah komando atau kendali efektifnya. Konsep tanggung jawab komando (*command responsibility*) merupakan bentuk pertanggungjawaban pidana komandan militer maupun atasan kepolisian ataupun atasan sipil lainnya atas terjadinya pelanggaran HAM berat yang mana tindak pidana tersebut tidak dilakukannya sendiri melainkan dilakukan orang lain yang dalam hal ini adalah anak buah atau bawahan yang berada dibawah komando atau pengendalian efektifnyanya sebagai bentuk dari perkembangan dari konsep pertanggungjawaban pidana secara individual (*individual criminal responsibility*).²⁵⁴

Terkait dengan istilah *commander responsibility* di atas, dapat dikemukakan bahwa komandan militer bertanggungjawab secara pidana atas pelanggaran HAM berat yang dilakukan anak buah atau pasukan yang berada di bawah kekuasaan dan kendali efektifnya. Komandan militer adalah merupakan anggota angkatan bersenjata atau angkatan perang dari suatu negara yang ditugasi untuk memimpin satu unit atau lebih angkatan bersenjata atau angkatan perang. Sebagai seorang komandan militer maka yang bersangkutan memiliki otoritas untuk memberikan perintah langsung kepada bawahan atau pun kepada komandan-komandan dari unit-unit bawahannya. Dalam konteks tanggung jawab

²⁵⁴ Tommy Sihotang, *Konsep Pertanggungjawaban Pidana Komandan/Atasan Pada Pelanggaran Hak Asasi Manusia Berat Dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia*, Disertasi Program Studi Doktor Ilmu Hukum, Universitas Padjadjaran Bandung, 2007, halaman 188.

pidana atas pelanggaran HAM berat tersebut tidak ada batas tingkatan komandan yang dapat dipersalahkan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Pada keadaan tertentu, seorang komandan militer tidak selalu harus memiliki pangkat militer, misalnya di Indonesia dalam UUD 1945 disebutkan bahwa Presiden adalah sebagai Panglima Tertinggi Angkatan Bersenjata. Dalam praktiknya penerapan tanggung jawab komando tersebut tidak hanya terbatas pada tingkat tertentu, namun dapat pula menyentuh hingga pada kepala negara atau pemerintahan sebagai mana tampak dalam kasus Yamashita, Milosevic, Akayesu, dan lain sebagainya. Kewajiban komandan militer berdasarkan ketentuan Pasal 87 Protokol Tambahan tahun 1977 antara lain adalah : menjamin anak buahnya mendapatkan pelatihan HHI; menjamin penghormatan HHI dalam pembuatan rencana operasi militer; menjamin adanya sistem pelaporan yang efektif; mengambil tindakan pencegahan ketika tindak pidana akan atau sedang dilakukan oleh bawahannya. Komandan militer harus mampu memiliki kemampuan efektif terhadap pasukan yang berada dibawah komandonya baik secara *de jure* maupun *de facto*, dalam artian memiliki kemampuan mencegah dan menghukum pelaku pelanggaran HAM berat yang *nota bene* adalah anak buah yang berada dibawah pengendalian efektifnya. Komandan militer dapat juga melaksanakan pengendalian pada satuan yang tidak berada dibawah rantai komandonya secara langsung. Komandan militer dalam melakukan pengendalian yang layak, didasarkan atas kemampuan dalam batas-batas kewenangan, kekuasaan dan ketersediaan sarana dan kondisi yang memungkinkan.

Penggunaan terminologi seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer, mengandung makna yang lebih luas dari komandan militer, karena dapat termasuk pula didalamnya para perwira polisi yang berada dalam komando unit-unit polisi bersenjata; orang-orang yang bertanggungjawab atas unit-unit paramiliter yang tidak berada dalam organisasi angkatan bersenjata atau angkatan perang; serta orang-orang yang dianggap secara *de facto* memiliki kontrol terhadap angkatan bersenjata, polisi bersenjata atau unit-unit paramiliter.²⁵⁵

Superior responsibility merupakan bentuk pertanggungjawaban pidana atasan atas pelanggaran HAM berat yang dilakukan bawahan yang berada dibawah kendali efektifnya. Dengan demikian maka seorang atasan tersebut berwenang untuk memberikan perintah dan sekaligus mengendalikan bawahan yang berada dibawah kendali efektifnya. Dalam hal ini atasan, baik kepolisian maupun sipil lainnya tersebut memiliki kewenangan yang sama dengan komandan militer walaupun tidak berada dalam jenjang militer. Perbedaan antara komandan militer dengan atasan tersebut, terletak pada kemampuan atau sumber daya untuk memperoleh informasi, dalam artian bahwa :

- a. Komandan militer dianggap memiliki cukup daya untuk itu dan tidak ada alasan untuk tidak tahu bahwa anak buah atau pasukannya sedang atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat;
- b. Atasan baik kepolisian maupun sipil lainnya diharapkan bertindak sesuai dengan pengetahuan yang mereka peroleh.

²⁵⁵ Rudi M Rizki, Peradilan HAM Atas Pelanggaran HAM Yang Berat, Bahan Power Point Penataran Hukum Humaniter, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang halaman 6-7.

Seorang atasan sepanjang mempunyai kewenangan baik secara *de jure* atau *de facto* berhak memberikan perintah, mengawasi dan bahkan menjatuhkan sanksi pada pelaku pelanggaran HAM yang dilakukan bawahan yang berada dibawah komando atau pengendalian efektifnya. Seorang atasan dikatakan tidak melakukan pengendalian yang layak, bilamana mengetahui atau seharusnya mengetahui atau dengan sengaja mengabaikan informasi yang menyebutkan bahwa bawahannya sedang atau telah melakukan pelanggaran HAM berat. Oleh karena itu, hal-hal yang penting untuk dibangun oleh atasan *non* militer dalam hal ini adalah informasi mengenai resiko yang *signifikan* bahwa bawahan akan atau telah melakukan tindak pidana pelanggaran HAM berat yang dilakukan bawahan yang berada dibawah kendali efektifnya. Berdasarkan informasi tersebut, kewenangan atasan adalah mengeluarkan petunjuk atau perintah agar bawahan menghentikan pelanggaran. Patut untuk dikemukakan bahwa atasan tersebut tidak memiliki kewenangan untuk memberikan hukuman disiplin militer namun wajib melaporkan pelaku kepada pejabat yang berwenang untuk dilaksanakan penyidikan dan penuntutan.

B.3. Unsur-Unsur Pertanggungjawaban Komando Dalam Ketentuan Pasal 42 UU No. 26 Tahun 2000

Pengaturan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat, telah diatur dalam ketentuan Pasal 28 Statuta Roma 1998, Pasal 86 ayat (2) *Additional Protocol I* tahun 1977, ketentuan dalam Pasal 7 ayat (3) Statuta *ICTY*

dan ketentuan Pasal 6 ayat (3) Statuta *ICTR*. Berdasarkan berbagai ketentuan hukum di atas, dapat disimpulkan bahwa konsep pertanggungjawaban komando hendak menunjukkan bahwa terjadinya kejahatan yang dilakukan bawahan adalah sebagai akibat komandan atau atasannya tidak melakukan pengendalian pasukan secara patut. Dalam konteks negara Indonesia, patut dikemukakan bahwa ketentuan dalam Pasal 28 Statuta Roma 1998 telah diadopsi kedalam ketentuan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Berkaitan dengan hal tersebut yang perlu diperhatikan dalam pertanggungjawaban komando adalah :

- a. adanya keharusan komandan atau atasan untuk melakukan pengendalian secara efektif atas anak buah atau bawahannya;
- b. tata cara pengendalian efektif yang harus dilakukan komandan militer, atasan kepolisian maupun atasan sipil terhadap anak buah atau bawahannya.
- c. persoalan yang perlu dipertimbangkan kemudian adalah pengaturannya dalam suatu instrumen hukum.

Unsur-unsur pertanggungjawaban komando berdasarkan ketentuan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM adalah sebagai berikut :

- a. komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer;
- b. dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada dalam yurisdiksi pengadilan HAM;
- c. yang dilakukan pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif, atau di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif;

- d. dan tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian pasukan secara patut, yaitu :
- (a). mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat; dan
 - (b). tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.

Unsur-unsur komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer sebagaimana tertera di atas dapat diterangkan hal-hal sebagai berikut :

- a. yang dimaksud adalah pemegang komando dan pengendalian yang efektif atau pemegang kekuasaan dan pengendalian yang efektif secara *de jure* atau *de facto* terhadap pelaku;
- b. yang mempunyai hubungan subordinasi secara *hierarkhi (military hierarchi)* dari yang tertinggi sampai dengan terendah sebagai atasan pelaku;
- c. memiliki *superior authority* yaitu kekuasaan dan kewenangan yang dimiliki para pemegang komando untuk mengatur, memerintah dan menghukum anak buah atau bawahan yang berada dibawah komando dan pengendalian efektif, yang melakukan pelanggaran HAM berat;

- d. memilik “komando yang efektif” berarti memiliki kewenangan atau kekuasaan hukum dan kemampuan praktis untuk menerapkan pengendalian dan pengawasan terhadap pasukannya;
- e. sebagai pengendali yang efektif dalam arti memiliki kemampuan yang secara material mampu mencegah, menghentikan atau menghukum pelaku kejahatan.

Unsur-unsur dapat dipertanggungjawabkan tindak pidana yang berada didalam yurisdiksi pengadilan HAM sebagaimana tertera di atas dapat diterangkan hal-hal sebagai berikut :

- a. penyebutan kata “dapat” tersebut sebenarnya dapat menimbulkan atau mengandung adanya ketidakpastian dalam pertanggungjawaban komando. Terlebih jika kita lihat dalam rumusan aslinya dalam ketentuan Pasal 28 *ICC*, yang mencantumkan kata “*shall be*” yang berarti “harus”, namun dalam UU No. 26 tahun 2000 diterjemahkan dengan kata dapat;
- b. jenis tindak pidana yang dilakukan pasukan bawahan tersebut haruslah kejahatan tersebut pada Pasal 7, Pasal 8 atau Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM;
- c. keterlibatan bawahan yang diduga melakukan pelanggaran atas Pasal 8 atau Pasal 9 ataupun pasal kedua-duanya, harus dibuktikan di muka persidangan;
- d. apabila hal tersebut di atas tidak terbukti, maka pertanggungjawaban komando tidak dapat diterapkan dalam konteks UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Unsur-unsur yang dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif, atau dibawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif di atas dapat diterangkan hal-hal sebagai berikut :

- a. yang dimaksudkan dengan pasukan disini adalah pasukan dalam arti unit atau kumpulan anggota-anggota militer yang diorganisasikan menurut tugas, fungsi dan tingkat;
- b. pasukan tersebut mempunyai hubungan subordinasi terhadap komandan atau atasan;
- c. keterlibatan pasukan dalam kejahatan sebagaimana tersebut Pasal 8 atau 9 atau keduanya menjadi dasar penerapan pertanggung jawaban komando;
- d. secara materiil Pasal 8 atau 9 atau keduanya dan keterlibatan pasukan yang berada di bawah komando dan pengendalian komandan atau atasan harus dibuktikan terlebih dahulu.

Unsur-unsur dan tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian pasukan secara patut di atas dapat diterangkan hal-hal sebagai berikut :

- a. dari sudut doktrin militer, pengendalian adalah merupakan salah satu bentuk kewajiban yang harus dilaksanakan setiap komandan atau atasan terhadap pasukan bawahannya dalam pelaksanaan tugas;
- b. apabila pengendalian dilaksanakan seagai mana mestinya, seyogyanya segala sesuatu yang terjadi dalam dimanika operasi atau pelaksanaan tugas akan diketahui oleh para komandan atau atasannya;

- c. pengendalian dilaksanakan dengan menggunakan fasilitas pengendalian antara lain : instruksi atau perintah; sistem laporan; pengawasan staf; inspeksi dan lain sebagainya.

Unsur-unsur mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat di atas dapat diterangkan hal-hal sebagai berikut :

- a. pengetahuan aktual tentang adanya pelanggaran yang dilakukan pasukan bawahan diperoleh dari sistem pengendalian dan pengawasan yang berlaku di lingkungan militer antara lain dari sistem pelaporan, inspeksi langsung atau melalui staf dimana sistem ini pada umumnya telah menjadi prosedur tetap dalam kehidupan militer. Berdasarkan ketentuan ini maka komandan atau atasan berada pada posisi yang harus mengetahui atau paling tidak berada pada kondisi "*has the reason to know*" bahwa pasukan di bawah komandonya terlibat pelanggaran HAM berat;
- b. pengetahuan konstruktif, yaitu pengetahuan yang dimiliki berdasarkan kondisi yang berlaku pada waktu itu antara lain melalui pemberitaan, isu-isu dan hal-hal lain yang tidak wajar timbul dalam pelaksanaan operasi.

Unsur-unsur tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan di atas dapat diterangkan hal-hal sebagai berikut :

- a. kewajiban, kekuasaan dan kewenangan para komandan atau atasan tersebut harus terdapat pada peraturan perundang-undangan nasional. Kalau tidak ada diatur sebagai suatu *legal obligation* dan *legal authority* maka unsur pasal ini tidak dapat diterapkan;
- b. hal penting lainnya yang harus dibuktikan adalah bahwa pejabat tersebut harus memiliki kemampuan untuk mencegah, menghentikan atau menghukum para pelaku dalam keadaan yang berlaku pada waktu kejahatan tersebut terjadi.

Berdasarkan formulasi/rumusan dalam ketentuan Pasal 42 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM di atas, maka secara normatif unsur-unsur yang harus dipenuhi agar dapat menuntut pertanggungjawaban komando bagi para komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan adalah :

- a. harus ada seorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer yang dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana berupa pelanggaran HAM berat yang salah satunya adalah kejahatan terhadap kemanusiaan, yang berada di dalam yurisdiksi Pengadilan HAM;
- b. tindak pidana tersebut harus dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif dari seorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer;

- c. tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian pasukan secara patut oleh komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer;
- d. seorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer tersebut, mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukannya sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat;
- e. seorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer tersebut, tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.

Selanjutnya berdasarkan formulasi atau rumusan dalam ketentuan Pasal 42 ayat (2) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM di atas, maka secara normatif unsur-unsur pertanggungjawaban komando bagi para atasan polisi dan atasan sipil lainnya yang harus dipenuhi adalah :

- a. harus ada seorang atasan baik polisi maupun atasan sipil lainnya yang bertanggungjawab secara pidana terhadap pelanggaran HAM berat yang salah satu diantaranya berupa kejahatan terhadap kemanusiaan;
- b. pelanggaran HAM berat tersebut harus dilakukan oleh bawahannya yang berada dibawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektifnya;
- c. atasan polisi maupun atasan sipil lainnya tersebut tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar;

- d. atasan polisi maupun atasan sipil lainnya tersebut mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukkan bahwa bawahan sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat;
- e. atasan polisi maupun atasan sipil lainnya tersebut tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kewenangannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.

Berdasarkan unsur-unsur (tindak pidana) yang harus dipenuhi dalam pertanggungjawaban komando pelanggaran HAM berat sebagaimana tertera dalam ketentuan Pasal 42 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM di atas, dapat disimpulkan bahwa formulasi/rumusan demikian dimaksudkan sebagai suatu bentuk delik omisi/pembiaran yang dilakukan seorang komandan militer, atasan polisi dan atasan sipil lainnya, atas pasukan atau bawahan yang berada dibawah komando dan kendali efektifnya. Dalam konteks pertanggungjawaban komando tersebut, seseorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer, seorang atasan polisi maupun atasan sipil lainnya, diberi perintah untuk melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan yang berupa pelanggaran HAM berat atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.

Rumusan formulasi delik omisi dalam ketentuan Pasal 42 ayat (1) dan ayat (2) lebih merupakan masalah perumusan tindak pidana yang berupa dilarangnya seseorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer, seorang atasan polisi maupun atasan sipil lainnya, tidak melakukan sesuatu untuk melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan yang berupa pelanggaran HAM berat atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan, dari pada masalah pertanggungjawaban pidana komandan, atasan polisi dan sipil lainnya.

BAB IV

PRAKTIK PENERAPAN PERTANGGUNGJAWABAN

KOMANDO ATAS PELANGGARAN HAM BERAT

PADA PERADILAN HAM INDONESIA MAUPUN

PERADILAN INTERNASIONAL

A. Dinamika Pertanggungjawaban Komando Dari Konsepsi Pemikiran Ke Upaya Pengaturan Dalam Instrumen Hukum

Hingga kini belum ada definisi/pengertian/batasan yang dapat digunakan sebagai rujukan mengenai pertanggungjawaban komando, baik yang dikemukakan oleh para pakar hukum maupun yang terumus dalam berbagai ketentuan HN maupun HI. Pertanggungjawaban komando merupakan suatu prinsip dasar pemidanaan terhadap para pemegang komando yang terdiri dari komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya apabila anak buah atau bawahan yang berada dibawah komando dan pengendalian efektifnya terlibat suatu kejahatan berupa pelanggaran HAM berat pada waktu melaksanakan tugas.²⁵⁶ Tanggung jawab pidana terhadap para pemegang komando tersebut timbul karena mereka tidak melaksanakan pengendalian sebagaimana mestinya terhadap anak buah atau bawahannya, sehingga gagal mencegah, menindak atau melaporkan kejahatan yang dilakukan anak buah atau bawahannya sesuai mekanisme ketentuan hukum dan peraturan perundangan yang berlaku. Para pemegang komando yang terdiri dari komandan militer, atasan polisi ataupun atasan sipil lainnya dipersalahkan karena melakukan *wrongful act* berupa tidak melaksanakan pengendalian yang patut, tidak melaksanakan *legal obligation* dan tidak menggunakan *legal authority* yang dimilikinya untuk mencegah, menghentikan dan melaporkan pelaku pelanggaran HAM berat yang satu diantaranya berupa

²⁵⁶ PLT. Sihombing, “Perintah Atasan dan Pertanggungjawaban Komando Dalam Kejahatan Perang”, Makalah Seminar “Problematika Kejahatan Perang Dalam Hukum Pidana Indonesia” yang diselenggarakan oleh Pusat Kajian HAM dan Hukum Humaniter Unisba-The International Committee Of The Red Cross (ICRC), Bandung, 2005, halaman 3.

kejahatan terhadap kemanusiaan, yang *nota bene* dilakukan anak buah atau bawahannya yang berada dalam pengendalian efektifnya.

Berkaitan dengan hal tersebut, menarik untuk dikemukakan pendapat dari Hugo Grotius dalam tulisannya yang berjudul "*Parental Responsibility*", yang intinya menyebutkan bahwa pada dasarnya orang tua bertanggungjawab penuh terhadap kesalahan yang dilakukan oleh anaknya yang masih berada dalam tanggung jawab dan kekuasaannya.²⁵⁷ Pada awalnya prinsip pertanggungjawaban komando hanya ditujukan terhadap para komandan militer, namun dalam sejarah perkembangan selanjutnya telah diperluas pada atasan polisi maupun atasan sipil lainnya, yang memiliki kewenangan untuk memberi perintah pada pasukan atau anak buah yang berada dibawah komando ataupun pengendalian efektifnya. Hal demikian ditandai dengan munculnya istilah pertanggungjawaban atasan (*superior responsibility*) di samping adanya istilah pertanggungjawaban komandan (*commander responsibility*).

Di atas telah disebutkan bahwa bentuk pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, sebenarnya merupakan bentuk pertanggungjawaban pidana para pemegang komando yang terdiri dari para komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya, atas kelalaian atau kegagalannya untuk melaksanakan tugas pengendaliannya secara efektif terhadap anak buah atau bawahannya. Hal demikian berbeda dengan bentuk pertanggungjawaban pidana secara individual, yang pada dasarnya para

²⁵⁷ Elsam, *Tanggung Jawab Komando Suatu Telaah Teoritis*, Makalah Penataran HAM, FH Universitas Trisakti, Jakarta, 2005, halaman 4.

pelaku kejahatan mutlak bertanggungjawab secara pidana atas kejahatan yang dilakukannya.

Prinsip pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat dapat diterapkan tidak hanya pada konflik bersenjata yang bersifat internasional²⁵⁸ maupun non internasional²⁵⁹ namun dapat pula diterapkan dalam masa damai sekalipun sepanjang telah terjadi suatu peristiwa yang patut diduga telah terjadi pelanggaran HAM berat. Para pemegang komando dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana atas pelanggaran HAM berat yang dilakukan oleh anak buah atau bawahannya, baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama.²⁶⁰

A.1. Dinamika Konsepsi Pemikiran Pertanggungjawaban Komando

Pembahasan tentang pertanggungjawaban komando, baik dalam tataran HN maupun HI senantiasa menarik dan aktual, walaupun sebenarnya masalah tersebut bukanlah merupakan hal yang baru. Substansi pertanggungjawaban komando yang secara normatif telah terkodifikasi dalam suatu instrumen hukum bukanlah merupakan suatu

²⁵⁸ GPH Haryomataram dalam bukunya yang berjudul *Bunga Rampai Hukum Humaniter*, Bumi Nusa Jaya. Jakarta, 1998, pada halaman 19 menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan konflik bersenjata internasional adalah suatu konflik bersenjata dimana berhadapan dua atau lebih angkatan bersenjata dari negara yang berbeda dengan menggunakan kekuatan bersenjata.

²⁵⁹ GPH Haryomataram dalam bukunya yang berjudul *Sekelumit Tentang Hukum Humaniter*, Sebelas Maret University Press, Surakarta, 1994, pada halaman 41 menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan konflik bersenjata non internasional adalah konflik bersenjata yang melibatkan antara angkatan bersenjata dengan kelompok bersenjata yang terorganisir (*organized armed group*) di dalam wilayah suatu negara.

²⁶⁰ Natsri Anshari, *Tanggung Jawab Komando Menurut Hukum Internasional Dan Hukum Nasional Indonesia*, Jurnal Hukum Humaniter Vol. 1 Edisi Juli 2005, Pusat Studi Hukum Humaniter Dan HAM Fakultas Hukum Universitas Trisakti, Jakarta, halaman 50.

fenomena yang muncul tanpa suatu proses panjang sebagaimana terkesan selama ini. Sebelum upaya pengkodifikasian tersebut dilakukan dalam suatu instrumen hukum, telah berkembang berbagai konsepsi pemikiran mengenai pertanggungjawaban komando yang dikemukakan oleh para pemikir tersohor pada saat itu.

Konsepsi pemikiran tentang pertanggungjawaban komando yang didalamnya meletakkan kewajiban hukum pada pemegang komando yang terdiri dari para komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya, dapat dituntut pertanggungjawaban pidananya atas pelanggaran HAM berat yang telah dilakukan oleh anak buah atau bawahan yang berada dibawah kendali atau pimpinan ataupun komando efektifnya, secara historis telah berkembang sejak zaman feodal.²⁶¹ Konsepsi pemikiran Sun Tzu dalam bukunya "*The Art Of War*" pada abad ke-5 BC, merupakan awal penerapan prinsip pertanggungjawaban komando, dengan menyebutkan bahwa *when troops flee, are insubordinate, distressed, collapse in disorder, or are routed, it is the fault of the general. None of these disorders can be attributed to natural causes.*²⁶² Konsepsi tersebut sebenarnya hendak menegaskan tentang tugas seorang komandan untuk memastikan dan mengontrol tingkah laku bawahannya dalam suatu konflik bersenjata ataupun perang. Berdasarkan pendapat Sun Tzu di atas, setidaknya dapat dikemukakan hal pokok sebagai berikut :

²⁶¹ Anonim, *Op.Cit.* halaman 48.

²⁶² Muladi, *Op.Cit.* halaman 1.

1. Prinsip pertanggungjawaban komando sangat melekat pada pemegang komando;
2. Pertanggungjawaban komando tersebut bersifat mutlak bagi pemegang komando atas kegagalannya mengendalikan pasukan yang berada dibawah komando dan kendali efektifnya;
3. Tidak ada alasan apapun bagi seorang pemegang komando untuk melepaskan diri dari pertanggungjawaban komando tersebut.
4. Konsepsi pemikiran tentang pertanggungjawaban komando nampaknya ditujukan pada para pemegang komando atas pasukan militer. Hal tersebut dapat disimpulkan dari adanya istilah pasukan yang selama ini cenderung terkait dengan kesatuan militer dan juga diterapkan dalam situasi perang.

Senada dengan konsepsi pemikiran Sun Tzu di atas, Arne Willy Dahl²⁶³ dalam makalahnya yang berjudul “Tanggung Jawab Komando” secara panjang lebar juga telah mengungkapkan hal-hal yang berkaitan dengan konsepsi pemikiran tentang pertanggungjawaban komando. Dalam makalah tersebut disebutkan bahwa Kaisar Napoleon Bonaparte pernah meminta pertanggungjawaban langsung pada seorang Jenderal atas kekalahan pasukan tempur yang dipimpinnya dalam suatu peperangan. Berbagai alasan yang dikemukakan tidak bisa diterima dan dibenarkan sang Kaisar, dan justru sang Kaisar memecat jabatan Jenderal tersebut. Konsepsi pemikiran Arne Willy Dahl di atas, menerangkan bahwa pada prinsipnya seorang komandan (militer) selaku

²⁶³ Arne Willy Dahl, *Tanggung Jawab Komando*, Makalah Lokakarya Internasional “Kejahatan Terhadap Kemanusiaan” yang diselenggarakan Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Di Jakarta tanggal 20-21 Juni 2001, halaman 24.

pemegang komando harus senantiasa siap mempertanggungjawabkan semua tindakan yang berkaitan dengan pasukannya dan tindakan pembiaran yang dilakukannya, dikarenakan padanya diberikan tugas, kekuasaan dan kewenangan atas pasukan yang berada dibawah garis komando dan kendali efektifnya. Berdasarkan konsepsi pemikiran Arne Willy Dahl tentang pertanggungjawaban komando di atas, dapat dikemukakan hal-hal sebagai berikut :

1. Segala bentuk kesalahan dan ketidakpatuhan yang dilakukan sepanjang masih dalam konteks kedinasan oleh prajurit atau bawahan atau anak buah dalam suatu kesatuan atau pasukan menjadi atau berada dibawah tanggungjawab sepenuhnya dari seorang komandan atau pemimpin (Jenderal) selaku pemegang komando;
2. Tanggung jawab seorang komandan selaku pemegang komando atas segala bentuk kesalahan dan ketidakpatuhan dari para prajurit atau bawahan atau anak buah dalam suatu kesatuan atau pasukan bersifat *absolut*;
3. Berbagai alasan yang dikemukakan seorang komandan untuk menghindarkan diri dari pertanggungjawaban komando atas kegagalan dan berbagai kejahatan yang dilakukan sepanjang masih dalam konteks kedinasan oleh pasukan atau anak buah yang berada dibawah kendali dan komandonya tidak dapat dibenarkan;
4. Konteks pertanggungjawaban komando tersebut dilakukan masih dalam hubungan kedinasan, sehingga segala bentuk kesalahan atau tindak pidana yang dilakukan para prajurit di luar kedinasan merupakan tanggung jawab pribadi yang bersangkutan;

5. Konsepsi pertanggungjawaban komando tersebut di atas, nampaknya hanya diberlakukan bagi kesatuan yang bernuansa militer. Hal demikian nampak dari adanya pangkat Jenderal, adanya garis komando, *insubordinate*, yang selanjutnya dalam perkembangannya konsepsi pertanggungjawaban komando tersebut tidak hanya ditujukan pada pemegang komando militer tetapi juga kepolisian bahkan sipil lainnya;
6. Tidak secara tegas menentukan batasan hingga ke *level* atau tingkatan keberapa dari komandan selaku pemegang komando yang dapat dimintakan pertanggungjawaban komando jika terjadi pelanggaran HAM berat. Namun jika dilihat dalam tulisan Sun Tzu di atas, nampaknya pertanggungjawaban komando tersebut dibebankan pada pemegang komando tertinggi dengan pangkat Jenderal.

Konsepsi pemikiran tentang pertanggungjawaban komando selanjutnya dikemukakan oleh King Charles VII of Orleans (Perancis) tahun 1439, yang menyatakan bahwa komandan militer dapat dipertanggungjawabkan, bilamana di dalam komandonya telah terjadi kejahatan terhadap penduduk sipil, tidak peduli apakah komandan tersebut berpartisipasi langsung ataupun tidak dalam pelaksanaan kejahatan tersebut. Selanjutnya pada bagian yang lain King Charles VII juga menginstruksikan hal-hal sebagai berikut :²⁶⁴

1. Setiap Kapten atau Letnan bertanggungjawab atas penyimpangan, tindakan buruk dan pelanggaran yang dilakukan oleh anggota pasukannya;

²⁶⁴ Natsri Anshari, *Op. Cit.*, halaman 51.

2. Setelah ia menerima suatu pengaduan mengenai adanya kesalahan atau penyimpangan tersebut, harus membawa pelakunya ke pengadilan untuk menjalani proses hukum atas kejahatan yang dilakukannya;
3. Jika ia tidak melakukan hal itu atau menutupi kesalahan atau tidak mengambil tindakan atau jika karena kelalaiannya atau kesengajaannya, pelaku kejahatan melarikan diri sehingga terhindar dari tuntutan hukum, maka ia harus dianggap bertanggung jawab atas kejahatan tersebut seolah-olah ia telah melakukan sendiri kejahatan tersebut dan harus dihukum sama seperti yang akan dijatuhkan kepada pelaku kejahatan;

Berdasarkan konsepsi pemikiran King Charles VII of Orleans di atas, setidaknya dapat dikemukakan beberapa hal sebagai berikut :

1. Untuk timbulnya suatu pertanggungjawaban komando sebenarnya tidak dipersyaratkan dengan tegas adanya partisipasi atau keterlibatan secara langsung dari seorang komandan atas terjadinya suatu kejahatan yang dilakukan oleh pasukan atau anak buah yang berada dalam komando dan pengendalian efektifnya;
2. Pemegang komando harus bertanggung jawab untuk mengendalikan perilaku termasuk cara bertindak yang dilakukan oleh pasukan atau bawahannya agar tidak menyimpang atau melanggar dari ketentuan hukum yang berlaku;

3. Pemegang komando diberi kewenangan atau kewajiban untuk memproses anak buah atau bawahannya yang terlibat kejahatan sesuai ketentuan hukum yang berlaku;
4. Jika komandan karena kelalaiannya atau kesengajaannya membiarkan suatu kejahatan terjadi dan tidak melakukan tindakan hukum sebagaimana mestinya, maka ia bertanggungjawab secara pidana atas kejahatan yang dilakukan anak buahnya.

Konsepsi pemikiran Hugo Grotius²⁶⁵ tentang pertanggungjawaban komando sebagaimana tertuang dalam bukunya yang berjudul *De Jure Belli Ac Pacis* (1615) menyatakan bahwa seseorang yang mengetahui suatu kejahatan, dan dapat serta mampu untuk mencegah tetapi gagal dalam melakukannya, dirinya terlibat atas kejahatan tersebut. Konsepsi pemikiran Hugo Grotius di atas, setidaknya secara tegas telah memuat persyaratan yang harus dipenuhi dalam pertanggungjawaban komando, yaitu yang terdiri dari hal-hal sebagai berikut :

1. Harus ada unsur mengetahui dari pemegang komando;
2. Adanya suatu kejahatan;
3. Pemegang komando harus dapat dan mampu melakukan pencegahan atas kejahatan tersebut;
4. Adanya kegagalan untuk melakukan pencegahan atas suatu kejahatan.

²⁶⁵ Eddy Djunaedi Karnasudirdja, *Op.Cit.*, halaman 5.

Pada periode yang hampir bersamaan King Gustavus Adolphus (1621) dari Swedia juga telah mengemukakan konsepsi pemikirannya tentang pertanggungjawaban komando, dengan menyatakan bahwa tak ada Kolonel atau Kapten yang seharusnya memerintahkan tentaranya untuk melakukan tindakan melanggar hukum, kecuali akan dihukum berdasarkan diskresi Hakim. King Gustavus Adolphus, hendak memperlakukan penerapan hukuman terhadap Kolonel dan Kapten yang memerintahkan seorang prajurit atau anak buah atau bawahannya untuk melakukan atau berperan serta dalam perbuatan melawan hukum. Konsepsi pemikiran pertanggungjawaban komando Winthrop²⁶⁶ dalam buku yang berjudul "*Military Law and Precedents*" (1895) menyebutkan bahwa tugas utama seorang komandan pasukan pendudukan mempertahankan tata tertib dan keamanan umum, sepanjang itu mungkin tanpa melakukan penekanan terhadap para penduduk, dan seakan-akan wilayah itu adalah wilayahnya sendiri. Semua perwira atau prajurit yang melakukan pelanggaran terhadap ketentuan imunitas terhadap *non* kombatan dapat dituntut dengan pidana yang berat sebagai para pelanggar ketentuan hukum perang. Berdasarkan konsepsi pemikiran Winthrop di atas dapat disimpulkan bahwa :

1. Konsepsi pemikiran tentang pertanggungjawaban komando tersebut, "lahir" diilhami dengan adanya peristiwa pendudukan militer atas suatu wilayah negara;

²⁶⁶Muladi, *Op. Cit.* halaman 3.

2. Seorang komandan pasukan pendudukan tersebut mempunyai tugas utama untuk mempertahankan ketertiban dan keamanan di wilayah pendudukan yang berada dibawah kekuasaanya;
3. Pemegang komando yang pada umumnya terdiri dari para perwira mempunyai tanggung jawab hukum (pidana) atas berbagai pelanggaran atas ketentuan HHI yang dilakukan pasukan atau anak buah yang berada dibawah komando dan kendali efektifnya.

Masih terkait konsepsi pemikiran mengenai pertanggungjawaban komando, Napoleon Bonaparte pada masa kejayaannya pernah mengeluarkan *statement* singkat dalam suatu inspeksi pasukan tempurnya, bahwa “*there are no bad regiments; they are only bad colonels*“. Napoleon Bonaparte, hendak menuntut tanggung jawab komando bagi para pemegang komando atas kesatuan militer terkait dengan adanya pelanggaran hukum yang dilakukan anak buah atau pasukan yang berada dibawah komando dan kendali efektif sang komandan (Kolonel).

Konsepsi pemikiran tentang pertanggungjawaban komando sebagaimana yang telah dikemukakan oleh King Gustavus Adolphus, Winthrof, maupun Napoleon Bonaparte di atas, dapat dipahami dengan dasar pemikiran bahwa lazimnya jabatan komandan itu akan diisi oleh para perwira yang memenuhi persyaratan tertentu yang berlaku dalam kesatuan militernya, antara lain memiliki kecakapan dan kemampuan yang memadai, memiliki *trace record* yang baik, memiliki integritas dan kedisiplinan yang baik dan teruji. Di samping itu, dengan jabatan tersebut secara otomatis juga melekat tanggung jawab yang tidak ringan

bagi pemegang komando, walaupun di sisi lain tentunya juga akan mendapat berbagai fasilitas dan kemudahan yang menyertainya. Dengan kata lain, dalam konsepsi pertanggungjawaban komando terkandung makna bahwa setiap orang yang memiliki tugas, kekuasaan, dan kewenangan memegang komando, akan tetapi gagal untuk mencegah, menindak, atau memberikan hukuman atas pelaku kejahatan (pelanggaran HAM berat) yang dilakukan anak buah atau bawahan yang berada dibawah komando dan kendali efektifnya, dapat dituntut pertanggungjawaban pidana sesuai mata rantai komando yang berlaku. Konsepsi pertanggungjawaban komando dimaksudkan sebagai bentuk pertanggungjawaban pidana bagi seorang komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya atas pelanggaran HAM berat yang tidak dilakukannya sendiri, akan tetapi dilakukan oleh orang lain yang dalam hal ini dilakukan oleh pasukan atau bawahan yang berada dalam komando atau pengendalian efektifnya, merupakan suatu perkembangan baru dalam khasanah ilmu hukum.

Sebelum konsepsi pemikiran demikian diterapkan, telah berlaku suatu asas dalam ilmu hukum yang menyatakan bahwa pelaku kejahatan bertanggungjawab secara individual atas kejahatan yang dilakukannya. Dengan kata lain, penerapan pertanggungjawaban pidana bagi pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan tidak hanya terbatas pada *individual criminal responsibility* akan tetapi mencakup pula didalamnya penerapan prinsip pertanggungjawaban komando. Perluasan pertanggungjawaban pidana demikian dalam konsep HI dikenal sebagai bentuk *vicarious responsibility*. Ketentuan tersebut menegaskan bahwa dalam penerapan hukum pertanggungjawaban

komando terhadap pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, selain berlaku pertanggungjawaban pidana secara individu, juga dikenal adanya pertanggungjawaban komando, dimana seorang pemegang komando dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang tidak dilakukannya sendiri akan tetapi dilakukan oleh orang lain, dalam hal ini dilakukan oleh anak buah atau pasukan yang berada dalam kendali dan kekuasaan efektifnya. Konsepsi pertanggungjawaban komando menurut Muladi adalah :²⁶⁷

1. Bahwa seorang komandan profesional tahu atau seharusnya tahu terjadi kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat;
2. Komandan harus bertindak sesuai standar baku komando militer yang berlaku;
3. Komandan dapat dimintai pertanggungjawaban jika terbukti tidak melakukan upaya pencegahan serta tidak berusaha membawa pelaku kejahatan kepada aparat hukum yang berwenang;
4. Kalau seorang komandan tidak tahu terjadinya kejahatan terhadap kemanusiaan di wilayah yang menjadi tanggung jawabnya, berarti orang tersebut bukan komandan yang baik;
5. Untuk membuktikan terjadinya *omisi* (pembiaran) oleh seorang komandan, terlebih dahulu harus dibuktikan terjadinya *komisi* oleh anak buah. Dalam hal ini berarti komandan baru bisa dimintai pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat yang dilakukan anak buah atau bawahan yang berada dibawah komando

²⁶⁷ *Ibid*, halaman 4.

atau kendali efektifnya, bila kejahatan yang dilakukan anak buah atau bawahannya tersebut telah terbukti di depan sidang pengadilan.

Selain mengemukakan konsepsi pemikiran tentang pertanggungjawaban komando, Muladi juga mengemukakan unsur pokok yang harus dipenuhi dalam pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat terdiri dari ²⁶⁸ adanya hubungan antara atasan dan bawahan; atasan mengetahui atau beralasan untuk mengetahui bahwa telah terjadi kejahatan atau sedang dilakukan kejahatan; dan atasan gagal untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan dan beralasan untuk mencegah atau menghentikan tindak pidana atau berupaya untuk menghukum pelaku.

A.2. Dinamika Pengaturan Pertanggungjawaban Komando Dalam Instrumen Hukum Humaniter Internasional

Konsepsi-konsepsi pemikiran tentang pertanggungjawaban komando sebagaimana di atas, dalam perkembangannya menimbulkan upaya untuk mengatur substansi pertanggungjawaban komando tersebut secara yuridis formal dalam suatu instrumen hukum. Upaya demikian dilakukan sebagai bentuk pengkodifikasian hukum yang memuat substansi tentang pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat, demi terciptanya suatu kepastian hukum.

²⁶⁸Muladi, *Pertanggungjawaban Pidana Komandan*, Disampaikan pada kuliah Umum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang 27 Januari 2003, halaman 3.

Upaya pengaturan substansi pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat, secara yuridis formal dalam suatu instrumen hukum, telah tercover dalam HHI. HHI merupakan bagian dari HI, yang berfungsi mengatur mengenai tata laku perang (*conduct of war*) dan upaya memberikan perlindungan terhadap korban perang, yang bersumber pada Konvensi Den Haag 1907, Konvensi Jenewa 1949 maupun Protokol Tambahan 1977. Pengaturan pertanggungjawaban komando dalam HHI antara lain dapat dilihat pada Pasal 43 ayat (1) Konvensi Den Haag IV, Pasal 86 Protokol Tambahan I Konvensi Jenewa 1949, Pasal 6 dari *Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind* yang disusun oleh *International Law Commission*, Pasal 7 ayat (3) Statuta *ICTY*, Pasal 6 ayat (3) Statuta *ICTR* dan Pasal 28 ayat (2) Statuta *ICC*.

Konvensi Den Haag IV 1907 merupakan salah satu instrumen HHI yang mengatur pertanggungjawaban komando, yang dalam Pasal 43 ayat (1) telah menyebutkan bahwa anggota angkatan perang harus diletakkan dibawah otoritas komandan atau atasan yang bertanggung jawab terhadap perbuatan pasukan atau bawahan yang berada dibawah komando atau kendali efektifnya. Selanjutnya dalam ketentuan Pasal 43 ayat (2) Konvensi Den Haag 1907 juga telah disebutkan bahwa seorang atasan yang berwenang bertanggungjawab terhadap pelanggaran hukum perang yang dilakukan oleh prajuritnya selama peperangan. Selain ketentuan dalam Konvensi Den Haag 1907, dalam ketentuan *Article 3 The*

Regulation Annexed To 1907 Haque Convention IV,²⁶⁹ telah menetapkan pula bahwa seorang komandan militer dilarang melakukan penyerangan terhadap penduduk sipil maupun objek-objek sipil dalam suatu operasi militer. Berdasarkan ketentuan di atas, awalnya pertanggungjawaban komando tersebut “lahir” dalam konteks suatu peperangan, dimana komandan militer selaku pemegang komando bertanggungjawab terhadap pelanggaran hukum (perang) yang dilakukan pasukan atau anak buah yang berada dibawah kendali dan komando efektifnya.

Selain dalam Konvensi Den Haag, pertanggungjawaban komando juga telah diatur dalam Konvensi Jenewa 1949.²⁷⁰ Pasal 1 *Common Articles* pada keempat Konvensi Jenewa 1949 menyatakan bahwa negara-negara penandatangan konvensi melaksanakan penghormatan (*to respect*) dan menjamin penghormatan (*ensure respect*) terhadap konvensi dalam segala situasi. Kewajiban untuk menjamin penghormatan atas konvensi tersebut, mencakup perintah-perintah yang dikeluarkan oleh negara kepada aparaturnya termasuk komandan-komandan militer, untuk memenuhi kewajiban-kewajiban sebagaimana telah ditentukan dalam konvensi pada khususnya dan ketentuan HHI pada umumnya.

²⁶⁹ Fadilah Agus, *Tanggung Jawab Komando Dalam Hukum Humaniter*, Makalah Kursus Hukum Humaniter, Bandung, 2004, halaman 8.

²⁷⁰ Konvensi Jenewa tahun 1949 merupakan konvensi yang mengatur tentang perlindungan terhadap korban perang tersebut terdiri dari empat buah konvensi, yaitu :

1. Konvensi Jenewa I tentang “Perbaikan Bagi Anggota Angkatan Bersenjata Yang Luka dan Sakit Dalam Pertempuran Di Darat.
2. Konvensi Jenewa II tentang “Perbaikan Bagi Anggota Angkatan Bersenjata Yang Luka dan Sakit, Serta Korban Karam Dalam Pertempuran Di Laut.
3. Konvensi Jenewa III tentang “Perlindungan Terhadap Tawanan Perang”
4. Konvensi Jenewa IV tentang “Perlindungan Terhadap Penduduk Sipil Dalam Konflik Bersenjata”

Terkait dengan persoalan pertanggungjawaban komando, ketentuan Pasal 45 Konvensi Jenewa I tahun 1949 menyatakan bahwa setiap pihak dalam sengketa, melalui komandan-komandan tertingginya harus menjamin pelaksanaan dari pasal-pasal terdahulu secara rinci dan menetapkan ketentuan-ketentuan untuk mengatur hal-hal yang tak terduga, sesuai dengan azas-azas umum konvensi ini. Selanjutnya dalam Pasal 46 Konvensi Jenewa II tahun 1949 juga disebutkan bahwa setiap pihak yang bertikai, melalui panglima angkatan bersenjata, harus menjamin pelaksanaan dari pasal-pasal terdahulu dengan setepat-tepatnya dan menetapkan ketentuan-ketentuan untuk mengatur hal-hal yang tak terduga, sesuai azas-azas umum konvensi ini. Ketentuan dalam kedua pasal tersebut di atas, menegaskan bahwa para pihak yang terlibat dalam sengketa, bertindak melalui komandan tertinggi atau panglima angkatan bersenjata, senantiasa harus menjamin pelaksanaan ketentuan dalam konvensi.

Berkaitan dengan pertanggungjawaban komando tersebut, tindakan Presiden Roosevelt mencopot jabatan dan menghukum Jenderal Jacob H Smith, yang terbukti memberikan perintah secara melawan hukum pada anak buahnya untuk melakukan pembunuhan terhadap penduduk sipil dan pembakaran objek sipil dalam suatu operasi militer di Philipina, didasarkan atas :

1. Konvensi Jenewa 1949, sebagai salah satu sumber HHI yang mengatur tentang perlindungan terhadap penduduk sipil di waktu perang, telah menetapkan suatu kewajiban bagi para komandan militer untuk melakukan perlindungan terhadap penduduk dan objek sipil dalam melancarkan suatu operasi maupun serangan;

2. Negara AS merupakan salah satu negara yang turut serta meratifikasi Konvensi Jenewa 1949 yang mana dalam Pasal 1 Bab I Ketentuan Umum *Common Articles* telah mewajibkan pihak-pihak peserta agung (negara peserta) untuk menghormati dan menjamin penghormatan atas konvensi ini dalam segala keadaan;
3. Tindakan yang telah dilakukan Presiden Roosevelt di atas, dimaksudkan sebagai bentuk pertanggungjawaban negara melakukan *law enforcement* atas pelanggaran HHI.

Dalam Protokol Tambahan I tahun 1977 pengaturan mengenai substansi pertanggungjawaban komando telah diatur dalam ketentuan Pasal 86 dan Pasal 87.

Pasal 86 Protokol Tambahan I tahun 1977 menyebutkan bahwa :

- (1). Pihak-pihak peserta Agung dan pihak-pihak dalam sengketa harus menindak pelanggaran-pelanggaran berat, dan mengambil langkah-langkah yang perlu untuk menindak semua pelanggaran lainnya terhadap Konvensi atau Protokol ini sebagai akibat tidak dilakukannya suatu kewajiban ketika sedang bertugas untuk bertindak yang seharusnya;
- (2). Kenyataan bahwa suatu pelanggaran terhadap Konvensi atau Protokol ini dilakukan oleh seorang bawahan sama sekali tidak membebaskan para atasannya dari tanggungjawab pidana atau disiplin.

Ketentuan Pasal 86 Protokol Tambahan di atas mengatur kegagalan bertindak, telah menegaskan bahwa pelanggaran atas Konvensi atau Protokol yang dilakukan oleh bawahan (anak buah) tidak akan membebaskan atasan mereka dari tuntutan hukum, jika mereka mengetahui, atau memiliki informasi

yang memungkinkan mereka mengakhiri atau baru akan melakukan pelanggaran dan jika mereka tidak mengambil langkah-langkah didalam kekuasaan mereka untuk mencegah atau menekan pelanggaran tersebut. Ketentuan di atas berlaku untuk para perwira, karena tanggung jawab komando tersebut berkembang sejauh terdapat seorang perwira dalam rantai komando yang mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui bahwa bawahannya melakukan pelanggaran HAM berat dan gagal menghentikan pelanggaran tersebut.

Pertanggungjawaban komando terhadap para pemegang komando yang terdiri dari komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya, dapat diterapkan apabila para komandan atau atasan tersebut mengetahui, atau telah mendapat keterangan yang seharusnya memungkinkan mereka dalam keadaan pada saat itu untuk menyimpulkan bahwa bawahan atau anak buahnya tengah melakukan atau akan melakukan pelanggaran dan apabila mereka tidak mengambil segala tindakan yang dapat dilakukan dalam batas kekuasaannya untuk mencegah atau menindak pelaku pelanggaran yang merupakan anak buah atau bawahannya. Klaim atas perintah yang diberikan atasan tidak dapat dijadikan alat pembelaan atas tuduhan pelanggaran HAM berat, namun dapat dijadikan sebagai dasar pertimbangan untuk memperingan hukuman. Selanjutnya dalam Pasal 87 Protokol Tambahan I tahun 1977 yang mengatur mengenai kewajiban komandan, menyebutkan bahwa :

- (1). Pihak-pihak peserta Agung dan pihak-pihak dalam sengketa harus meminta komandan-komandan militer, berkenaan dengan anggota-anggota angkatan perang yang berada dibawah perintah mereka dan orang-orang lainnya yang

berada dibawah perintah mereka dan orang-orang lainnya yang berada di bawah pengawasan mereka, untuk mencegah dan dimana perlu untuk menindak dan melaporkan kepada penguasa yang berwenang terhadap pelanggaran Konvensi dan Protokol.

- (2). Agar supaya dapat mencegah dan menindak pelanggaran-pelanggaran, pihak-pihak peserta Agung dan pihak-pihak dalam sengketa harus meminta bahwa, sesuai dengan tingkat tanggungjawab mereka, para komandan menjamin bahwa anggota-anggota angkatan perang yang berada dibawah perintah mereka menyadari kewajiban-kewajiban mereka terhadap Konvensi dan Protokol.
- (3). Pihak-pihak peserta Agung dan pihak-pihak dalam sengketa harus meminta setiap komandan yang sadar bahwa para bawahan atau orang-orang lainnya yang berada dibawah pengawasannya akan melakukan atau telah melakukan suatu pelanggaran terhadap Konvensi atau Protokol, agar memprakarsai langkah-langkah sebagaimana diperlukan untuk mencegah pelanggaran-pelanggaran terhadap Konvensi atau Protokol, dan dimana patut memprakarsai diambilnya tindakan disiplin atau tindakan pidana terhadap pelanggaran-pelanggaran.

Berdasarkan ketentuan di atas, dapat disimpulkan bahwa Pasal 87 Protokol Tambahan I tahun 1977 memperluas tanggungjawab hukum para pemegang komando atas pasukannya, termasuk didalamnya personal-personal lain yang berada dibawah kendalinya. Prinsip pertanggungjawab komando dapat digunakan disemua tingkatan komando, dan berlaku tidak saja bagi pejabat militer namun

juga sipil lainnya. Pemegang komando wajib mencegah, menekan, dan menghukum pelaku pelanggaran hukum yang dilakukan oleh bawahannya. Berkaitan hal tersebut, idealnya para pemegang komando disetiap negara harus mempunyai sifat akuntabel terhadap kegagalan untuk mencegah, menghentikan, atau menghukum para pelaku pelanggaran HAM berat.

Masih berkaitan dengan persoalan pertanggungjawaban komando, Pasal 28 Statuta Roma Tahun 1998 yang menjadi dasar bagi pendirian ICC menyebutkan bahwa :

- (a). *A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where :*
 - (I). *That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and*
 - (II). *That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.*
- (b). *With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where :*
 - (I). *The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;*
 - (II). *The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and*
 - (III). *The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.*

Terjemahan bebasnya :

- (a). Seorang komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai seorang komandan militer secara pidana bertanggungjawab atas kejahatan di dalam yurisdiksi mahkamah yang dilakukan oleh pasukan dibawah komando atau kekuasaannya secara efektif, atau kewenangan dan pengendaliannya secara efektif sebagaimana mungkin kasusnya, sebagai akibat dari kegagalannya untuk melaksanakan pengendalian secara benar atas pasukan tersebut, dimana :
- (I) Komandan militer atau orang tersebut mengetahui atau, disebabkan oleh keadaan pada waktu itu, seharusnya mengetahui bahwa pasukan itu melakukan atau hendak melakukan kejahatan tersebut; dan
 - (II) Komandan militer atau orang tersebut gagal untuk mengambil langkah yang perlu dan masuk akal dalam kekuasaannya untuk mencegah atau menekan perbuatan mereka atau mengajukan masalah itu kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan dan penuntutan.
- (b). Berkenaan dengan hubungan atasan dan bawahan yang tidak digambarkan dalam ayat 1, seorang atasan secara pidana bertanggungjawab atas kejahatan yang termasuk dalam yurisdiksi mahkamah yang dilakukan oleh bawahan yang berada dibawah kewenangan dan pengendaliannya secara efektif, sebagai akibat dari kegagalannya untuk melaksanakan pengendalian dengan semestinya atas bawahannya, dimana :
- (I) Atasan tersebut mengetahui, atau secara sadar mengabaikan informasi yang dengan jelas mengindikasikan bahwa bawahannya sedang melakukan atau hendak melakukan kejahatan tersebut;
 - (II) Kejahatan itu menyangkut kegiatan yang berada dalam tanggung jawab efektif dan pengendalian atasan tersebut; dan
 - (III) Atasan gagal mengambil semua tindakan yang perlu dan masuk akal di dalam kekuasaannya untuk mencegah atau menekan perbuatan mereka atau mengajukan masalahnya kepada pejabat yang berwenang untuk penyelidikan dan penuntutan.

Statuta Roma 1998 yang menjadi dasar pendirian ICC menyebutkan bahwa pertanggungjawaban pidana atas pelanggaran HAM berat bukan hanya sebatas individual (*individual criminal responsibility*) tetapi juga meliputi pula didalamnya pertanggungjawaban komando (*command responsibility*). Berdasarkan ketentuan di atas, para pemegang komando bertanggungjawab atas kejahatan yang ia ketahui atau seharusnya ia ketahui dalam keadaan yang terjadi pada saat itu, dan hanya untuk kejahatan yang dilakukan dibawah komando dan kendalinya.

Selain itu, para pemegang komando juga rentan apabila ia gagal untuk mengambil langkah-langkah yang dianggap penting dan beralasan untuk mencegah dan menahan kejahatan yang dilakukan atau akan dilakukan bawahannya atau untuk kegagalan melaporkan kejahatan semacam itu kepada otoritas yang berwenang. Hal demikian juga terlihat dalam kasus Kolonel Meir yang tidak di tempat saat pelanggaran HAM berat berupa penyiksaan atas kelompok Intifada di Tepi Barat dan Jalur Gaza oleh pasukannya tahun 1998, namun secara *de jure* maupun *de facto* Meir pemegang kekuasaan tertinggi di wilayah tersebut, yang berdasarkan doktrin *command responsibility* wajib memikul tanggung jawab komando. Para pemegang komando diberi kewenangan untuk mencegah dan menghukum anak buahnya yang melakukan pelanggaran HAM berat (hukum).

Dari berbagai instrumen hukum di atas, memberikan kewajiban kepada para pemegang komando agar senantiasa bertanggungjawab untuk mencegah anak buahnya dari tindakan pelanggaran hukum serta bertanggungjawab untuk menghukum anak buahnya jika ketentuan hukum tersebut dilanggar. Dengan demikian, dapat dilihat bahwa dalam prinsip pertanggungjawaban komando tersebut, menjerat dua tindakan yang dilakukan para pemegang komando yaitu pembiaran (*ommision*) dan tindakan pelanggaran hukum positif (*commision*). Berkaitan dengan pertanggungjawaban komando, praktik internasional, menunjukkan bahwa awalnya prinsip pertanggungjawaban komando, diperuntukan kepada para komandan militer yang *nota bene* merupakan para perwira yang

memiliki kekuasaan dan kewenangan tertentu atas pasukan yang berada dibawah kekuasaan dan pengendalian efektifnya.

Secara teoritis, bila dilihat dari hubungan antara atasan dan bawahan (*superior-subordinate*), komando dibagi dalam dua jenis, yaitu *de jure* dan *de facto*. Komando secara *de jure* menitikberatkan kepada struktur formal pemegang kekuasaan dalam suatu entitas negara, sehingga berwenang mengeluarkan suatu kebijakan. Sedangkan komando secara *de facto* menitikberatkan pada kemampuan kontrol secara efektif (*duty to control*) pemegang komando terhadap anak buahnya, keharusan mengetahui segala tindakan anak buah (*had reason to know*), kewajibannya (*duties*) mencegah terjadinya pelanggaran (*duty to prevent*) dan memberikan hukuman bagi anak buah yang melanggar peraturan (*duty to punish*). Hubungan antara atasan dan bawahan menciptakan sebuah rantai komando, dimana pemegang komando taktis menjalankan fungsinya secara langsung pasukan yang berada dibawahnya, sementara pemegang komando tertinggi (*executive commanders*) bertanggungjawab sebagai pemegang kebijakan.

B. Praktik Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia

Suatu negara yang merdeka dan berdaulat dimana dalam wilayah yurisdiksinya patut diduga telah terjadi suatu pelanggaran HAM berat, maka negara tersebut berkewajiban untuk mempertanggungjawabkannya secara

internasional. Bentuk pertanggungjawaban tersebut dilakukan dengan cara menuntut dan mengadili para pelakunya pada lembaga peradilan yang berkompeten demi terputusnya praktik *impunity* sebagaimana selama ini terjadi diberbagai belahan dunia, tidak terkecuali dengan negara Indonesia.

Secara yuridis normatif dengan diberlakukannya UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, maka Indonesia telah mempunyai mekanisme nasional untuk melakukan penuntutan hukum berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Hal demikian membuka peluang dihadapkannya para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando ke depan sidang peradilan HAM yang sebelumnya menikmati *impunitas* dari rezim penguasa. Tindak lanjut pemberlakuan UU No. 26 tahun 2000 adalah dilakukannya upaya penyelidikan oleh Komnas HAM atas berbagai peristiwa yang patut diduga merupakan bentuk pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, yang para pelakunya dapat dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Berdasarkan hasil penyelidikan Komnas HAM tersebut, tiga kasus diantaranya telah diajukan ke lembaga peradilan HAM, yaitu dua pengadilan HAM *ad hoc* untuk kasus Timtim (1999) dan Tanjung Priok (1984), dan satu pengadilan HAM di Makasar untuk kasus Abepura (2000).

Pelaksanaan persidangan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando terhadap para komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya pada

kasus Timtim, kasus Tanjung Priok maupun kasus Abepura beberapa waktu lalu, tercatat dalam sejarah dunia terkait dengan penyelenggaraan peradilan HAM di Indonesia. Melalui peradilan HAM tersebut, Indonesia ingin menunjukkan suatu tekad untuk menunaikan kewajiban internasionalnya dengan mengadili para pelaku kejahatan *jus cogens* dalam HI, yang dalam hal ini berupa pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Kewajiban yang telah dilakukan negara Indonesia, merupakan suatu bentuk kewajiban internasional yang dibebankan oleh “masyarakat internasional” secara keseluruhan (*obligatio erga omnes*), dengan melaksanakan peradilan nasional HAM secara *fair* dan *impartiality*.²⁷¹ Para terdakwa didakwa dengan menggunakan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, berkaitan dengan pertanggungjawaban komando atas dugaan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 yang terdiri dari 2 ayat tersebut, membedakan antara pertanggungjawaban komando untuk komandan militer dalam ayat (1), dan pertanggungjawaban komando untuk atasan polisi maupun atasan sipil lainnya dalam ayat (2).

B.1. Penerapan Prinsip Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Kasus Timtim (1999) Khusus Terdakwa Herman Sedyono, Dkk

²⁷¹ Ifdhal Kasim, *Kegagalan Leipzig Terulang di Jakarta : Catatan Akhir Pengadilan HAM ad hoc Timor-Timur*, Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), Jakarta, 2003, halaman 3.

Penerapan prinsip pertanggungjawaban pidana bagi para komandan militer, atasan polisi, maupun atasan sipil lainnya atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada kasus Timtim (1999) berdasarkan ketentuan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000, dapat dilihat pada tabel di bawah ini.

Tabel Terdakwa Pelanggaran HAM Berat Kasus Timor-Timur

Berkas	Nama Terdakwa	Tuntutan	Putusan Hakim			
			Tingkat I	Banding	Kasasi	PK
I	Timbul Silaen (Mantan Kapolda Timtim)	Pidana penjara 10 tahun 6 bulan	Bebas	-	Bebas	
II	Abilio Jose Osorio Soares (Mantan Gubernur Timor Timur)	Pidana Penjara 10 tahun	Pidana penjara 3 tahun	3 tahun	3 tahun	Bebas
III	Herman Sedyono (Mantan Bupati KDH Tk. II Covalima)	Pidana penjara 10 tahun	Bebas	-	Bebas	
	Liliek Koeshadianto (Mantan PLH Dandim Suai)	Pidana penjara 10 tahun 6 bulan	Bebas	--	Bebas	
	Gatot Subiyakto (Mantan Kapolres Suai)	Pidana penjara 10 tahun 3 bulan	Bebas	--	Bebas	
	Achmad Syamsudin (Mantan Kasdim 1635 Suai)	Penjara 10 tahun	Bebas	--	Bebas	
	Sugito (Mantan Danramil Suai)	Pidana penjara 10 tahun	Bebas	--	Bebas	
IV	Asep Kuswani (Mantan Dandim Liquisa)	Pidana Penjara 10 tahun	Bebas	--	Bebas	
	Adios Salopa (Mantan Kapolres Liquisa)	Pidana penjara 10 tahun	Bebas	--	Bebas	
	Leonito Martin (Mantan Bupati Liquisa)	Pidana penjara 10 tahun	Bebas	--	Bebas	
V	Endar Priyanto (Mantan Dandim Dili)	Pidana penjara 10 tahun	Bebas	--	Bebas	
VI	Sudjarwo (Mantan Dandim Liquisa)	Pidana penjara 10 tahun	Pidana penjara 5 tahun	Bebas	Bebas	
VII	Hulman Gultom (Mantan Kapolres Dili)	Pidana penjara 10 tahun	Pidana penjara 3 tahun	Bebas	Bebas	
VIII	Eurico Guterres (Mantan	Pidana penjara	10 tahun	5 tahun	10 tahun	Bebas

	Wakil Panglima Pro Integrasi)	10 tahun				
IX	Adam Damiri (Mantan Pangdam Udayana)	Bebas	Pidana penjara 3 tahun	Bebas	Bebas	
X	Tono Suratman (Mantan Danrem Wiradharma)	Pidana penjara 10 tahun	Bebas		Bebas	
XI	Noer Muis (Mantan Danrem Wiradharma)	Pidana penjara 10 tahun	Pidana penjara 5 tahun	Bebas	Bebas	
XII	Yayat Sudrajat (Mantan Dansatgas Tribuana)	Pidana penjara 10 tahun	Bebas	-	Bebas	

Sumber : Diolah dari berbagai sumber, antara lain sebagai bahan primer bersumber dari hasil putusan lembaga peradilan maupun bahan sekunder yang bersumber dari media massa cetak maupun elektronik.

Pengadilan HAM *ad hoc* kasus Timtim (1999), dibentuk berdasarkan Keppres No. 53 tahun 2001 *yunto* Keppres No. 96 tahun 2001. Pengadilan HAM *ad hoc* berwenang mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando yang terjadi *pasca* jajak pendapat dengan *tempus delictie* bulan April hingga September 1999 dan *locus delictie* meliputi Dili, Liquica dan Suai Kovalima. Berdasarkan tabel di atas, para terdakwa yang dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando berjumlah delapan belas (18) orang yang terbagi dalam dua belas (12) berkas perkara. Para terdakwa yang termasuk dalam kategori komandan militer terdiri dari sepuluh (10) orang, yaitu : Liliek Koeshadianto (Mantan PLH Dandim Suai); Achmad Syamsudin (Mantan Kasdim 1635 Suai); Sugito (Mantan Danramil Suai); Asep Kuswani (Mantan Kasdim Liquisa); Endar Priyanto (Mantan Dandim Dili); Sudjarwo (Mantan Dandim Liquisa); Adam Damiri (Mantan Pangdam Udayana); Tono Suratman (Mantan Dandim Wiradharma); Noer Muis (Mantan Danrem Wiradharma); dan Yayat Sudrajat (Mantan Dansatgas Tribuana). Para terdakwa yang termasuk dalam kategori atasan polisi terdiri dari empat (4) orang, yaitu : Timbul Silaen (Mantan

Kapolda Timtim); Gatot Subiyakto (Mantan Kapolres Suai); Adios Salopa (Mantan Kapolres Liquisa); dan Hulman Gultom (Mantan Kapolres Dili). Para terdakwa yang termasuk dalam kategori atasan sipil lainnya terdiri dari empat (4) orang, yaitu : Abilio Jose Soares (Mantan Gubernur Timor Timur); Herman Sedyono (Mantan Bupati Covalima); Leonito Martin (Mantan Bupati Liquisa); Eurico Guterres (Mantan Wakil Panglima Pro Integrasi).

Berdasarkan tabel di atas, para terdakwa oleh majelis hakim pengadilan HAM *ad hoc* pada tingkat pertama telah diputus bebas sebanyak 66,67 %, diputus 3 tahun penjara 16,67 %, diputus selama 5 tahun penjara 11,11 %, dan yang diputus pidana penjara selama 10 tahun sebanyak 5,56 %. Pada tingkat banding sebanyak 16,67 % para terdakwa oleh majelis hakim telah diputus 3 tahun pidana penjara, yang berarti menguatkan putusan pengadilan HAM.²⁷² Sebanyak 66,67 % diputus bebas yang sebelumnya oleh majelis hakim pengadilan HAM diputus dengan pidana penjara²⁷³ selama 3 dan 5 tahun. Selanjutnya sebanyak 16,67 % terdakwa pada tingkat banding diputus pidana penjara 5 tahun yang mana sebelumnya pada tingkat pertama diputus dengan pidana penjara 10 tahun.²⁷⁴ Pada tingkat kasasi sebanyak 88,89 % para terdakwa diputus bebas, sedangkan sisanya 11,11 % diputus dengan pidana penjara masing-masing selama 3 tahun (a/n terdakwa Abilio Jose Soares mantan Gubernur Timtim) dan 10 tahun (a/n

²⁷² Lihat dalam putusan majelis Hakim perkara pelanggaran HAM berat kasus Timtim dengan terdakwa Abilio Jose Osorio Soares mantan Gubernur Timtim.

²⁷³ Lihat dalam putusan majelis Hakim perkara pelanggaran HAM berat kasus Timtim dengan terdakwa Hulman Gultom Mantan Kapolres Dili dan Adam Damiri Mantan Pangdam Udayana. Lihat pula dalam putusan majelis Hakim perkara pelanggaran HAM berat kasus Timtim dengan terdakwa Sudjarwo Mantan Dandim Liquisa dan Noer Muis Mantan Danrem Wiradharma.

²⁷⁴ Lihat dalam putusan majelis Hakim perkara pelanggaran HAM berat kasus Timtim dengan terdakwa terdakwa Eurico Guterres mantan Wakil Panglima Pro Integrasi.

terdakwa Eurico Guterres mantan wakil panglima pro integrasi). Khusus untuk Abilio Jose Osorio Soares dan Eurico Guterres pada pemeriksaan Peninjauan Kembali (PK), oleh majelis hakim Agung MA 100 % telah diputus bebas.

Majelis hakim menyimpulkan adanya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, namun mengenai pertanggungjawaban pidana para terdakwa berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando terjadi perbedaan keputusan yang diambil. Para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan adalah kelompok milisi pro intergasi, sementara pertanggungjawaban komando terhadap para pelaku yang diajukan ke pengadilan lebih banyak dikaitkan dengan posisi dan jabatannya saat peristiwa terjadi yang seharusnya mempunyai otoritas untuk melakukan upaya menghentikan kejahatannya. Realitas demikian mengakibatkan antara satu keputusan dengan keputusan yang lain seringkali tidak mempunyai kesamaan tingkat kesalahan dan sangat tergantung dengan panafsiran dari masing-masing majelis hakim, padahal kasus yang terjadi sangat berkaitan satu sama lainnya. Putusan penafsiran pertama menjelaskan bahwa pertanggungjawaban komando hanya berkaitan dengan adanya hubungan atasan dan bawahan yaitu antara pelaku dengan terdakwa, dan jika tidak ada hubungan antara pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dengan para terdakwa secara organisasional maupun pengendalian secara efektif maka terdakwa tidak dapat dimintai pertanggungjawaban pidana berdasar prinsip pertanggungjawaban komando sebagaimana telah diatur dalam Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Putusan penafsiran demikian tidak melihat para terdakwa sebagai pihak

yang mempunyai otoritas dan kewenangan tertentu untuk mencegah adanya pelanggaran HAM berat.²⁷⁵ Sedangkan putusan penafsiran kedua menjelaskan bahwa prinsip pertanggungjawaban komando berkenaan dengan adanya kegagalan bertindak atau kegagalan untuk melakukan langkah-langkah yang selayaknya, sehingga posisi terdakwa dengan kewenangannya merupakan faktor penting yang menentukan peranannya dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Komandan atau atasan tidak hanya bertanggung jawab terhadap tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya dalam pengendalian efektifnya tetapi juga tetap harus bertanggung jawab terhadap tindak pidana yang terjadi akibat tidak dilakukannya pengendalian pasukan secara patut, yaitu kegagalan mengambil langkah-langkah yang diperlukan guna mencegah atau menghentikan terjadinya pelanggaran HAM berat yang terjadi di dalam wilayah kekuasaan efektifnya.²⁷⁶

Terkait dengan hukuman minimal, untuk pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berupa pembunuhan dan penganiayaan hukuman minimalnya adalah 10 tahun, hanya untuk terdakwa Eurico Guterres yang dijatuhi hukuman sesuai dengan ketentuan tersebut. Para terdakwa lainnya yang dinyatakan bersalah dan harus bertanggung jawab secara pidana hanya dijatuhi hukuman pidana paling tinggi 5 tahun. Selanjutnya jika berbicara mengenai

²⁷⁵ Lihat dalam putusan Pengadilan HAM *ad hoc* dengan terdakwa Herman Sedyono dan putusan Asep Kuswani, dimana kesimpulan majelis Hakim menyebutkan bahwa memang terjadi pelanggaran HAM yang berat dan pelakunya adalah milisi pro integrasi yang tidak ada hubungan organisasional dengan para terdakwa sehingga terdakwa tidak mempunyai komando atau pengendalian yang efektif dan terdakwa tidak dapat dimintai pertanggungjawaban pidana.

²⁷⁶ Lihat dalam putusan Pengadilan HAM *ad hoc* dengan terdakwa Letkol. Soejarwo yang menjelaskan bahwa kendatipun pasukan yang berada di bawah pengendalian terdakwa bukan termasuk sebagai pelaku aktif tetapi pasukan terdakwa adalah sebagai pelaku pasif untuk mencegah, menghentikan, mengendalikan pasukan untuk bertindak secara efektif dan patut padahal wewenang itu ada padanya.

implementasi pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim tersebut, dapat dikemukakan beberapa hal sebagai berikut :

1. Dalam dua belas dakwaan tersebut, JPU *ad hoc* hanya menetapkan lima *locus delicti* yaitu peristiwa di kompleks gereja Liquisa, rumah Manuel Carascalao di Dili, Diosis Dili, rumah Uskup Bello di Dili dan kompleks gereja Ave Maria Suai, Kovalima, dengan *tempus delicti* peristiwa yang terjadi pada April dan September 1999. Sedangkan hasil penyelidikan KPP HAM Timtim menyebutkan telah terjadinya pelanggaran HAM berat selain dari kelima *locus delicti* di atas yang terjadi antara bulan Januari hingga Oktober 1999;
2. Sebagian besar berkas dakwaan JPU *ad hoc* hanya mencoba menunjukkan unsur sistematis dengan cara menyusun rangkaian peristiwa yang terjadi dalam kurun waktu tertentu, sebagaimana terlihat dalam berkas dakwaan terhadap Timbul Silaen, Adam Damiri, Noer Muis, Tono Suratman, Hulman Gultom dan Soedjarwo. Sedangkan untuk berkas perkara Eurico Guterres, Endar Priyanto, Jajat Sudrajat, Asep Kuswani dan Herman Sedyono dkk, JPU *ad hoc* terlihat sangat kesulitan untuk menkonstruksikan unsur sistematis dalam dakwaannya. Unsur meluas (*widespread*) dalam dua belas berkas dakwaan tersebut ditunjukkan oleh JPU *ad hoc* dengan cara menggunakan perluasan *locus* geografis dan *massivitas* korban. Perluasan *locus delicti* digambarkan dengan serangan yang diawali pada satu *locus* tertentu yang kemudian meluas pada wilayah lain dalam satu *region* yang sama, sedangkan *massivitas* korban digambarkan dengan jumlah banyaknya korban yang

meninggal maupun luka-luka. Pada berkas dakwaan yang *tempus delicti* atau *locus delicti* lebih dari satu, JPU *ad hoc* tidak begitu kesulitan untuk mengkonstruksi unsur *widespread* baik yang berdasarkan *locus* geografi maupun *massivitas* korban, tetapi bagi berkas perkara yang hanya memiliki satu *tempus* dan *locus delicti*, pihak JPU *ad hoc* terlihat kesulitan untuk mengkonstruksi unsur *widespread* berdasarkan *locus* geografi sehingga JPU *ad hoc* hanya memakai *widespread* berdasarkan *massivitas* korban;

3. Hampir seluruh perspektif yang digunakan dalam dakwaan berusaha menghilangkan keterkaitan kelompok-kelompok milisi sipil dengan aparat *offesif* negara yang terdiri dari TNI dan Polri. Dengan hilangnya konteks kelahiran kelompok-kelompok milisi sipil pro integrasi yang menjadi pelaku langsung dengan kehadiran *policy* keamanan tersebut, maka kemudian menggeser konteks peristiwa menjadi konflik *horizontal* antara kelompok sipil. Kehadiran milisi dalam dakwaan dipaparkan sebagai sesuatu yang terpisah dari institusi militer, dan diidentifikasi sebagai salah satu pihak dari pertentangan *horizontal* pro dan anti kemerdekaan. Inilah yang mengakibatkan dakwaan tidak dapat memperlihatkan kemunculan milisi sebagai bagian dari *policy* keamanan di Timtim. Konteks ini juga yang dapat menyebabkan putusnya mata rantai komando untuk memperlihatkan hubungan langsung peran militer, polisi dan pejabat sipil pemerintahan dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan oleh milisi sipil pro integrasi;

4. Terkait dengan pertanggungjawaban komando, menunjukkan adanya ketidakcermatan JPU *ad hoc* dalam menyusun dakwaan, terutama terhadap berkas perkara dengan terdakwa lebih dari satu orang dengan status berbeda yang tidak dibedakan pasal dakwaannya dan diberlakukan secara merata terhadap para terdakwa yang berimplikasi pada tidak terbuktinya dakwaan.
5. Selama proses persidangan tidak ada satu pun kasus dimana saksi korban menjadi pihak yang pertama didengar kesaksiannya sesuai dengan ketentuan Pasal 160 ayat (2) KUHAP. Pada tahap awal persidangan justru yang didengar adalah saksi-saksi dari kalangan satu institusi dengan terdakwa baik atasan maupun bawahan, hal demikian menunjukkan bahwa sejak awal JPU *ad hoc* tidak mempunyai kesiapan untuk membuktikan dakwaannya dengan tidak mempersiapkan saksi korban pada awal persidangan.
6. Upaya majelis hakim melakukan pemeriksaan terhadap saksi korban melalui *teleconference* dengan alasan yuridis untuk mencari kebenaran materiil karena proses pembuktian sebelumnya dianggap tidak cukup tanpa adanya keterangan saksi korban. Patut dicatat bahwa prosedur penggunaan *teleconference* ini tidak serta merta dapat diterima karena KUHAP sebagai landasan beracara dalam pengadilan HAM *ad hoc* tidak mengatur hal tersebut.
7. Melihat kedudukan para terdakwa yang masih berstatus dinas aktif dikesatuannya yang akan dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, sejak tahap penyelidikan hingga pemeriksaan persidangan tidak pernah dilakukan penahanan, sangat mungkin untuk melakukan penghilangan

barang bukti maupun mempengaruhi para saksi. Para terdakwa seharusnya dipahami sebagai seseorang yang bersalah dan bertanggung jawab secara individual dan bukan merupakan wakil atau representasi dari institusi dimana terdakwa berdinasi.

8. Kendala yang berpengaruh terhadap rendahnya kualitas keterangan saksi korban adalah tidak adanya perangkat peraturan perundang-undangan yang dapat memberikan perlindungan terhadap para saksi korban. Hal ini terlihat jelas ketika saksi korban memberikan keterangan yang disaksikan pengunjung sidang yang kebanyakan anggota Kopassus dan kelompok pro integrasi, terlihat sangat takut dan gugup sehingga secara substansial keterangannya tidak memberikan efek signifikan mendukung dakwaan JPU *ad hoc*.²⁷⁷
9. Secara umum saksi-saksi *non* korban maupun saksi *a charge* memberikan keterangan dan jawaban hampir seragam dan cenderung menguatkan posisi para terdakwa. Selain itu patut dikemukakan bahwa dalam beberapa kesaksian, terutama saksi yang dalam BAP cenderung menguatkan dakwaan justru melakukan pencabutan BAP. Selanjutnya dalam membuktikan adanya tanggung jawab komando terhadap para terdakwa, JPU *ad hoc* kesulitan membuktikan adanya pelaku yang merupakan bawahan ataupun anak buah terdakwa dalam pengendalian efektifnya yang melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Keterangan saksi di persidangan menunjukkan bahwa para pelaku kejahatan adalah kelompok masyarakat yang tidak ada hubungannya sama sekali dengan terdakwa.

²⁷⁷ Hasil wawancara penulis dengan H.M. Kabul Supriyadi seorang Hakim HAM *ad hoc* yang turut menyidangkan kasus pelanggaran HAM yang berat kategori kejahatana terhadap kemanusiaan kasus Timtim pada tanggal 12 April 2006.

10. Banyaknya saksi ahli yang diajukan tim penasehat hukum terdakwa dibandingkan dengan JPU *ad hoc*, berpengaruh terhadap pembuktian dakwaannya. Signifikansi kehadiran saksi ahli sangat perlu karena tidak jelas dan tidak lengkapnya ketentuan dalam UU No. 26 tahun 2000, yang dalam beberapa putusan majelis hakim, pendapat dari para saksi ahli digunakan sebagai acuan teoritis untuk menjelaskan unsur-unsur pasal yang didakwakan.
11. Mekanisme perlindungan terhadap saksi seperti yang ditentukan dalam PP No. 2 tahun 2002 yaitu dengan perahasiaan identitas saksi dan pemeriksaan kesaksian tanpa bertatap muka dengan terdakwa tidak pernah digunakan, baik oleh JPU *ad hoc* maupun majelis Hakim.

Dari dua belas berkas perkara pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim tersebut, dipilih satu diantaranya sebagai bahan analisis disertai yang berjudul “Pertanggungjawaban Komando (*Command Responsibility*) Atas Pelanggaran HAM Berat (Studi Kasus Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Di Indonesia). Perkara yang dipilih dalam hal ini adalah perkara dengan terdakwa Kol. Inf. Herman Sedyono dkk, dengan pertimbangan bahwa perkara tersebut dipandang cukup *representatif* mewakili para terdakwa yang terdiri dari komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya.

Berdasarkan putusan pengadilan HAM *ad hoc* Jakarta Pusat No. 03/Pid.B/HAM AD HOC/2002/PN Jakarta Pusat tanggal 15 Agustus 2002, Herman Sedyono dkk oleh JPU *ad hoc* dituntut dalam dakwaan primer, subsider serta lebih subsider, sebagaimana tampak dalam tabel dibawah ini.

Tabel Nama Para Terdakwa :

No.	Nama Terdakwa	Kedudukan	Dakwaan Primer	Dakwaan Sekunder	Dakwaan Subsider
1.	Kol.Inf.Drs.Herman Sedyono ²⁷⁸	Mantan Bupati KDH Tk II Kovalima	Pasal 7 huruf b, jjs Pasal 9 huruf a, Pasal 37, Pasal 42 ayat (1) a, b UU 26/2000, Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP	Pasal 41 jjs Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf a, Pasal 37 UU No. 26/2000	Pasal 42 ayat (2) jjs Pasal 9 huruf a, Pasal 37 UU No. 26/2000
2.	Kol.CZILiliek Koeshadianto ²⁷⁹	Mantan PLH. Dandim 1635 Suai Timtim	Pasal 7 huruf b, jjs Pasal 9 huruf a, Pasal 37, Pasal 42 ayat (1) a, b UU 26/2000, Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP	Pasal 41 jjs Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf a, Pasal 37 UU No. 26/2000	Pasal 7 huruf b jjs Pasal 9 huruf a, Pasal 42 ayat (1) sub a, b UU No. 26/2000
3.	AKBP.Drs.Gatot Subiyakto ²⁸⁰	Mantan Kapolres Suai Timtim	Pasal 7 huruf b, jjs Pasal 9 huruf a, Pasal 37, Pasal 42 ayat (1) a, b UU 26/2000, Pasal 55 ayat (1) ke-2	Pasal 41 jjs Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf a, Pasal 37 UU No. 26/2000	Pasal 7 huruf b jjs Pasal 9 huruf a, Pasal 42 ayat (1) sub a, b UU No. 26/2000

²⁷⁸ Kolonel Inf. Drs. Herman Sedyono, tempat lahir Malang, umur 54 tahun/tanggal lahir 12 Oktober 1947, jenis kelamin laki, kebangsaan Indonesia, tempat tinggal Bonorejo I/34 C-Solo, agama Katholik, Pekerjaan anggota TNI (Mantan Bupati KDH Tk. II Kovalima Timor-Timur), pendidikan Akabri.

²⁷⁹ Kolonel CZI. Liliek Koeshadianto, tempat lahir Madiun, umur 49 tahun/tanggal lahir 18 Nopember 1952, jenis kelamin laki, kebangsaan Indonesia, tempat tinggal di Jalan Adityawarman No. 40 Surabaya, agama Islam, Pekerjaan anggota TNI (Mantan PLH. Dandim 1635 Suai Timor-Timur), pendidikan Akabri.

²⁸⁰ Ajun Komisaris Besar Polisi Drs. Gatot Subiyakto, tempat lahir Blitar Jawa Timur, umur 42 tahun/tanggal lahir 17 Oktober 1959, jenis kelamin laki, kebangsaan Indonesia, tempat tinggal di Jalan A. Yani No. 2 Maros Sulawesi Selatan, agama Islam, Pekerjaan anggota Polri (Mantan Kapolres Suai Timor-Timur), pendidikan S.1/Sespim Polri.

			KUHP		
4.	Mayor Inf. Achmad Syamsudin ²⁸¹	Mantan Kasdim 1635 Suai Timtim	7 huruf b, jis Pasal 9 huruf a, Pasal 37, Pasal 42 ayat (1) a, b UU No. 26/2000, Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP	Pasal 41 jis Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf a, Pasal 37 UU No. 26/2000	Pasal 7 huruf b jis Pasal 9 huruf a, Pasal 42 ayat (1) sub a, b UU No. 26/2000
5.	Mayor Inf. Sugito ²⁸²	Mantan Danramil Suai Timor-Timur	Pasal 7 huruf b, jis Pasal 9 huruf a, Pasal 37, Pasal 42 ayat (1) a, b UU No. 26/2000, Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP	Pasal 41 jis Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf a, Pasal 37 UU No. 26/2000	Pasal 7 huruf b jis Pasal 9 huruf a, Pasal 42 ayat (1) sub a, b UU No. 26/2000

Sumber : Diolah dari berbagai sumber, dimana bahan primernya bersumber dari putusan lembaga peradilan sedangkan bahan sekunder bersumber dari media massa cetak maupun elektronik.

Berdasarkan hasil pembahasan majelis hakim pengadilan HAM *ad hoc* atas dakwaan primair JPU *ad hoc* sebagaimana tercermin dalam putusan pengadilan HAM *ad hoc* Jakarta Pusat tersebut di atas dapat dikemukakan hal-hal sebagai berikut :

- a. Pelanggaran HAM berat menurut Pasal 7 huruf b UU No. 26 tahun 2000, meliputi : b. kejahatan terhadap kemanusiaan. Pasal tersebut menyebutkan secara tegas yang termasuk dalam pelanggaran HAM berat, satu diantaranya adalah kejahatan terhadap kemanusiaan;

²⁸¹ Mayor infanteri Achmad Syamsudin, tempat lahir Tangerang Jawa Barat, umur 38 tahun/tanggal lahir 21 Juni 1964, jenis kelamin laki, kebangsaan Indonesia, tempat tinggal di PLP Curug Tangerang, agama Islam, Pekerjaan anggota TNI AD (Mantan Kasdim 1635 Suai Timtim), pendidikan Akmil.

²⁸² Mayor Infanteri Sugito, tempat lahir Banyuwangi Jawa Timur, umur 50 tahun/tanggal lahir 14 Juni 1952, jenis kelamin laki, kebangsaan Indonesia, tempat tinggal di Asrama Kodim 1604 Kupang, agama Kristen Protestan, Pekerjaan anggota TNI AD (Mantan Danramil Suai Timtim), pendidikan STM.

b. Pasal 9 huruf a UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b di atas adalah suatu 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 dan seterusnya. Pasal 9 huruf a di atas mengandung unsur-unsur pidana :

1). perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan meluas atau sistematis;

2). serangan tersebut diketahuinya ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil;

3). perbuatan yang dilakukan berupa pembunuhan sebagaimana yang tercantum Pasal 340 KUHP.

Unsur-unsur tindak pidana pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada kasus Timtim dengan terdakwa Herman Sedyono dkk, yang berupa perbuatan yang dilakukan sebagai bagian serangan meluas atau sistematis menurut majelis hakim pengadilan HAM *ad hoc* telah terpenuhi. UU No. 26 tahun 2000 beserta penjelasannya tidak memberikan batasan maupun pengertian yang jelas tentang apa yang dimaksud dengan serangan meluas. Fakta persidangan menunjukkan bahwa peristiwa di gereja Katholik Ave Maria dipicu kekecewaan hasil pengumuman jajak pendapat 4 September 1999 yang disinyalir kelompok pro integrasi telah terjadi kecurangan yang dilakukan *Unamet* yang berpihak pada kelompok pro kemerdekaan. Keadaan demikian menyebabkan terjadinya penyerangan

terhadap penduduk sipil kelompok pro kemerdekaan di gereja Katholik Ave Maria oleh kelompok pro integrasi yang terdiri dari kelompok Lakasur dan Mahidi 6 September 1999 yang mengakibatkan jatuh korban luka-luka maupun meninggal dunia. Patut dikemukakan bahwa karena unsur tindak pidana yang berupa perbuatan yang dilakukan sebagai bagian serangan yang meluas atau sistematis bersifat alternatif sehingga apabila unsur meluas sudah terpenuhi maka unsur sistematiknya menurut majelis hakim tidak perlu dibuktikan.

Unsur-unsur tindak pidana pelanggaran HAM berat berupa unsur serangan tersebut diketahuinya ditujukan secara langsung pada penduduk sipil, menurut majelis hakim telah terpenuhi dengan pertimbangan bahwa dalam Penjelasan Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan serangan yang ditujukan terhadap penduduk sipil adalah suatu rangkaian perbuatan yang dilakukan terhadap penduduk sipil sebagai kelanjutan kebijakan penguasa atau kebijakan yang berhubungan dengan organisasi. Fakta persidangan menunjukkan bahwa sebelum terjadi penyerangan di kompleks gereja Katholik Ave Maria Suai, kelompok pro integrasi yang terdiri dari kelompok Laksaur dan Mahidi sudah berkumpul mengelilingi kompleks gereja. Selain itu diperoleh petunjuk adanya waktu yang cukup untuk merumuskan suatu kebijakan organisasi atau kelompok pro integrasi untuk melakukan serangan terhadap para pengungsi pro kemerdekaan. Kelompok pengungsi yang berkumpul di kompleks gereja Katholik Ave Maria merupakan fakta yang tidak terbantahkan sebagai

penduduk sipil yang terdiri dari pastor, suster, bayi, anak-anak dan orang dewasa, yang menjadi sasaran penyerangan kelompok Laksaur dan Mahidi yang tergabung dalam kelompok pro integrasi, dengan cara telah melakukan penyerangan dengan sasaran tunggal dan dilakukan secara langsung terhadap penduduk sipil. Unsur perbuatan yang dilakukan berupa pembunuhan sebagaimana tercantum dalam Pasal 340 KUHP sebagai unsur tindak pidana²⁸³ pelanggaran HAM berat ketiga menurut majelis hakim telah terpenuhi dan terbukti dalam persidangan.

- c. Berkaitan dengan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim yang dilakukan oleh kelompok pro integrasi, Pasal 42 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, menyebutkan bahwa :

“Komandan militer atau seorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer bertanggung jawab terhadap tindak pidana yang berada di dalam yurisdiksi pengadilan HAM yang dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif atau dibawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif dan tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukannya pengendalian secara patut :

- a. komandan militer atau seorang tersebut mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat.
- b. komandan militer atau atasan tersebut tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan kerusakan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyidikan dan penyelidikan dan penuntutan.

Unsur-unsur tindak pidana pertanggungjawaban komando dalam Pasal 42 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM tersebut terdiri dari :

²⁸³ Unsur tindak pidana dalam Pasal 340 KUHP adalah unsur barang siapa, unsur dengan sengaja, unsur dengan direncanakan lebih dahulu, dan unsur menghilangkan nyawa orang lain.

- 1). unsur komandan militer atau seorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer;
- 2). unsur dapat dipertanggungjawabkan dalam yurisdiksi pengadilan HAM yang dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif atau dibawah kekuasaan atau pengendalian yang efektif; dan
- 3). unsur tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukannya pengendalian secara patut yaitu :
 - a). komandan militer atau seorang tersebut mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat;
 - b). komandan militer atau atasan tersebut tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan kerusuhan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyidikan dan penyelidikan dan penuntutan.

Terkait dengan persoalan unsur komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim, hasil pembahasan majelis hakim menyebutkan bahwa :

1. Terdakwa (I) Kol. Inf. Drs. Herman Sedyono tidak memenuhi unsur di atas, karena terdakwa sebagai pejabat Bupati Kepala Daerah Kovalima saat

terjadinya perkara pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim 6 September 1999.

2. Terdakwa (II) Letkol. Czi. Liliek Koehadianto memenuhi unsur di atas, karena terdakwa menjabat sebagai PLH Dandim 1635 Suai saat terjadinya perkara pelanggaran HAM berat Timtim 6 September 1999, dengan tugas pembinaan teritorial di kabupaten Kovalima. Dalam menjalankan tugas pokoknya terdakwa mempunyai anak buah, ada hubungan atasan dan bawahan tersebut, sehingga secara *hierarki* komando mempunyai wewenang komando dan pengendalian yang efektif terhadap anak buahnya.
3. Terdakwa (III) AKBP Gatot Subyaktoro tidak memenuhi unsur di atas, karena terdakwa anggota Polri yang menjabat sebagai Kapolres Suai saat terjadinya perkara pelanggaran HAM berat di Timtim 6 September 1999, dengan tugas pokok memelihara serta meningkatkan tertib hukum dan bersama-sama dengan segenap komponen pertahanan keamanan negara lainnya membina ketentraman masyarakat dalam wilayah kabupaten Kovalima. Terdakwa mempunyai kewenangan mengendalikan bawahannya sepanjang mereka sebagai anggota polri dan bukan komandan militer dan tidak mempunyai kewenangan mengendalikan pasukan yang berada dibawah komando yang efektif oleh karenanya terdakwa bukan komandan militer dan bukan orang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer.
4. Terdakwa (IV) Mayor Inf. Achmad Syamsudin memenuhi unsur di atas, karena menjabat sebagai Kepala Staf Kodim 1635/Suai saat terjadinya perkara pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan 6 September

1999, dengan tugas pokok membantu Komandan Kodim 1635/Suai mengkoordinir staf di tingkat markas Kodim 1635/Suai. Dalam hubungan atasan bawahan menurut aturan baku *hierarki* komando terdakwa adalah komandan militer yang efektif terhadap pasukan yang berada dibawahnya.

5. Terdakwa (V) Mayor Inf. Sugito memenuhi unsur di atas, karena sebagai Danramil 1635/Suai saat terjadinya perkara pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim 6 September 1996. Menurut aturan baku *hierarki* komando jabatan Danramil merupakan jabatan militer yang mempunyai kewenangan komando yang efektif terhadap pasukan yang ada dibawahnya.

Hasil pembahasan terhadap unsur dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada dalam yurisdiksi pengadilan HAM yang dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif atau dibawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif, menyebutkan bahwa Pasal 9 huruf a telah terbukti, yaitu pada tanggal 6 September 1999 terjadi kejahatan terhadap kemanusiaan berupa pembunuhan di kompleks gereja Katholik Ave Maria Suai yang dilakukan oleh kelompok Laksaur dan Mahidi yang tergabung dalam kelompok pro integrasi. Fakta persidangan menunjukkan bahwa kelompok Laksaur dan Mahidi yang tergabung dalam kelompok pro integrasi adalah kelompok masyarakat yang muncul sendiri dari kemauannya secara sukarela dalam rangka mendukung suksesnya pelaksanaan jajak pendapat untuk kemenangan kelompok pro integrasi. Para terdakwa tidak terdapat dan tidak mempunyai hubungan komando dan pengendalian yang efektif terhadap

kelompok Laksaur dan Mahidi dan sebaliknya kelompok Laksaur dan Mahidi bukan merupakan pasukan yang tidak berada dibawah komando dan pengendalian yang efektif atau dibawah kekuasaan dan pengendalian efektifnya. Para terdakwa tidak mempunyai hubungan *hierarki* garis komando dan pengendalian yang efektif dengan kelompok Laksaur dan Mahidi yang tergabung dalam kelompok pro integrasi dan sebaliknya kelompok Laksaur dan Mahidi bukan merupakan pasukan yang berada dibawah komando dan pengendalian yang efektif atau dibawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif. Selanjutnya disebutkan bahwa para terdakwa tidak dapat dipertanggungjawabkan atas terjadinya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim *pasca* jajak pendapat yang terbukti dilakukan oleh kelompok Laksaur dan Mahidi. Dengan demikian menurut majelis hakim unsur tersebut di atas tidak terpenuhi, dan berhubung salah satu unsur dalam Pasal 42 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 tidak terpenuhi, maka unsur-unsur selebihnya tidak perlu dibahas dan pasal tersebut harus dinyatakan tidak terbukti secara sah dan meyakinkan. Selanjutnya hasil pembahasan majelis hakim terhadap dakwaan subsider JPU *ad hoc* menyebutkan bahwa :

- a. Pasal 41 UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan : percobaan,²⁸⁴ permufakatan jahat²⁸⁵ atau perbantuan untuk melakukan²⁸⁶ pelanggaran sebagaimana

²⁸⁴ Belum ada ketentuan uu yang memberi definisi tentang arti percobaan Pasal 41, sehingga merujuk pada Pasal 53 ayat (1) KUHP sebagai pedoman pembahasan. Pasal 53 ayat (1) KUHP menyatakan percobaan untuk melakukan pembunuhan terancam hukuman bila maksud si pembuat sudah nyata dengan dimulainya perbuatan itu dan perbuatan tidak jadi hanyalah lantaran hal yang tidak bergantung dari kemauannya sendiri. Unsur percobaan dalam Pasal 41 tersebut menurut majelis Hakim tidak memenuhi batasan percobaan seperti dikehendaki dalam Pasal 53 KUHP.

²⁸⁵ Penjelasan Pasal 41 UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan permufakatan jahat adalah apabila dua orang atau lebih sepakat akan melakukan pelanggaran HAM berat. Oleh karena itu pembicaraan atau pertemuan-pertemuan sepanjang tidak untuk

termasuk dalam Pasal 8 atau Pasal 9 dipidana dengan pidana yang sama dengan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 36²⁸⁷, Pasal 37²⁸⁸, Pasal 38²⁸⁹, Pasal 39²⁹⁰ dan Pasal 40²⁹¹ UU No. 26 tahun 2000, menurut hasil pembahasan majelis hakim tidak terbukti.

- b. Hasil pembahasan pada dakwaan primer sepanjang Pasal 7 huruf b *junto* Pasal 9 huruf a UU No. 26 tahun 2000 jika dihubungkan pada pasal subsider menurut majelis hakim adalah bersesuaian dan diambil alih sebagai hasil pembahasan unsur dakwaan subsider. Berhubung unsur dalam Pasal 41 UU No. 26 Tahun 2000 dalam dakwaan subsider tidak terpenuhi, sehingga

melakukan kejahatan tidak dapat dikatakan permufakatan jahat. Selain itu tak satupun saksi yang menerangkan atau alat bukti yang menunjukkan para terdakwa pernah melakukan pembicaraan dengan kelompok Laksaur atau Mahidi untuk melakukan kejahatan kemanusiaan seperti yang telah terbukti sebagai perbuatan pembunuhan. majelis hakim berpendapat unsur permufakatan jahat tidak terpenuhi.

²⁸⁶ Arti kata pembantuan tidak dijelaskan apapun dalam UU No. 26 tahun 2000, oleh karena itu dipandang perlu merujuk arti kata membantu dalam Pasal 56 KUHP yang unsur-unsur pidananya berupa : (a). barang siapa sengaja membantu melakukan kejahatan; dan (b). barang siapa dengan daya upaya memberikan kesempatan, daya upaya atau keterangan untuk melakukan kejahatan menurut majelis Hakim tidak terpenuhi terhadap para terdakwa. Berdasar fakta persidangan keributan menjadi reda dan berhenti setelah para terdakwa masuk ke kompleks gereja menghentikan keributan serta melakukan evakuasi pengungsi ke Makodim. Selain itu, tak satupun saksi yang menerangkan atau alat bukti yang menunjukkan para pelaku dalam hal ini kelompok Laksaur dan Mahidi telah menemui atau melakukan pembicaraan yang bermaksud untuk meminta kesempatan atau daya upaya atau keterangan apapun bentuknya kepada para terdakwa dalam rangka melaksanakan penyerangan terhadap kelompok masyarakat pro kemerdekaan di kompleks gereja Katholik Ave Maria Suai.

²⁸⁷ Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 huruf a,b,c,d, atau e dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 25 (dua puluh lima) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun.

²⁸⁸ Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf a,b,d,e, atau j dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 25 (dua puluh lima) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun.

²⁸⁹ Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf c, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 5 (lima) tahun.

²⁹⁰ Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf f, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 5 (lima) tahun.

²⁹¹ Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf g,h, atau i dipidana dengan pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun.

dakwaan subsider pun harus dinyatakan tidak terbukti secara sah dan meyakinkan dan para terdakwa harus dibebaskan dari dakwaan subsider.

Selanjutnya hasil pembahasan majelis hakim atas dakwaan lebih subsider terhadap terdakwa (I) s/d (V) menyebutkan bahwa :

- a. Terhadap dakwaan lebih subsider khusus terdakwa I majelis hakim cukup menunjuk pada hasil pembahasan pada dakwaan primer yang menyebutkan bahwa telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berupa pembunuhan yang dilakukan oleh kelompok Laksaur dan Mahidi.
- b. Selanjutnya dalam rangka untuk mengetahui apakah terdakwa I dapat dipertanggungjawabkan dalam dakwaan yang lebih subsider, maka harus dibahas Pasal 42 ayat 2 sub a, b UU No. 26 tahun 2000, yang menyatakan bahwa :

“Seorang atasan baik Polisi maupun Sipil lainnya bertanggung jawab secara pidana terhadap pelanggaran HAM berat yang dilakukan oleh bawahannya yang berada dibawah kekuasaannya dan pengedaliannya yang efektif karena atasan tersebut tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar yaitu :

- a. atasan tersebut mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukkan bahwa bawahan sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat.
- b. atasan tersebut tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kewenangannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyidikan penyelidikan dan penuntutan

Berdasarkan Pasal 42 ayat 2 sub a, b UU No. 26 tahun 2000 di atas, maka untuk dapat menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat

kategori kejahatan terhadap kemanusiaan harus terpenuhinya unsur-unsur pidana sebagai berikut :

- a). seorang atasan baik polisi maupun sipil lainnya;
- b). bertanggung jawab secara pidana terhadap pelanggaran HAM berat yang dilakukan oleh bawahannya yang berada dibawah kekuasaannya dan pengedaliannya yang efektif;
- c). karena atasan tersebut tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar yaitu atasan tersebut mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukkan bahwa bawahan sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat;
- d). karena atasan tersebut tidak melakukan pengendalian bawahannya secara patut dan benar yaitu atasan tersebut tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kewenangannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyidikan penyelidikan dan penuntutan.

Unsur seorang atasan baik polisi maupun sipil lainnya menurut majelis hakim telah terpenuhi. Fakta persidangan menunjukkan bahwa terdakwa I Kol. Inf. Drs. Herman Sedyono menjabat sebagai Bupati KDH Tingkat II Kovalima saat terjadinya perkara pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim 6 September 1999, yang berdasarkan UU No. 5 tahun 1974 Tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Daerah berfungsi sebagai kepala daerah sekaligus kepala wilayah. Dengan demikian walaupun terdakwa I adalah

seorang militer namun dalam melaksanakan tugasnya sebagai seorang Bupati yang berfungsi sebagai kepala daerah sehingga bukan merupakan polisi akan tetapi adalah seorang sipil.

Menurut majelis hakim unsur bertanggung jawab secara pidana terhadap pelanggaran HAM berat yang dilakukan oleh bawahannya yang berada dibawah kekuasaannya dan pengedaliannya yang efektif tidak terbukti. Fakta persidangan menunjukkan kelompok Laksaur dan Mahidi yang tergabung sebagai kelompok pro integrasi merupakan kelompok masyarakat yang muncul sendiri dari kemauan mereka secara sukarela dalam rangka mendukung suksesnya jajak pendapat untuk kemenangan kelompok pro integrasi. Kelompok tersebut memakai kaos baju hitam merah dan putih bertuliskan Laksaur dan Mahidi serta tidak memakai seragam TNI, Polisi maupun Brimob dan tidak ada satu alat bukti apapun, baik berupa surat atau saksi yang menunjukkan adanya hubungan atasan atau bawahan antara kelompok Laksaur dan Mahidi disatu pihak dengan terdakwa I selaku atasan sipil dipihak lain. Terdakwa I dengan kelompok Laksaur dan Mahidi tidak terdapat dan tidak mempunyai hubungan perintah atau komando sebagai atasan kepada bawahan atau yang berada dibawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif dan sebaliknya kelompok Laksaur dan Mahidi bukan merupakan bawahan yang berada dibawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif terdakwa I. Dengan demikian maka terdakwa I tidak dapat dipertanggungjawabkan atas terjadinya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando.

Karena salah satu unsur Pasal 42 ayat (2) UU No. 26 tahun 2000 tidak terpenuhi, maka menurut majelis hakim unsur-unsur selebihnya tidak perlu dibahas lebih lanjut dan Pasal 42 ayat (2) tersebut harus dinyatakan tidak terbukti secara sah dan meyakinkan dan terhadap terdakwa I harus dinyatakan dibebaskan dari dakwaan lebih subsidair. Demikian pula dalam pembahasan terhadap dakwaan lebih subsidair khusus terdakwa II s/d V, majelis hakim cukup menunjuk pada hasil pembahasan pada dakwaan primer yang dinyatakan tidak terbukti secara sah dan meyakinkan, maka terhadap dakwaan lebih subsidair khusus terhadap terdakwa II s/d V harus dinyatakan pula tidak terbukti secara sah dan meyakinkan sehingga para terdakwa harus dinyatakan bebas dari dakwaan lebih subsidair.

Putusan majelis hakim HAM *ad hoc* pada Pengadilan Negeri di Jakarta Pusat 15 Agustus 2002 No : 03/PID.B/HAM.AD-HOC/2002/PN.JKT.PST pada pokoknya menyatakan bahwa para terdakwa I s/d V tidak terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana yang didakwakan dalam dakwaan primair, subsidair dan lebih subsidair; serta membebaskannya dari dakwaan primair, dakwaan subsidair dan dakwaan lebih subsidair. Atas putusan yang pada prinsipnya telah memvonis bebas para terdakwa I s/d V, JPU *ad hoc* melakukan kasasi ke MA dengan mengajukan keberatan-keberatan yang pada pokoknya sebagai berikut :

1. Majelis hakim pengadilan HAM *ad hoc* yang memeriksa dan mengadili perkara pidana pelanggaran HAM berat atas nama terdakwa I s/d V, telah

salah dalam menerapkan ketentuan hukum atau ketentuan hukum telah tidak dilaksanakan sebagaimana mestinya yaitu :²⁹²

- a. Majelis hakim dalam putusannya tidak mempertimbangkan keterangan para saksi yang keterangannya dihadapan penyidik dibawah sumpah²⁹³ yang telah dibacakan dimuka persidangan oleh JPU *ad hoc*;
 - b. Majelis hakim tidak mempertimbangkan fakta-fakta hukum yang terungkap dipersidangan berdasarkan keterangan para saksi tentang adanya kejadian-kejadian yang menonjol sebelum terjadinya peristiwa penyerangan oleh kelompok pro integrasi terhadap kelompok pro kemerdekaan yang mengungsi di kompleks gereja Katholik Ave Maria Suai 6 September 1999, yang seharusnya diperhatikan para terdakwa sesuai dengan tanggungjawab dan wewenangnya untuk mencegah timbulnya peristiwa tersebut;
2. Majelis hakim dalam memeriksa dan mengadili perkara ini telah keliru dalam menerapkan ketentuan hukum, yaitu keliru dalam menafsirkan ketentuan hukum atau unsur-unsur pidana yang didakwakan atas diri para terdakwa. Pasal 41 UU No. 26 tahun 2000 terutama mengenai pembantuan, majelis hakim telah memberikan penafsiran dengan pandangan yang sempit yang sangat bertentangan dengan prinsip-prinsip dasar dalam rangka menegakan

²⁹² Pasal 199 ayat (2) UU No. 8 tahun 1981 tentang KUHAP menentukan bahwa putusan hakim yang merupakan putusan pemidanaan maupun yang bukan pemidanaan harus memuat hal-hal sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 197 ayat (1) UU No. 8 tahun 1981 termasuk mengenai pertimbangan tentang seluruh fakta dan keadaan beserta alat pembuktian yang diperoleh dari pemeriksaan disidang yang menjadi dasar putusan bersalah tidaknya terdakwa.

²⁹³ Pasal 162 ayat (1) dan (2) *junto* Pasal 116 UU No. 8 tahun 1981 tentang KUHAP menyatakan bahwa jika keterangan itu sebelumnya telah diberikan dibawah sumpah, maka keterangan itu disamakan nilainya dengan keterangan saksi dibawah sumpah yang diucapkan dimuka sidang.

hukum yang berintikan keadilan, baik terhadap pelaku maupun para korban tindak pidana.

Putusan majelis Hakim Agung²⁹⁴ terhadap kasasi yang dilakukan JPU *ad hoc* di atas, tercermin dalam keputusan No. : 01/K/PID.HAM/AD.HOC/2003, yang intinya memvonis bebas para terdakwa I s/d V, dengan pertimbangan hukum sebagai berikut :

- a. Pada pengadilan tingkat pertama terdakwa sudah dinyatakan bebas murni berdasarkan keputusan Pengadilan HAM *ad hoc* pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tanggal 14 Agustus 2002 No. : 02/PID.B/HAM Ad. Hoc/ /2002/PN. Jkt. Pst;
- b. Pemeriksaan pada tingkat kasasi hanya mengenai kesalahan dalam penerapan hukum, tidak menerapkan hukum atau melampaui kewenangan yang diberikan undang-undang, tidak mengenai penilaian hasil pembuktian maupun pemeriksaan para saksi yang telah dipertimbangkan sesuai dengan hukum acara yang berlaku;
- c. Terkait dengan penerapan Pasal 42 ayat (1) dan (2) UU No. 26 tahun 2000, *Judex Factie* (Pengadilan Negeri) telah tepat dalam pertimbangannya, oleh karena dalam kasus tersebut tidak terbukti ada hubungan komandan atau atasan dengan bawahan yang berada dalam kekuasaannya dan pengendalian yang efektif, maka para terdakwa tidak dapat dipersalahkan terhadap

²⁹⁴ Putusan majelis Hakim Agung pada MA terjadi *dissenting opinion*, dimana Artidjo Alkostar, SH dan Prof. Dr. Sumaryo Suryokusumo, SH. LL.M. berpendapat bahwa kasasi JPU beralasan dan dikabulkan, sedangkan tiga majelis Hakim Agung lainnya, yaitu Dr. H. Eddy Djunaedi Kamasudiardja, SH.M.CJ., Prof. A. Mansyur Effendi, SH., dan Arbijoto, SH, berpendapat dalam putusannya bahwa kasasi JPU tidak beralasan *in casu* JPU tidak dapat membuktikan bahwa putusan *yudex factie* adalah putusan bebas tidak murni, sehingga menolak permohonan kasasi JPU.

pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan para pelaku yang bukan bawahannya;

- d. Dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan unsur-unsur pertanggungjawaban komando ini harus secara hati-hati dikonstruksikan sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku dan tidak meluas terhadap setiap pelaku berada di luar tanggung jawab para komandan atau atasan langsung. Menurut HHI agar seorang komandan atau atasan dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan bawahannya harus dipenuhi tiga unsur pokok, yaitu adanya hubungan atasan-bawahan yang berada dalam pengendalian efektifnya; atasan mengetahui bawahan sedang melakukan atau akan melakukan kejahatan; dan atasan gagal mencegah atau menghukum bawahannya. Praktik internasional menunjukkan bahwa pengangkatan *de jure* saja tidak menyebabkan seorang komandan atau atasan bertanggungjawab secara pidana apabila ia tidak mempunyai kewenangan dan pengendalian yang efektif terhadap para pelaku kejahatan. Ketiga unsur di atas, menurut ketentuan doktrin *of superior responsibility* haruslah terbukti untuk dapat mempertanggungjawabkan terhadap seorang atasan;
- e. *Judex Factie* telah tepat mempertimbangkan bahwa tidak terdapat hubungan atasan dan bawahan yang efektif antara para terdakwa dengan para pelaku kelompok Laksaur dan Mahidi, oleh karena itu para terdakwa tidak dapat dipersalahkan atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan oleh para pelaku. Selain itu tidak terbukti pula dipersidangan adanya kelalaian yang disengaja (*deliberate failure*) untuk tidak

melakukan pencegahan, oleh karena para terdakwa telah mengusahakan perdamaian sebelum hasil jajak pendapat diumumkan dan ketika terjadi bentrokan aparat keamanan telah berusaha mencegah dan menghentikannya, sehingga jatuhnya korban yang lebih banyak dapat dihindari.

- f. Pada saat terjadi peristiwa di kompleks gereja Katholik Ave Maria Suai 6 September 1999 para terdakwa I, II, dan III berada dilokasi untuk mencegah dengan memerintahkan para aparat untuk menghentikan kerusuhan dan memberikan perlindungan kepada anggota masyarakat yang memerlukan dan merawat korban yang menderita luka dan seandainya ada niat para terdakwa untuk melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan terhadap kelompok pro kemerdekaan, tentunya bentrokan tersebut tidak akan dicegah dan dihentikan dan para korban yang jatuh tentunya akan bertambah banyak;
- g. *Judex Facti* telah tepat dalam pertimbangan dan keputusannya yang menyebutkan tidak terbukti para terdakwa melakukan pembantuan. Hal itu dibuktikan dengan adanya usaha-usaha untuk melakukan perdamaian dan pencegahan waktu terjadi bentrokan antara dua kelompok yang bertikai. Seandainya ada niat dari para terdakwa untuk membantu para pelaku, tentu bentrokan tersebut tidak akan dicegah dan dihentikan dan para korban akan bertambah banyak;
- h. Oleh karena para terdakwa tidak terbukti melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan seperti yang didakwakan dalam dakwaan primair, subsidair dan lebih subsidair, dengan pertimbangan unsur

bawahan yang berada dalam pengendalian efektif para terdakwa tidak terbukti, maka putusan *Judex Facti* yang menyatakan para terdakwa dibebaskan dari dakwaan-dakwaan tersebut telah tepat;

- i. Tidak terbukti adanya hubungan hubungan yang bersifat struktural, organisasi maupun fungsional, antara atasan dan bawahan. Di samping itu, dalam persidangan juga tidak terbukti adanya kelalaian yang disengaja (*deliberate failure*) untuk tidak melakukan pencegahan, oleh karena para terdakwa telah mengusahakan perdamaian sebelum hasil jajak pendapat diumumkan, dan ketika terjadi bentrokan telah berusaha mencegah dan menghentikan sehingga jatuhnya korban yang lebih banyak dapat dihindari. Kondisi saat itu *chaos* melibatkan massa dalam jumlah besar, dan sangat emosional sehingga menimbulkan bentrokan di kompleks gereja Katholik Ave Maria Suai antara kelompok pro integrasi dan kelompok pro kemerdekaan, apa yang telah dilakukan para terdakwa sudah optimal. Para terdakwa secara maksimal telah berusaha untuk mencegah terjadinya bentrokan menjadi lebih parah, bahkan dapat memadamkannya. Bentrokan antara dua kelompok tersebut telah berlangsung sejak Timtim ditinggalkan Portugis, dan pada tanggal 3 September 1999 usaha pencegahan dengan pengupayaan perdamaian telah dilakukan di rumah terdakwa I di Covalima yang dihadiri pula terdakwa II, terdakwa III, pejabat Unamet, dan para wakil dari kedua kelompok.

**B.1.1. Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Penerapan Prinsip
Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM
Berat Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Kasus
Timtim (1999)**

Penerapan asas retroaktif dalam Pasal 43 Ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, telah mengakibatkan Abilio Jose Osorio Soares menjalani proses persidangan²⁹⁵ sebagai terdakwa dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berupa pembunuhan dan penganiayaan terhadap para penduduk sipil pro kemerdekaan sesuai ketentuan Pasal 42 ayat (2) huruf a dan b, Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf a dan h, Pasal 37 dan Pasal 40 UU No. 26 tahun 2000. Berdasarkan Putusan No. 01/PID.HAM/AD HOC/2002/PN. JKT.PST tanggal 14 Agustus 2002, Abilio Jose Osorio Soares dinyatakan bersalah dan dijatuhi hukuman pidana penjara selama 3 tahun. Pada tingkat banding putusan tersebut dikuatkan oleh putusan hakim Pengadilan Tinggi HAM *ad hoc* No. 01/PID.HAM/AD.HOC/2002/PT DKI tanggal 13 Maret 2003, dan pada tingkat kasasi *via* putusan MA No. 04K/PID.HAM/AD.HOC/2003 tanggal 1 April 2004, berisi penolakan permohonan kasasi JPU *ad hoc* dan Abilio Jose Osorio Soares selaku pemohon.

²⁹⁵ Surat Dakwaan No : Reg. Perkara: 02/HAM/TIM-TIM/02/2002 yang terdaftar di Kepaniteraan Pengadilan HAM *ad hoc* pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan No. perkara 01/PID.HAM/AD.HOC /2002/PN.JKT.PST.

Abilio Jose Osorio Soares adalah mantan Gubernur Timtim periode tahun 1994-1999, merasa hak dan atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan²⁹⁶ dengan diberlakukannya ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000²⁹⁷ tentang Pengadilan HAM, yang memberikan adanya suatu landasan persidangan berdasarkan asas retroaktif. Menurutnya hak untuk tidak dituntut dengan menggunakan asas berlaku surut adalah HAM yang ada pada setiap orang tanpa kecuali dan tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, sebagaimana diatur dalam Pasal 28 I ayat (1) amandemen kedua UUD 1945.²⁹⁸ Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 merupakan sumber hukum tertinggi dalam tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia, yang dengan jelas dan tegas menyatakan bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah HAM yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, dimana ketentuan ini adalah bersifat mutlak, tanpa kecuali dan tidak dapat disimpangi dengan alasan apapun, termasuk alasan keadaan luar biasa yang telah dijadikan alasan pembenar untuk memberlakukan asas berlaku surut atas perkara pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang didakwakan terhadapnya.

Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 yang mengatur berlakunya asas berlaku surut terhadap kasus pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dipandang pemohon bertentangan dengan Pasal 28 I ayat (1)

²⁹⁶ Pasal 51 ayat (1) huruf a UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, menyebutkan bahwa pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu sebagai perorangan warga negara Indonesia.

²⁹⁷ Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, menyebutkan bahwa pelanggaran HAM berat dan terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM *ad hoc*”.

²⁹⁸ Pasal 28 I ayat (1) amandemen kedua UUD 1945 menyebutkan bahwa hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah HAM yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

amandemen kedua UUD 1945. Selanjutnya berdasarkan putusan perkara No. 065/PUU-II/2004 Mahkamah Konstitusi, dapat dikemukakan hal-hal sebagai berikut :

1. Dalam permohonannya, Abilio Jose Osorio Soares selaku pemohon pada pokoknya menyatakan bahwa :

a. Rumusan Pasal 43 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM dianggap telah merugikan hak konstitusional dan hak asasi Abilio Jose Osorio Soares selaku pemohon, dimana pemohon diadili di pengadilan HAM *ad hoc* atas dugaan melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim *pasca* jajak pendapat;

b. Pasal 43 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM bertentangan dengan Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945.

2. Pemerintah dan DPR-RI berketetapan bahwa dalil-dalil pemohon tersebut adalah keliru dan tidak benar dengan argumentasi yang pada pokoknya menyebutkan :

a. Pembentukan Pasal 43 UU No. 26 tahun 2000 dimaksudkan untuk melindungi HAM, khususnya HAM korban Timtim *pasca* jajak pendapat dan tragedi Tanjung Priok. Untuk menjaga agar pelaksanaan HAM sesuai dengan harkat dan martabat manusia serta memberi perlindungan, kepastian, keadilan dan perasaan aman bagi perorangan maupun masyarakat, maka perlu diambil tindakan hukum atas pelaku pelanggaran HAM berat;

b. Kewajiban untuk menghormati HAM tercermin dalam pembukaan UUD 1945, Ketetapan No. XVII/MPR/1998 tentang HAM, UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM;

c. Sebagai tindak lanjut penugasan MPR kepada Presiden untuk menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM berat, maka dibentuklah UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Selanjutnya sebagai pelaksanaan Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, Presiden mengeluarkan Keppres No. 53 tahun 2001 *yunto* Keppres No. 96 tahun 2001 tentang Pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, yang berwenang untuk memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM berat yang terjadi di Timtim *pasca* jajak pendapat dan Tanjung Priok.

d. Pembentukan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM dimaksudkan untuk melaksanakan kebijakan pemerintah didalam :

- a). Menjawab sejumlah persoalan HAM yang bersifat "*recurrent*" yang telah dihadapi bangsa Indonesia dari masa ke masa serta menjawab sejumlah persoalan HAM yang muncul sebagai "*burning issues*" yang berdimensi internasional;
- b). Memberdayakan institusi-institusi HAM dalam menjawab sejumlah persoalan HAM masa kini dan mendatang karena akibat tidak memiliki orientasi masa depan dan ketidakmampuan bangsa kita menghadapi isu-isu HAM dalam bingkai pluralisme, bangsa kita telah dicap sebagai bangsa yang sarat dengan kekerasan;

e. Pembentukan UU No. 26 tahun 2000 mempunyai *spirit* yang secara umum dimaksudkan untuk : a. mengamankan penghormatan dan penghargaan terhadap HAM; b. menciptakan keadilan bagi semua masyarakat (*to achieve justice for all*); c. mengakhiri praktik "*impunity*" yaitu sikap mengabaikan tanpa memberi hukuman bagi para pelanggar HAM berat tanpa perkecualian; d. mencegah terjadinya hal serupa dimasa yang akan datang. Selain itu, pembentukan UU No. 26 tahun 2000 juga didasarkan atas pertimbangan bahwa peraturan perundang-undangan yang berlaku belum dapat menjangkau setiap pelanggaran HAM berat yang bersifat *extraordinary crimes*;

f. Dalil pemohon yang menyatakan Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM telah merugikan pemohon karena bertentangan dengan Pasal 28 I UUD 1945 adalah keliru dan tidak berdasar, dengan argumentasi sebagai berikut :

a). Penetapan Pasal 43 ayat (1) dimaksudkan untuk melindungi HAM dan menjadi dasar dalam penegakan hukum serta keadilan atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai kejahatan paling serius umat manusia. Tanpa asas tersebut, banyak pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang tidak teradili sehingga banyak korban pelanggaran HAM berat yang tidak memperoleh keadilan.

b). Penjelasan Pasal 4 UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM menyebutkan "... hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikecualikan dalam hal pelanggaran HAM berat yang digolongkan

kedalam kejahatan terhadap kemanusiaan". Demikian halnya dengan Penjelasan Pasal 4 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang menyatakan bahwa pelanggaran HAM berat seperti genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dapat diberlakukan asas *retroactive*.

c). Ketentuan dalam Pasal 28 I ayat (1) tersebut tidak bersifat *absolut* karena pemberlakuannya dibatasi dengan ketentuan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945. Dengan demikian tidak beralasan apabila *frase* "tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun" dalam Pasal 28 I ayat (1) menyebabkan ketentuan dalam Pasal 28 J ayat (2) menjadi tidak berarti, karena dalam Pasal 28 J ayat (2) juga terdapat penegasan bahwa "dalam menjalankan hak dan kewajibannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan perimbangan moral, nilai-nilai, agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis".

d). Pembentukan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM telah sesuai dengan ketentuan Pasal 5 dan Pasal 20 UUD 1945, dengan demikian tidak ada alasan untuk mempermasalahkan mekanisme pembentukannya.

3. Putusan majelis hakim Mahkamah Konstitusi menyebutkan bahwa Pasal 43 ayat (1) dan (2) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM sebagaimana

dimohonkan oleh pemohon, tidak terbukti bertentangan dengan UUD 1945, sehingga permohonan pemohon harus dinyatakan ditolak, dengan pertimbangan hukum sebagai berikut :

- a. Pembentukan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM sama sekali tidak merugikan HAM termasuk HAM pemohon, karena dimaksudkan justru untuk melindungi HAM.
- b. Pemberlakuan asas retroaktif dalam Pasal 43 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM cukup beralasan terhadap pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Timtim *pasca* jajak pendapat (1999) dan Tanjung Priok (1984), sehingga tidak bertentangan dengan Pasal 28 I UUD 1945.
- c. Kendatipun UUD 1945 membenarkan untuk dalam batas-batas tertentu mengesampingkan asas *non* retroaktif, namun pembentuk undang-undang telah sangat berhati-hati dalam menjabarkan maksud tersebut, yakni bahwa :
 - a). Pengadilan HAM *ad hoc* dibentuk hanya terhadap peristiwa-peristiwa tertentu, yaitu bukan terhadap semua peristiwa melainkan hanya terhadap peristiwa-peristiwa yang *locus delicti* dan *tempus delicti*-nya dibatasi sebagaimana disebutkan dalam penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM;
 - b). Peristiwa tertentu yang diduga mengandung pelanggaran HAM berat harus dinilai terlebih dahulu oleh DPR sebelum dapat dinyatakan adanya dugaan pelanggaran HAM berat atau tidak;

- c). Penerbitan Keppres guna membentuk pengadilan HAM *ad hoc* hanya apabila telah ada usul dari DPR yang berpendapat bahwa dalam suatu peristiwa tertentu diduga terdapat pelanggaran HAM berat;
- d. Pembentukan pengadilan HAM *ad hoc*, sebagai forum untuk mengadili pelaku kejahatan yang tergolong sebagai *the most serious crimes of concern to the international community as a whole*, sebagaimana diatur dalam Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 tahun 2000, di samping dapat dibenarkan menurut UUD 1945 juga oleh praktik internasional sebagai keyakinan yang dapat diterima umum (*communis opinio juris sive necessitatis*)²⁹⁹ antara lain ditunjukkan *via* pembentukan ICTY³⁰⁰ dan ICTR³⁰¹ berdasarkan Resolusi DK-PBB.³⁰²

B.2. Penerapan Prinsip Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Kategori Kejahatan Terhadap

²⁹⁹ Omer Y. Elagab, *International Law Documents Relating to Terrorism*, Cavendish Publishing Limited, 2000, halaman xix.

³⁰⁰ ICTY dibentuk (1993) dengan yurisdiksi untuk mengadili pelaku kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan, yang *tempus delicti*-nya dibatasi yaitu setelah 1 Januari 1991 dan *locus delicti*-nya adalah di wilayah bekas Yugoslavia.

³⁰¹ ICTR dibentuk (1994) dengan yurisdiksi untuk mengadili pelaku kejahatan genosida dan kejahatan serius lain terhadap Hukum Humaniter Internasional (*other serious crimes of international humanitarian law*), dengan *tempus delicti* antara 1 Januari sampai dengan 31 Desember 1994, sedangkan *locus delicti*-nya adalah Rwanda dan negara-negara tetangganya.

³⁰² Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, page 324

Kemanusiaan Kasus Tanjung Priok (1984) Khusus Terdakwa RA Butar-Butar

Hasil penyelidikan Komnas HAM³⁰³ menyimpulkan telah terjadi peristiwa pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dalam peristiwa Tanjung Priok 12 September 1984, yang pelakunya dapat dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Dari dua puluh tiga nama para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan hasil rekomendasi Komnas HAM, oleh Kejaksaan Agung hanya ditetapkan empat belas orang terdakwa yang dibagi dalam empat berkas perkara.³⁰⁴ Hasil putusan majelis hakim tingkat pertama (Pengadilan HAM *ad hoc*)³⁰⁵, tingkat banding (Pengadilan Tinggi) hingga tingkat kasasi (Mahkamah Agung) terkait dengan implementasi prinsip pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada kasus Tanjung Priok 12 September 1984, dapat dilihat pada tabel di bawah ini.

Tabel : Putusan Majelis Hakim Kasus Tanjung Priok

No	Nama Terdakwa	Putusan PN	Putusan PT	Putusan MA
01	RA Butar Butar Dakwaan I : Psl 42	Menghukum terdakwa RA Butar Butar dengan	Membatalkan putusan Pengadilan HAM Ad Hoc	Menguatkan putusan PT dengan suatu putusan

³⁰³ Latar belakang peristiwa Tanjung Priok 12 September 1984 berawal dari dikeluarkannya TAP MPR N0. IV tahun 1978 tentang Pedoman Penghayatan dan Pengamalan Pancasila (P4) yang kemudian mendapat tanggapan dari sebagian umat Islam sebagai gejala untuk mengecilkan umat Islam dan mengamakan Pancasila sebagai satu-satunya asas dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Kondisi inilah yang kemudian memperuncing perbedaan antara sebagian umat Islam tertentu dengan aparat keamanan sehingga terjadi peristiwa tersebut.

³⁰⁴ Sidang pertama pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan pada kasus Tanjung Priok digelar tanggal 15 September 2003 dengan terdakwa Sutrisno Mascung bersama 10 orang anak buahnya, sidang dengan terdakwa Pranowo digelar tanggal 23 September 2003, R.A Butar-Butar tanggal 30 September 2003, dan Sriyanto pada tanggal 23 Oktober 2003.

³⁰⁵ Pengadilan HAM *ad hoc* kasus Tanjung Priok 1984 terbentuk berdasarkan Keppres No. 96 tahun 2001 tanggal 1 Agustus 2001 tentang Perubahan Atas Keppres No. 53 tahun 2001 tanggal 23 April 2001 tentang Pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

	ayat 1 huruf a dan b jjs Psl 7 huruf b, Psl 9 huruf a, Psl 37 UU No. 26/2000; Dakwaan II : Psl 42 ayat 1 huruf a dan b jjs Psl 7 huruf b, Psl 9 huruf h, Psl 40 UU No. 26/2000; Dakwaan III : Psl 42 ayat 1 huruf a dan b jjs Psl 7 huruf b, Psl 9 huruf e UU No. 26/2000	pidana penjara selama 10 tahun. Memberi kompensasi kepada korban atau ahli warisnya yang proses serta jumlahnya sesuai ketentuan yang berlaku.	pada PN Jkt. Pst. No.03/PID.B/HAM/Ad.Hoc/2003/PN Jkt Pst. Membebaskan terdakwa RA Butar Butar	bebas terhadap terdakwa RA Butar-Butar
02	Sriyanto Dakwaan I : Psl 7 huruf b jjs Psl 9 huruf a, Psl 37 UU No. 26/2000, Psl 55 ayat 1 ke 1 KUHP Dakwaan II : Psl 7 huruf b jjs Psl 9 huruf a, Psl 41, Psl 37 UU No. 26/2000, Psl 55 ayat 1 ke-1, Pasal 53 ayat (1) KUHP Subsider : Psl 7 huruf b jjs Psl 9 huruf h, Psl 40 UU No. 26/2000, Psl 55 ayat 1 ke-1 KUHP	Membebaskan terdakwa Sriyanto, karena tidak terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan pelanggaran HAM berat dalam dakwaan I, II serta dalam dakwan subsider.	--	Memutus bebas terhadap Sriyanto karena tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, walau terjadi <i>dissenting opinion</i> dari Artidjo Alkotsar
03	Pranowo Dakwaan I : Psl 7 huruf b jjs Psl 9 huruf e, Psl 37 UU No. 26/2000, Psl 55 ayat 1 ke-1, Psl 64 KUHP. Dakwaan II : Psl 42 ayat 1 huruf a dan b jjs Psl 7 huruf b, Psl 9 huruf f, Psl 39 UU No. 26/2000, Psl 64 KUHP	Membebaskan terdakwa Pranowo karena tidak terbukti bersalah secara sah dan meyakinkan melakukan tindak pidana dalam dakwaan I dan II.	--	Memutus bebas terhadap Pranowo karena tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, walau terjadi <i>dissenting opinion</i> dari Artidjo Alkotsar Kasasi
04	Sutrisno Mascung, dkk Dakwaan I : Psl 7 huruf b jjs Psl 9 huruf a, Psl 37 UU No. 26/2000, Psl 55 ayat 1 ke-1 KUHP Dakwaan II : Psl 7 huruf b jjs Psl 9 huruf a, Psl 41, Psl 37 UU No. 26/2000, Psl 55 ayat 1 ke-1, Psl 53 ayat 1 KUHP Dakwaan III : Psl 7 huruf b jjs Psl 9 huruf h, Psl 40 UU No. 26/2000, Psl 55 ayat 1 ke-1 KUHP	Putusan Majelis Hakim menyatakan terdakwa 1. Sutrisno Mascung; 2. Asrori; 3. Siswoyo; 4. Abdul Halim; 5. Zulfata; 6. Sumitro; 7. Sofyan Hadi; 8. Prayogi; 9 Winarko; 10. Idrus; 11. Muchson; terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berupa pembunuhan dan percobaan pembunuhan serta menjatuhkan pidana kepada terdakwa 1 selama 3 tahun pidana penjara dan kepada terdakwa 2 s/d 11 masing-masing 2 tahun pidana penjara. Membebaskan negara membayar kompensasi berupa materil sebesar	Perkara dengan terdakwa Sutrisno Mascung dkk oleh Majelis Hakim pada tingkat banding PT pada intinya diputus bebas pada tanggal 31 Mei 2005. Putusan tersebut membatalkan putusan Pengadilan HAM Ad Hoc PN JKT PST No 01/Pid. HAM/Ad Hoc/2003/Jkt Pst tanggal 20 Agustus 2004. <i>Dissenting opinion</i> oleh Sri Handoyo menyatakan bahwa alasan, pertimbangan dan putusan Majelis Hakim yang dimohonkan banding sudah benar dan tepat, kecuali pemberian kompensasi.	Putusan Membebaskan Sutrisno Mascung dkk, karena tindak pidana yang dilakukan bkn merupakan kewenangan pengadilan HAM <i>ad hoc</i> . Majelis

		<p>Rp. 658.000.000.00,- dan immateril sebesar Rp. 357.500.000.00,- kepada 13 orang korban/ahli waris.</p> <p><i>Disenting opinion</i> dilakukan Heru Susanto dan Amirudin Aburaera, yang menyatakan bahwa dalam peristiwa yang mengakibatkan korban meninggal dunia maupun luka dan juga kerugian bagi keluarganya tetap merupakan kesalahan dari para terdakwa, tetapi bukan dalam bentuk kejahatan kemanusiaan. Karena itu pengadilan HAM <i>Ad Hoc</i> tidak berwenang memeriksa kesalahan para terdakwa. Mereka menilai permintaan ganti rugi harus dikesampingkan karena perbuatan para terdakwa tidak terbukti memenuhi rumusan kejahatan terhadap kemanusiaan, sehingga para terdakwa harus dibebaskan.</p>		
--	--	--	--	--

Sumber : diolah dari berbagai bahan utama yang berasal dari putusan lembaga peradilan, Komnas HAM dan ELSAM maupun bahan yang berasal dari media massa cetak maupun elektronik selama penelitian.

Tabel di atas menunjukkan bahwa para terdakwa pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan kasus Tanjung Priok seluruhnya terdiri dari para komandan militer, tanpa ada terdakwa yang berasal dari atasan polisi maupun atasan sipil lainnya. Putusan majelis hakim HAM *ad hoc* tingkat pertama dalam perkara Tanjung Priok menunjukkan adanya kontradiksi mengenai peristiwa yang terjadi. Putusan terhadap terdakwa RA Butar-butar menunjukkan adanya peristiwa pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dimana terdakwa telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah telah membiarkan penganiayaan yang dilakukan terhadap anggota massa yang ditahan dalam kerusuhan tersebut dan menjatuhkan pidana

penjara 10 tahun terhadap terdakwa. Putusan tersebut berbeda dengan putusan terhadap terdakwa Sriyanto atas peristiwa yang sama, dimana majelis hakim menyatakan bahwa perbuatan yang terjadi bukan merupakan pelanggaran HAM berat sehingga memutus bebas terhadap terdakwa. Demikian pula putusan terhadap terdakwa Sutrisno Mascung dkk, meskipun putusan majelis hakim diambil dengan suara terbanyak³⁰⁶ menegaskan bahwa telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dalam peristiwa Tanjung Priok dan menjatuhkan pidana penjara terhadap para terdakwa. Sementara terdakwa Pranowo karena tidak terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah telah melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, maka majelis hakim memutus bebas. Patut dikemukakan bahwa pada putusan tingkat pertama sebanyak 87,71 % majelis hakim HAM telah memutuskan para terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah berdasarkan dakwaan JPU *ad hoc* sehingga menjatuhkan pidana penjara (RA Butar Butar dan Sutrisno Mascung dkk). RA Butar Butar maupun Sutrisno Mascung dkk yang pada tingkat pertama oleh majelis hakim divonis bersalah dan dipidana penjara, pada tingkat banding maupun tingkat kasasi 100 % majelis hakim telah memutus bebas para terdakwa. Putusan demikian tidak terlepas dari lemahnya surat dakwaan JPU *ad hoc* terutama dalam menentukan unsur meluas atau sistematis sebagai unsur utama dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan serta eksplorasi yang kurang maksimal JPU *ad hoc* dalam kerangka membuktikan

³⁰⁶ Terjadi *dissenting opinion*, dimana Hakim Heru Susanto dan Amirudin Aburaera berpendapat bahwa perbuatan para terdakwa tidak merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan dan harus dibebaskan (*vrijspraak*).

unsur meluas, unsur sistematik maupun unsur tanggungjawab komando terhadap para terdakwa.

Dari empat berkas perkara pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan kasus Tanjung Priok, dipilih satu diantaranya sebagai bahan pembahasan disertasi, yaitu berkas perkara dengan terdakwa Kol. Inf. RA Butar Butar, dengan pertimbangan cukup representatif mewakili para terdakwa yang terdiri dari para komandan militer dengan pangkat tertinggi.

Dr. Arifin Sari Surungan Tambunan selaku saksi ahli menerangkan bahwa dalam doktrin TNI, komandanlah yang bertanggungjawab atas kinerja pasukan yang dipimpinnya, sehingga apabila pasukannya gagal melaksanakan tugasnya maka komandanlah yang bertanggung jawab dan komandan tidak boleh menyalahkan bawahannya yang tidak mengerti dan salah dalam melaksanakan perintahnya.³⁰⁷ Seorang komandan dapat disebut sebagai komandan yang efektif kalau dapat dengan baik mengendalikan pasukannya sesuai dengan prosedur yang berlaku, dapat melaksanakan tugas yang diembannya dan pasukannya secara tepat guna serta dalam waktu yang sesingkat-singkatnya dan mampu menekan kehilangan personil dan materiil sampai tingkat yang seminal mungkin. Sementara itu Dr. Edi Purnomo menyebutkan bahwa pengertian komando yang efektif berdasarkan pendekatan rantai komando, berposisi berdekatan dengan pasukan yang digerakan/diperintahkan melaksanakan tugas, sehingga dapat pula disebut komandan langsung yang berada di lapangan, sedangkan komandan yang keberadaannya tidak terdekat dengan pasukan disebut komandan tidak langsung.

³⁰⁷ Lihat dalam putusan Pengadilan HAM No. 03/PID/HAM/AD.HOC/2003/PN.JKT.PST dengan terdakwa Rudolf Adolf Butar Butar, halaman 118.

Perintah atasan harus memenuhi empat unsur, yaitu perintah harus ditujukan kepada seorang bawahan; dia harus atasan dari orang yang diperintahnya; dia berwenang mengeluarkan perintah; isi perintah termasuk kewenangannya. Perintah yang diberikan seorang atasan kepada bawahannya harus mengenai kedinasan dan bawahan penerima perintah harus mengerti akan maksud dari perintah yang diterimanya, sehingga apabila bawahan melaksanakan tugasnya sesuai dengan perintah yang diberikan atasannya, maka hasil pelaksanaan perintah merupakan tanggung jawab atasan pemberi perintah.³⁰⁸ Selain itu setiap atasan wajib untuk mengawasi kegiatan bawahannya dalam melaksanakan tugas kewajibannya.³⁰⁹

Hasil pembahasan majelis hakim terhadap dakwaan kesatu JPU *ad hoc*, dimana terdakwa RA Butar Butar didakwa melanggar ketentuan Pasal 42 ayat (1) huruf a dan b jjs Pasal 7 huruf b, dan Pasal 9 huruf a, Pasal 37 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, menyebutkan bahwa :

- a. Elemen-elemen kejahatan yang harus dibuktikan meliputi : 1). tindak pidana yang berada didalam yurisdiksi pengadilan HAM; 2). yang dilakukan pasukan yang berada dibawah komando dan pengendalian efektif atau dibawah kekuasaan dan pengendalian yang efektif; 3). komandan militer atau seseorang yang secara efektif atau seseorang bertindak sebagai komandan militer tidak melakukan pengendalian secara patut; 4). mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukannya sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat; 5). tidak melakukan tindakan

³⁰⁸ Lihat dalam ketentuan Pasal 11 dan Pasal 12 Peraturan Disiplin Tentara (PDP)

³⁰⁹ Lihat dalam Pasal 5 butir 4 Peraturan Disiplin Militer (PDM)

yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan; 6). berupa pembunuhan.

- b. Hasil pembahasan majelis hakim atas unsur adanya pelanggaran HAM berat yang berada didalam yurisdiksi pengadilan HAM, menyebutkan bahwa berdasarkan fakta persidangan saat terjadi peristiwa Tanjung Priok 12 September 1984, terdakwa RA Butar Butar menjabat sebagai Komandan Distrik Militer 0502/Jakarta Utara. Sesuai Pasal 42 ayat (1) huruf a dan b UU No. 26 tahun 2000, terdakwa dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada didalam yurisdiksi pengadilan HAM, yaitu terhadap perbuatan pelanggaran HAM berat yang dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif.
- c. Penjelasan umum UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa pelanggaran HAM berat merupakan *extraordinary crimes* dan berdampak secara luas, baik dalam tingkat nasional maupun internasional. Di samping itu pemberlakuan undang-undang tentang HAM juga mengandung misi mengemban tanggung jawab moral dan hukum dalam menjunjung tinggi pelaksanaan *UDHR* yang ditetapkan oleh PBB dan dalam berbagai instrumen HI lainnya yang mengatur HAM yang telah diratifikasi Indonesia, serta putusan-putusan Peradilan Pidana Internasional yang menyebutkan bahwa :³¹⁰

³¹⁰ Lihat putusan Majelis Hakim No. 03/PID/HAM/AD.HOC/2003/PN.JKT.PST, halaman 174

a). perbuatan pidana yang dilakukan oleh bawahan tidak akan menghilangkan kesalahan dan tanggung jawab seorang komandan jika yang bersangkutan mengetahui atau seharusnya beralasan untuk tahu;

b). demikian pula terhadap seorang komandan yang tidak menyerahkan pasukannya kepada pejabat yang berwenang untuk disidik dan dituntut;

c). hal yang sama juga diberlakukan jika sang komandan gagal untuk mengambil tindakan untuk mencegah atau menghentikan kejahatan tersebut padahal ia mengetahui bahwa pasukannya akan melakukan atau baru saja melakukan kejahatan kemanusiaan.

d. Seorang komandan atau atasan bertanggung jawab jika ia gagal untuk mencegah atau gagal menghukum anak buahnya yang melakukan pelanggaran HAM berat.

Selain itu, terkait dengan penerapan prinsip pertanggungjawaban komando, dalam putusan *ICTY* dan *ICTR* telah pula mengembangkan prinsip-prinsip bahwa :

a). tanggung jawab individu dapat dituntut terhadap seseorang yang merencanakan, menghasut, memerintahkan atau memberikan bantuan atau bersekongkol dalam perencanaan, persiapan atau pelaksanaan kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan;

b). kedudukan resmi (*official position*) orang yang dituduh, baik sebagai kepala negara atau pemerintah, atau pejabat resmi pemerintah yang bertanggungjawab, tidak membebaskannya dari tanggung jawab atas kejahatan ataupun meringankan hukumannya;

- c). kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan bawahannya tidak akan membebaskan pimpinan atau atasannya dari tanggung jawab pidana, jika ia mengetahui atau dengan pertimbangan akal sehatnya mengetahui bahwa bawahannya akan melakukan kejahatan dan atasan atau pimpinannya gagal untuk mengambil tindakan-tindakan yang perlu dan masuk akal untuk mencegahnya atau gagal untuk menghukum pelakunya;
- d). alasan karena perintah atasan tidak akan membebaskan dari pertanggungjawaban pidana, tetapi dapat dipertimbangkan sebagai hal yang meringankan.

Terdakwa RA Butar Butar dalam pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan kasus Tanjung Priok, disamping menjabat sebagai Dandim 0502/Jakarta Utara juga sebagai Dansubgar dan Dansatpamwil, dan pada tanggal 12 September 1984 terdakwa juga menjadi Danru III dari Batalyon Arhanudse yang di BKO kan ke Makodim 0502/Jakarta Utara. Terdakwa sebagai komandan mempunyai anak buah dan berhak memerintahkan dan sekaligus bertanggung jawab terhadap perbuatan pasukan yang berada dibawah komando dan kendalinya. Pelanggaran HAM berat sebagaimana terumus dalam kejahatan terhadap kemanusiaan, merupakan kejahatan yang sangat serius menurut Hukum Kebiasaan Internasional yang menjadi musuh bersama seluruh umat manusia (*hostis humanis generis*) dalam HI.³¹¹ Hukum kebiasaan internasional merupakan salah satu sumber HI yang paling tua, merupakan hukum yang mengikat yang berasal dari praktik-praktik yang telah dilakukan oleh negara-

³¹¹ Zoran Pajic, *Crimes Against Humanity : Problem of International Responsibility*, Dalam Robert Blackburn dan James J.B, ed, *Human Right for 21 st Century*, Printer, London, 1997.

negara. Syarat agar suatu kebiasaan internasional dapat menjadi bagian dari norma HI, bilamana telah dipenuhinya dua syarat sebagai berikut :³¹²

- a. Perilaku itu harus merupakan fakta dan praktek atau perilaku yang secara umum telah dilakukan atau dipraktikkan oleh negara-negara (*the evidence of material fact*);
- b. Perilaku yang telah dipraktikkan secara umum tersebut, oleh Negara-negara atau masyarakat internasional, telah diterima atau ditaati sebagai perilaku yang memiliki nilai sebagai hukum (*opinion juris sive necessitatis* atau cukup disebut dengan *opinion juris*).

Menurut majelis hakim, kata meluas berhubungan dengan dengan besaran jumlah korban, skala yang luas dari perbuatan, dilakukan secara kolektif dengan tingkat keseriusan yang tinggi. Sedangkan kata sistematis mengindikasikan suatu perencanaan yang terorganisasi dan selalu dilakukan dengan menggunakan suatu pola tertentu yang relatif sama. Serangan tersebut harus dilakukan sesuai dengan atau sebagai kelanjutan dari kebijakan negara atau organisasi. Kebijakan negara atau organisasi tersebut merupakan suatu komponen penting dari unsur meluas atau sistematis, sebagai landasan untuk memastikan bahwa perbuatan yang sifatnya *sporadis* tidak termasuk kedalam ruang lingkup kejahatan terhadap kemanusiaan. Dengan demikian terhadap peristiwa Tanjung Priok 12 September 1984 menurut majelis hakim unsur-unsur pidana pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan telah terpenuhi.

³¹² Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, *Op.Cit.* halaman 62.

Sebagai seorang komandan, terdakwa RA Butar Butar mempunyai komando dan pengendalian yang efektif terhadap pasukannya, baik organik maupun yang di BKO kan ke Makodim 0502/Jakarta Utara. Fakta persidangan menunjukkan bahwa tanggal 12 September 1984 massa peserta pengajian berusaha mendatangi Makodim 0502/Jakarta Utara untuk membebaskan empat orang anggota jamaah Mushola As'Saadah yang ditahan di Makodim. Hal tersebut telah diketahui terdakwa RA Butar Butar berdasarkan laporan Sriyanto. Selanjutnya terdakwa meminta bantuan Batalyon Arhanudse untuk di BKO kan ke Makodim 0502/Jakarta Utara karena terdakwa selain sebagai Dandim juga menjabat sebagai Dansubgar dan Dansatpamwil Jakarta Utara. Setibanya pasukan Arhanudse di Makodim 0502/Jakarta Utara, terdakwa membagi pasukan menjadi tiga regu,³¹³ yang dibekali peluru tajam masing-masing sepuluh butir dengan senjata SKS. Pembagian tersebut sepenuhnya menjadi hak dan kewenangan terdakwa RA Butar Butar selaku Dandim 0502/Jakarta Utara dan Dansatpamwil Jakarta Utara. Pada saat regu III pimpinan Sutrisno Mascung hendak ke Polres Jakarta Utara melihat sekelompok massa menuju ke Makodim 0502/Jakarta Utara, sehingga komandan regu memutar arah namun sudah terhalang massa. Dalam kondisi demikian, komandan regu yang didampingi Sriyanto, memerintahkan pasukan regu III turun dari truk Reo dan membentuk pasukan bersaf. Sriyanto juga telah melaporkan hal tersebut pada terdakwa RA Butar Butar, yang kemudian terdakwa memerintahkan agar berdialog dengan pimpinan massa. Saat hendak berdialog, seorang massa bersenjata tajam mengejar Sriyanto yang kemudian terjadilah penembakan

³¹³ Regu I menjaga Makodim 0502/Jakarta Utara; Regu II menjaga instansi vital Pertamina Plumpang; dan Regu III membantu mengamankan Polres Jakarta Utara.

terhadap massa oleh regu III yang menyebabkan ± dua puluh tiga orang terkena tembakan dan sekitar lima puluh orang mengalami luka-luka. Sebagai komandan terdakwa berhak memerintahkan dan sekaligus bertanggung jawab terhadap perbuatan pasukan yang berada dibawah kendalinya. Terdakwa RA Butar Butar mempunyai komando dan pengendalian yang efektif terhadap pasukannya, baik organik maupun yang di BKO kan ke Makodim 0502/Jakarta Utara. Dengan demikian majelis hakim berpendapat bahwa unsur komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer tidak melakukan pengendalian secara patut telah terpenuhi.

Pengertian mengetahui mengandung arti adanya pengetahuan yang aktual dapat diketahui dari bukti langsung atau karena keadaan saat itu seharusnya mengetahui, untuk itu perlu dibuktikan tentang adanya informasi yang jelas bahwa pasukannya sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat, dalam arti berbuat atau tidak berbuat (*aktif/act* atau *pasif/omission*). Majelis berpendapat terdakwa RA Butar Butar sebagai Dandim, Dansatpamwil, Dansubkopas mempunyai kewenangan mengawasi pasukan yang berada dibawah kendali efektifnya, dan seharusnya terdakwa mengetahui potensi akan terjadinya peristiwa serta mampu memprediksi kemungkinan terjadinya peristiwa tersebut. Fakta persidangan menunjukkan terdakwa sudah menerima informasi massa yang akan mendatangi Makodim 0502/Jakarta Utara dan terdakwa mengantisipasi dengan meminta bantuan pasukan dari Batalyon Arhanudse-6. Berdasarkan kewenangannya sebagai Dandim, Dansubgar dan Dansatpamwil Jakarta Utara, terdakwa membagi pasukan tersebut menjadi tiga regu dimana regu III bertugas

mengamankan Mapolres Jakarta Utara. Pada saat pasukan regu III Arhanudse-6 berada di jalan Yos Sudarso dekat Mapolres Jakarta Utara, saksi Sriyanto tetap melaporkan pada terdakwa RA Butar Butar tentang kondisi saat dan setelah peristiwa terjadi. Dengan demikian majelis hakim berpendapat bahwa terdakwa RA Butar Butar selaku komandan militer mengetahui atau atas dasar saat itu mengetahui bahwa pasukannya sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, oleh karena itu unsur keempat telah terpenuhi.

Sebagai komandan terdakwa mempunyai anak buah dan berhak memerintahkan dan sekaligus bertanggung jawab terhadap perbuatan pasukan yang berada dibawah kendalinya. Hal demikian diperkuat dengan pendapat PLT Sihombing dan Hikmahanto Juwana selaku saksi ahli, yang menyebutkan bahwa selaku seorang Dandim merangkap Dansubgar dan Dansatpamwil Jakarta Utara terdakwa RA Butar Butar mempunyai komando dan pengendalian yang efektif terhadap pasukannya, baik pasukan organik maupun yang di BKO kan ke Makodim 0502/Jakarta Utara. Seorang komandan mempunyai kewajiban untuk mengambil tindakan-tindakan praktis sesuai dengan kewenangannya yang dapat menjamin agar pasukannya mematuhi aturan, melaksanakan kewajiban dan tugasnya. Majelis hakim berpendapat bahwa sesuai fakta persidangan terdakwa tidak melakukan tindakan yang patut dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan. Oleh karena itu menurut majelis

hakim unsur ini telah terpenuhi. Demikian pula dengan hasil pembahasan majelis hakim terhadap unsur kejahatan dalam konteks pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, menyimpulkan bahwa unsur kelima (pembunuhan) dari dakwaan kesatu telah terpenuhi.

Selanjutnya menurut majelis hakim, karena unsur-unsur kesatu s/d keempat dari dakwaan kedua dan ketiga sama dengan unsur kesatu s/d unsur keempat sebagaimana telah diuraikan dan dibuktikan dalam dakwaan kesatu, demi hukum diambil alih dan dijadikan sebagai pembuktian dakwaan kedua dan ketiga, hal ini sejalan dengan prinsip yang diatur dalam Pasal 10 UU No. 26 tahun 2000 *junto* penjelasan umum KUHAP butir (e), sehingga demi efisiensinya pembuktian unsur tersebut tidak perlu diulang kembali. Demikian pula untuk unsur kelima dari dakwaan kedua dan ketiga yang juga sama dengan unsur kelima dari dakwaan kesatu hanya jenis perbuatannya saja yang berbeda, dimana dalam dakwaan kesatu perbuatannya berupa pembunuhan, dakwaan kedua berupa penganiayaan, dan dakwaan ketiga berupa perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok HI bahwa segala sesuatu yang telah diuraikan dalam dakwaan kesatu yang berhubungan dengan fakta yang terungkap dipersidangan sepanjang berhubungan, akan dijadikan dasar dalam pembuktian dakwaan kedua dan ketiga. Unsur kelima dalam dakwaan kedua menurut majelis hakim telah terbukti secara sah dan meyakinkan, sedangkan unsur kelima dalam dakwaan ketiga tidak terbukti secara sah dan meyakinkan, karena mereka yang telah ditahan di Makodim 0502/Jakarta Utara bukanlah sebagai tindakan perampasan kemerdekaan, melainkan bagian dari

proses penanganan suatu perkara pidana. Sehubungan dengan hal tersebut, majelis hakim *via* putusan No. 03/PID/HAM/AD.HOC/2003/PN.JKT.PST memutuskan menghukum terdakwa RA Butar Butar dengan pidana penjara selama 10 tahun dan memberikan kompensasi kepada korban atau ahli warisnya yang proses serta jumlahnya ditetapkan sesuai ketentuan yang berlaku.

B.2.1. Realitas Sosial Terkait Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Kasus Tanjung Priok (1984)

Realitas sosial³¹⁴ yang patut dikemukakan terkait dengan implementasi prinsip pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan kasus Tanjung Priok 1984, adalah adanya upaya *islah* yang dilakukan para korban dengan para pelaku yang *nota bene* terdiri dari para komandan militer. *Islah* tersebut memiliki landasan filosofis dan teologis yang mengarah pada pemulihan harkat dan martabat terhadap semua pihak yang terlibat, mengganti suasana konflik dengan perdamaian, menghapus hujat menghujat dengan permaafan, menghentikan tuntutan menuntut dan salah menyalahkan serta mekanisme penyelesaian yang diinginkan adalah tidak melalui

³¹⁴ website : www.elsam.or.id dalam “*Islah Dan Implikasinya Terhadap Proses Pengadilan HAM Tanjung Priok*” diakses pada tanggal 25 Mei 2006.

meja pengadilan melainkan melalui meja perdamaian dan perundingan.³¹⁵ Dalam dokumen piagam *islah* kasus Tanjung Priok tertanggal 1 Maret 2001 memperlihatkan adanya perubahan persepsi dari korban dalam melihat permasalahan tersebut, dimana pilihan melakukan *islah* adalah pilihan yang didasarkan pada keyakinan agama dan kesadaran para pihak secara sukarela tanpa ada suatu paksaan dalam bentuk apapun. Terkait hal tersebut, menurut Satya Arinanto³¹⁶ tidak ada alasan yang kuat untuk menjadikan *islah* sebagai mekanisme penyelesaian kasus pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dan menggugurkan proses penuntutan kepada para terdakwa melalui mekanisme pengadilan HAM Indonesia sebagaimana diatur dalam UU No. 26 tahun 2000. Sebagai negara hukum, Indonesia mempunyai tanggung jawab untuk melakukan penuntutan melalui proses peradilan HAM terhadap pelaku pelanggaran HAM berat, termasuk didalamnya kasus Tanjung Priok 1984. Kewajiban negara untuk melakukan penuntutan adalah merupakan bentuk perlindungan terhadap HAM warga negara secara *preventif* yang bertujuan untuk menghindarkan warga negara mengalami tindak kejahatan, selain itu fungsi *represif* dari hukum pidana juga untuk melakukan penjeraan (*deterrent effect*) kepada pelaku kejahatan melalui mekanisme penghukuman. Kewajiban negara untuk melakukan penuntutan dan meminta pertanggungjawaban terhadap para pelaku bukan hanya demi kepentingan para korban akan tetapi juga demi kepentingan masyarakat secara umum termasuk “masyarakat internasional” sebagai bentuk penghormatan terhadap demokrasi dan supremasi hukum. Dalam

³¹⁵ A. Yani Wahid, “*Islah, Resolusi Konflik Untuk Rekonsiliasi*”, Kompas, 16 Maret 2001

³¹⁶ Satya Arinanto, *Islah dalam Perspektif Keadilan Transisional*, Kompas, 16 Maret 2004

hukum positif Indonesia, kejahatan terhadap kemanusiaan sudah merupakan kejahatan yang diformulasikan menurut hukum pidana melalui UU No. 26 tahun 2000. Sebagai kejahatan bersifat *extraordinary crimes*, Hukum Pidana Internasional (selanjutnya disingkat HPI) mengenal asas *aut punere aut dedere* dimana dipandang tidak adil apabila terhadap suatu kejahatan para pelakunya tidak mendapatkan penghukuman. Dalam kasus kejahatan terhadap kemanusiaan, penuntutan dan penghukuman merupakan tanggung jawab negara untuk melaksanakan penegakan hukumnya melalui suatu lembaga peradilan yang berkompeten.

Mekanisme pertanggungjawaban hukum atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando di Indonesia, hanya dapat dilakukan melalui mekanisme Pengadilan HAM sesuai dengan UU No. 26 tahun 2000. *Islah* yang oleh sebagian korban dipakai sebagai sarana penyelesaian perkara pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan mekanisme penyelesaian yang belum dikenal atau belum diakui dalam sistem Hukum Pidana Indonesia. Terhadap para terdakwa yang telah melakukan *islah* dengan korban tidak serta merta dapat menghapuskan atau menghilangkan tanggung jawabnya terhadap proses penuntutan di pengadilan HAM *ad hoc*. Dengan kondisi ini sebetulnya pilihan atas *islah* tidak dapat diposisikan untuk menggantikan terhadap proses penuntutan terhadap para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan ke pengadilan HAM *ad hoc* kasus Tanjung Priok.

Upaya *islah* di atas, berpengaruh terhadap proses pemeriksaan saksi di depan sidang pengadilan HAM *ad hoc*. Selama proses pemeriksaan para saksi, alasan yang dikemukakan untuk mengubah keterangan atau mencabut keterangan dalam BAP adalah karena alasan emosional para saksi yang disebabkan oleh situasi psikologis para saksi sebelum dan setelah melakukan *islah*. Dengan demikian, merupakan sesuatu yang dapat dikorelasikan bahwa setelah dilakukan *islah* banyak saksi yang mencabut keterangannya dalam BAP, sehingga berpengaruh signifikan terhadap materi kesaksian.

Dalam perkara dengan terdakwa Sutrisno Mascung dkk, hampir semua saksi yang telah diperiksa merevisi kesaksiannya sebagaimana yang tercantum dalam BAP, terutama untuk beberapa *point* keterangan yang signifikan, seperti pengakuan adanya penyiksaan yang dilakukan oleh aparat militer pada saat pemeriksaan di Kodim maupun saat penahanan di RTM Cimanggis. Hal serupa juga terjadi dalam perkara Pranowo dan RA Butar Butar, disebabkan karena pada saat diperiksa oleh Kejaksaan Agung para saksi belum melakukan *islah* dan masih dendam terhadap tentara, sehingga pada waktu memberikan keterangan sengaja merekayasa keterangannya.³¹⁷

Hal demikian tentunya akan mempengaruhi kualitas persidangan dan bahkan dapat menyesatkan jalannya proses peradilan karena dapat menyebabkan kesalahan hakim dalam menjatuhkan putusan. Berkaitan dengan hal tersebut,

³¹⁷ Dalam sidang perkara Pranowo tanggal 12 November 2003 saksi Syarifuddin Rambe secara tegas merevisi keterangannya dalam BAP. Selanjutnya dalam berkas terdakwa Sutrisno Mascung dkk pada sidang 10 November 2003, saksi Syarifuddin Rambe kembali merevisi keterangannya yang menyatakan bahwa selama pemeriksaan di Kodim saksi tidak pernah mengalami penyiksaan apapun dari aparat Kodim. Dalam perkara yang sama Ahmad Sahi secara terang-terangan merevisi keterangannya dalam BAP dengan mengatakan penyiksaan itu tidak pernah ada.

diperlukan eksplorasi atas motivasi dan latar belakang para saksi melakukan revisi keterangan yang telah diberikan dalam BAP.³¹⁸ Namun demikian, *islah* tidak dapat menghapuskan kesalahan atau menghilangkan tanggungjawab para pelaku terhadap pelanggaran HAM berat dan tidak dapat mengurangi kewajiban negara untuk mengadili dan menuntut para pelakunya ke Pengadilan HAM *ad hoc* berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Terkait hal tersebut, hasil studi ELSAM menyebutkan bahwa penghormatan terhadap asas persamaan di depan hukum (*equality before the law*) tampak dilecehkan dalam proses persidangan; pemuliaan terhadap asas persidangan terbuka untuk umum dihalang-halangi; berkaitan dengan proses perlindungan terhadap korban dan saksi, terutama yang tidak ikut serta dalam *islah* mendapat intimidasi atau teror mental dan dihalangi mengikuti persidangan.³¹⁹

B.3. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Kategori Kejahatan Terhadap Kemanusiaan Kasus Abepura (2000) Khusus Terdakwa Daud Sihombing

Terkait persoalan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan kasus Abepura dengan terdakwa Daud Sihombing, menarik untuk dikemukakan keterangan dari H. Hardiman,

³¹⁸ M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHAP* Jilid II, Pustaka Kartini, Jakarta 1988, halaman 36.

³¹⁹ website : www.elsam.or.id dalam Pengadilan HAM *Ad Hoc* Tanjung Priok diakses pada tanggal 20 April 2006

Indriyanto, Fadilah Agus dan Tommy Sihotang selaku saksi ahli. Menurut H. Hardiman³²⁰ secara umum tugas kepolisian dalam UU No. 2 tahun 2002 tentang Kepolisian Republik Indonesia, adalah memelihara keamanan, ketentraman, dan ketertiban umum tegaknya hukum. Sesuai undang-undang tersebut, Brimbob merupakan polisi dengan tugas khusus yang dipersiapkan untuk menghadapi kejadian-kejadian yang berintensitas tinggi, seperti huru hara, pemberontakan yang dapat melakukan tindakan kekerasan tetapi dalam batas pertimbangan yang obyektif. Penyerangan Mapolsek Abepura termasuk peristiwa yang berintensitas tinggi, sehingga anggota Brimbob dibenarkan melakukan tindakan kekerasan, namun dalam batas pertimbangan yang obyektif serta dalam melakukan tugasnya tidak boleh melakukan pelanggaran hukum.

Menurut Indriyanto³²¹ pertanggungjawaban atasan polisi, sipil dan militer adalah sama, sehingga untuk menentukan adanya pertanggungjawaban seorang atasan polisi, sipil dan militer, maka yang harus ditentukan lebih dahulu adalah apakah ada pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan atau tidak. Untuk menyatakan adanya pelanggaran HAM berat, sebaiknya harus lebih dahulu ada putusan pengadilan mengenai adanya pelanggaran HAM berat. Dengan demikian maka jika seorang komandan atau atasan yang tidak dapat mengetahui apa yang telah dilakukan bawahannya, maka ia adalah komandan atau atasan yang tidak mempunyai pengendalian yang efektif.

³²⁰Lihat dalam Putusan Majelis Hakim HAM *ad hoc* No. 02/Pid.HAM/ABEPURA/2004/PN.MKS, tanggal 28 September 2005, halaman 190-192.

³²¹Lihat dalam Putusan Majelis Hakim HAM *ad hoc* No. 02/Pid.HAM/ABEPURA/2004/PN.MKS, tanggal 28 September 2005, halaman 192-196

Sementara itu, menurut Fadillah Agus³²² pertanggungjawaban komando tidak mengenai pembatasan mulai dari yang terbawah sampai yang tertinggi, yang penting siapa yang terdekat dengan kejadian tersebut, yaitu komandan atau atasan yang secara langsung dapat melakukan pengendalian yang efektif terhadap bawahannya. Unsur-unsur pertanggungjawaban komando terdiri dari : adanya hubungan atasan bawahan; atasan tahu atau sepatutnya mengetahui; atasan gagal melakukan pengendalian. Senada dengan Fadillah, menurut Tommy Sihotang³²³ pelanggaran HAM berat secara spesifik adalah untuk menjerat komandan, sebagaimana diatur dalam Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000.

Konsep pertanggungjawaban komandan atau atasan ini berlaku bagi seorang atasan dalam pengertian yang luas, termasuk komandan militer, kepala negara dan pemerintahan, menteri dan pimpinan perusahaan, sebagaimana terlihat pada putusan-putusan pengadilan penjahat PD II dalam perkara Yamashita, Toyoda dan Hirota, *ICTY* dalam perkara Karadzic, Mladic dan bahkan Slobodan Milosevic serta *ICTR* dalam perkara Akayesu dan Kambanda. Hugo Grotius³²⁴ menganalogikan pertanggungjawaban komandan atau atasan dengan pertanggungjawaban orang tua (*parental responsibility*), dimana orang tua bertanggungjawab terhadap kesalahan anaknya, sepanjang anaknya masih ada dalam kekuasaannya, kecuali bila orang tua sudah tidak mampu lagi mengendalikan.

³²²Lihat dalam Putusan Majelis Hakim HAM *ad hoc* No. 02/Pid.HAM/ABEPURA/2004/PN.MKS, tanggal 28 September 2005, halaman 196-199

³²³Lihat dalam Putusan Majelis Hakim HAM *ad hoc* No. 02/Pid.HAM/ABEPURA/2004/PN.MKS, tanggal 28 September 2005, halaman 199-201

³²⁴ Andrey Sujatmoko, *Tanggung Jawab Negara Atas Pelanggaran Berat HAM : Indonesia, Timor Leste, dan Lainnya*, PT. Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta, 2005, halaman 52.

Daud Sihombing didakwa melanggar Pasal 42 ayat (2) huruf a dan b jis Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf a, e, f dan Pasal 37 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Pasal 42 ayat (2) huruf a dan b UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa :

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

- 1). Atasan tersebut mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukkan bahwa bawahan sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat; dan
- 2). Atasan tersebut tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kewenangannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan.

Unsur-unsur delik Pasal 42 ayat (2) huruf a dan b UU No. 26 tahun 2000 yang harus dibuktikan dalam persidangan pengadilan HAM dengan terdakwa Daud Sihombing adalah unsur seorang atasan polisi; unsur bertanggungjawab secara pidana; unsur adanya pelanggaran HAM berat yang dilakukan oleh bawahannya; unsur tidak melakukan pengendalian terhadap terhadap bawahannya secara patut dan benar; unsur mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukan bahwa bawahannya sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat; unsur tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan dalam lingkup kewenangannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut; dan unsur tidak mengambil tindakan menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan.

Berdasarkan fakta persidangan, pada waktu terjadi peristiwa penyerangan terhadap Mapolsek Abepura tanggal 7 Desember 2000, terdakwa menjabat sebagai Kapolres Jayapura berdasarkan Surat Keputusan Kapolri No : Polri. Skep 11045/IX/1999 tanggal 13 Desember 1999. Dengan demikian menurut majelis hakim apa yang dimaksud dengan unsur seorang atasan polisi bagi terdakwa Kombes Pol. Drs. Daud Sihombing, SH. sebagai unsur pertama telah terpenuhi dan dapat dibuktikan.

Juga masih berdasarkan fakta persidangan, terdakwa telah mengambil tindakan berupa perintah untuk melakukan pengejaran dan penangkapan terhadap orang-orang yang diduga terlibat dalam penyerangan Mapolsek Abepura ke beberapa lokasi permukiman penduduk sipil. Tindakan tersebut dilakukan terhadap anggota kepolisian yang berada dalam jajaran wilayah kepolisian Jayapura dimana terdakwa selaku Kapolres merupakan atasannya yang mempunyai kewenangan untuk mengambil tindakan yang diperlukan. Untuk membuktikan apakah terdakwa sebagai seorang atasan polisi bertanggung jawab secara pidana terhadap pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan oleh bawahan yang berada dibawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif, maka perlu dikaitkan dengan unsur yang lain berupa pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan oleh bawahannya sebagai unsur yang ketiga. Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan menurut Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 meliputi kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Penjelasan Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa kejahatan genosida dan

kejahatan terhadap kemanusiaan dalam ketentuan ini sesuai dengan *Rome Statute of the International Criminal Court*. Undang-Undang No. 26 tahun 2000, tidak memberikan pengertian yang tegas apa yang dimaksud dengan pelanggaran HAM berat.

Hasil pembahasan majelis hakim terkait dengan unsur tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar menyebutkan bahwa seorang atasan berkewajiban untuk membuat dan memelihara sistem pelaporan yang efektif untuk menjamin bawahannya melaksanakan tugas dalam pekerjaan mereka dan jika mereka mengetahui bahwa telah terjadi tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya maka mereka harus membawa pelaku ke pengadilan. Dalam melakukan proses pemeriksaan harus dilakukan sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku dengan memperhatikan HAM dan di samping itu terdakwa selaku atasan harus mengetahui jalannya proses pemeriksaan tersebut, karena terdakwa selaku Kapolres wajib mengetahui kondisi dari orang-orang yang diperiksa, terdakwa wajib memberikan pengarahan terhadap proses pemeriksaan yang dilakukan terhadap warga sipil yang ditangkap, karena terdakwa selaku Kapolres juga ikut bertanggungjawab atas akibat yang terjadi dalam proses pemeriksaan. Berdasarkan bukti-bukti yang ada berupa *visum et revertum* dapat diketahui adanya orang yang meninggal dunia dan luka-luka sebagai akibat proses pemeriksaan di Mapolres Jayapura, seharusnya terdakwa mengetahui adanya kemungkinan yang terjadi terhadap orang-orang yang diperiksa di Mapolres Jayapura guna dimintai keterangan dan hendaknya

memberikan arahan kepada anggotanya tentang mekanisme pemeriksaan menurut hukum.

Terdakwa sebagai Kapolres mempunyai kewenangan untuk mencegah bawahannya secara patut dan benar terhadap pelaksanaan tugas yang dihadapi, apalagi menyangkut masyarakat sebagai penduduk sipil yang harus mendapat perlakuan yang wajar, sehingga terhindar dari perlakuan yang eksekutif. Pasal 85 Protokol Tambahan I tahun 1977 menyebutkan bahwa seorang atasan berkewajiban untuk membuat dan memelihara sistem pelaporan yang efektif untuk menjamin bawahannya melaksanakan HHI dalam pekerjaan mereka dan jika mereka mengetahui bahwa telah terjadi tindak pidana yang dilakukan bawahannya maka mereka harus membawa pelaku ke pengadilan. Tindakan pengendalian terhadap bawahannya harus disesuaikan dengan aktivitas yang dilakukan, yaitu apakah merupakan tindakan operasional di lapangan atau merupakan aktivitas yang berada dalam suatu ruangan. Unsur tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar ini menurut majelis hakim harus dikaitkan dengan adanya pelanggaran HAM berat yang harus dilihat pada ketentuan Pasal 7 huruf b yaitu menyangkut kejahatan terhadap kemanusiaan yang penjabarannya terdapat dalam Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000.

Hasil pembahasan majelis hakim terhadap unsur mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menunjukkan bahwa bawahannya sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM berat, fakta persidangan menunjukkan bahwa setelah terjadi peristiwa tersebut maka dilakukan tindakan penangkapan para pelaku yang diduga telah terlibat dalam

penyerangan Mapolsek Abepura, yang kemudian diserahkan kepada Polres Jayapura untuk dilakukan pemeriksaan. Dalam proses pemeriksaan tersebut telah terjadi eksekusi yang menyebabkan orang-orang atau kelompok masyarakat ada yang meninggal dunia dan mengalami luka-luka. Pokok persoalan dalam unsur ini adalah perbuatan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang telah dilakukan oleh bawahannya, dimana terdakwa selaku atasannya mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi tentang adanya perbuatan tersebut. Oleh karena itu perlu ada pembuktian tentang adanya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan oleh bawahannya, karena hal tersebut merupakan *core crimes* dalam unsur ini yang mempunyai kedudukan yang sangat menentukan. Dengan adanya penegasan terhadap perbuatan yang dilakukan oleh bawahannya, maka kualifikasi perbuatan tersebut harus benar-benar memenuhi rumusan sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 7 huruf b UU No. 26 tahun 2000.

Atasan selaku pemegang kekuasaan yang mempunyai kewenangan wajib mengambil tindakan dalam lingkup kewenangannya atas terjadinya perlakuan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Proses pemeriksaan di Mapolres Jayapura telah menimbulkan akibat yang tidak diinginkan oleh orang-orang yang diperiksa sebagai penduduk sipil, yaitu mengalami luka-luka dan bahkan ada yang meninggal dunia berdasarkan bukti *visum et revertum*. Menurut majelis hakim, proses pemeriksaan di Mapolres Jayapura telah menimbulkan tindakan yang *eksesif* dan hal ini berakibat terjadinya korban dari orang-orang yang diperiksa sebagai penduduk sipil. Terdakwa selaku

pemegang kekuasaan dalam kesatuan wilayah Polres Jayapura wajib bertanggungjawab atas terjadinya peristiwa yang dilakukan oleh bawahannya. Namun karena hal ini berkaitan dengan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan oleh bawahannya, maka majelis hakim berpendapat perlu membuktikan dan mempertimbangkan ada tidaknya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan oleh bawahannya. Untuk membuktikan hal tersebut, maka perlu dibuktikan dan dipertimbangkan ketentuan yang mengatur tentang kejahatan terhadap kemanusiaan yang termuat dalam Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000.

Unsur tidak mengambil tindakan menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan, hasil pembahasan majelis hakim menyebutkan bahwa unsur ini mewajibkan adanya tindakan yang harus dilakukan oleh atasan untuk menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan terhadap perbuatan yang merupakan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Terdakwa selaku atasan telah melakukan pemeriksaan terhadap bawahannya yang diduga melakukan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dengan menyerahkannya kepada Polda untuk diadakan investigasi, dimana hasilnya menyatakan tidak adanya unsur pelanggaran HAM berat, melainkan hanya merupakan pelanggaran disiplin dalam menjalankan tugas.

Majelis Hakim berpendapat bahwa terdakwa Daud Sihombing tetap bertanggungjawab terhadap keadaan yang terjadi dari hasil pemeriksaan di Polres

Jayapura, walaupun secara *de facto* tidak ikut mengadakan pemeriksaan namun secara *de jure* bertanggung jawab terhadap terjadinya *ekses* dari orang-orang yang dilakukan pemeriksaan. Persoalannya adalah apakah *ekses* tersebut merupakan perbuatan pelanggaran HAM berat, maka hal ini harus dilihat pada Pasal 7 huruf b *junto* Pasal 9 huruf a UU No. 26 tahun 2000. Pasal 7 huruf b UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa 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 kepada penduduk sipil. Penjelasan Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 menyebutkan bahwa yang dimaksud serangan yang ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil adalah suatu rangkaian perbuatan yang dilakukan terhadap penduduk sipil sebagai kelanjutan kebijakan penguasa atau kebijakan yang berhubungan dengan organisasi.

Menurut majelis hakim untuk membuktikan dan mempertimbangkan Pasal 9 huruf a, e dan f UU No. 26 tahun 2000 secara teknis, maka unsur yang termuat dalam Pasal 9 harus dipertimbangkan terlebih dahulu kemudian baru membuktikan dan mempertimbangkan unsur-unsur yang terkandung dalam huruf a, e dan f nya. Unsur tindak pidana yang terdapat dalam Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 adalah unsur adanya serangan; unsur meluas atau sistematis; dan unsur ditujukan kepada penduduk sipil. Berdasarkan praktik peradilan internasional, beberapa faktor untuk menguji apakah serangan termasuk ke dalam kategori serangan yang meluas atau sistematis, antara lain meliputi cara dan metode yang digunakan; jumlah korban; sifat kejahatan yang dilakukan. Kata meluas untuk

menunjukkan jumlah korban yang besar, dilakukan berulang kali dalam jangka waktu yang tidak terlalu lama, dilaksanakan secara kolektif (tidak sendiri-sendiri) di tempat yang berbeda dan berakibat serius, sedangkan istilah sistematis mencerminkan adanya suatu pola yang tetap. Pertimbangan *ICTR* dalam kasus Kayishama dan Ruzindana, menyebutkan bahwa serangan yang meluas adalah serangan yang dilancarkan dan menimbulkan banyak korban, sedangkan menjadi sistematis jika serangan itu dilakukan atas dasar rencana yang matang. Penduduk sipil adalah semua orang yang tidak bersenjata dan tidak terlibat dalam konflik dan harus dilindungi.

Selanjutnya majelis hakim pengadilan HAM *via* putusan No. 02/Pid.HAM/ABEPURA/2004/PN.MKS telah memutuskan bebas terdakwa Daud Sihombing, dengan dasar pertimbangan hukum :

- a. Walaupun berakibat ada yang luka dan meninggal dunia dari kelompok orang yang tidak dikenal sebagai penduduk sipil, hal tersebut bukan disebabkan adanya serangan dari anggota Brimob sebagai kelanjutan dari adanya kebijakan penguasa atau organisasi, tetapi akibat *ekses* dalam proses pengejaran, penangkapan dan pemeriksaan oleh pihak kepolisian;
- b. Luka dan kematian yang dialami penduduk sipil tersebut sama sekali tidak termasuk dalam pengertian serangan yang meluas atau sistematis, sebab wilayahnya terbatas dalam wilayah hukum kecamatan Abepura setidaknya dalam wilayah hukum kabupaten Jayapura, jumlah yang meninggal tidak banyak hampir berimbang dengan jumlah yang meninggal dipihak polisi, tidak berakibat serius dan kejadian semacam itu biasa terjadi. Penangkapan

dan pengejaran tidak merupakan tindakan yang terorganisir, menurut pola tertentu dan direncanakan dengan metode tertentu dan tidak dilakukan secara berulang kali;

- c. Luka dan kematian yang dialami penduduk sipil tersebut bukanlah menjadi tujuan atau maksud dari pihak Brimob, akan tetapi sebagai akibat dari tindakan kepolisian yang bersumber pada asas *deskresi* yang diatur dalam undang-undang kepolisian.
- d. Unsur-unsur (pidana) dalam dakwaan kesatu, kedua dan ketiga tidak terbukti secara sah dan meyakinkan, maka terdakwa Daud Sihombing tidak dapat dipertanggungjawabkan secara pidana terhadap tindak pidana pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan.

Berdasarkan uraian penerapan prinsip pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan kasus Tanjung Priok (1984), Timtim (1999), dan Abepura (2000) di atas, dapat dianalisis menggunakan beberapa teori yang dipakai dalam disertasi ini. Pertanggung jawaban negara Indonesia atas peristiwa yang patut diduga merupakan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dilakukan dengan mengeluarkan beberapa produk peraturan perundangan yang dipergunakan sebagai sarana mengadili para pelaku yang *nota bene* terdiri dari komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya. Produk peraturan perundangan yang dimaksud antara lain terdiri dari UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, Perpu No. 1 tahun 1999 tentang Pengadlan HAM yang kemudian diperbaharui dengan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Upaya pemerintah Indonesia membuat aturan hukum yang dipegunakan sebagai sarana untuk menuntut pertanggungjawaban komando tersebut, menyiratkan adanya pengakuan telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dalam batas wilayah kedaulatannya. Upaya menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sesuai ketentuan dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, merupakan perwujudan nyata negara dalam menghormati HI, terkait dengan perlindungan hukum HAM warga negara terhadap kejahatan internasional.

Upaya menuntut dan mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando merupakan bentuk tanggung jawab atau kewajiban dari suatu negara. Negara memiliki kewajiban untuk menghargai, melindungi dan menegakkan atas pelanggaran HAM berat yang terjadi dalam batas wilayahnya, dimana kewajiban tersebut tidak hanya negatif (untuk tidak dilanggar) melainkan juga positif (untuk diimplementasikan).³²⁵ Munculnya pertanggungjawaban negara pada hakikatnya merupakan bentuk pelanggaran terhadap hak subyektif negara lain, pelanggaran terhadap norma HI yang merupakan *ius cogens*, dan tindakan-tindakan yang dapat dikualifikasikan sebagai kejahatan internasional.³²⁶ Hukum tanggung jawab negara mewajibkan suatu negara untuk melakukan pemulihan manakala negara gagal melaksanakan kewajiban menurut HI dengan berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang dapat diatribusikan kepadanya. Negara

³²⁵ James W Nickel, *Op.Cit.*, halaman 62.

³²⁶ Andrey Sujatmoko, *Op.Cit.* halaman 80.

memikul tanggung jawab menurut HI bilamana tindakannya (melalui lembaga atau aparatnya) melanggar kewajiban internasional. Pelanggaran yang terjadi dapat berupa suatu tindakan nyata yang berupa pelanggaran, dan bisa juga terjadi apabila negara tidak mencegah terjadinya pelanggaran dengan tidak mengadili orang yang bertanggung jawab atas pelanggaran tersebut.

Perbuatan yang dapat menimbulkan tanggung jawab tersebut adalah tindakan melawan hukum, yaitu perbuatan yang melanggar perjanjian dan melanggar kewajiban hukum. Terkait hal tersebut, timbulnya tanggung jawab negara dalam HI disebabkan oleh tiga faktor yaitu adanya kewajiban internasional; adanya perbuatan atau kelalaian yang melanggar kewajiban internasional; dan adanya kerusakan atau kerugian sebagai akibat tindakan melanggar hukum atau kelalaian tersebut. Pertanggungjawaban negara merupakan suatu prinsip fundamental dalam HI, yang bersumber dari doktrin kedaulatan dan persamaan hak antar negara.³²⁷ Pertanggungjawaban negara secara internasional terjadi manakala dilakukannya suatu tindakan yang melanggar kewajiban internasional, baik yang bersumber dari suatu perjanjian maupun sumber HI lainnya.³²⁸

Suatu negara tidak dapat menjadikan hukum negaranya dalil pembenaran maupun sebagai alasan untuk menolak pertanggungjawaban negara berdasarkan HI. Penetapan negara sebagai organ yang bertanggung jawab dalam menjamin, menegakkan dan menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM berat, lebih dikarenakan negara adalah organ yang memiliki kedaulatan atas teritorialnya.

³²⁷ Ida Bagus Wyasa Putra, *Op.Cit.* halaman 56.

³²⁸ J.G. Starke, *Op.Cit.* halaman 301.

Dengan kedaulatannya, negara mempunyai kekuasaan untuk menetapkan hukum, melaksanakannya dengan mengadili dan menghukum pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu kejahatan internasional dalam HI. Mengingat negara merupakan suatu *entitas* yang tidak dapat dipidana, maka pertanggungjawaban negara atas tindakan atau perbuatan yang melanggar HI antara lain dapat dilakukan dengan pemberian ganti rugi, permintaan maaf, jaminan tidak akan terulang, dan mengadili para pelaku kejahatan yang tergolong sebagai kejahatan internasional.

Kewajiban negara untuk menghukum pelaku pelanggaran HAM berat dimaksudkan melarang segala bentuk pembebasan hukuman terhadap pelaku kejahatan internasional dimana pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan termasuk didalamnya. Upaya untuk melakukan pemidanaan terhadap pelaku pelanggaran HAM berat didasarkan pada salah satu fungsi dari pidana sebagai pencegahan. Oleh karena itu HI mewajibkan negara-negara untuk mengadili pelaku pelanggaran HAM berat, sebagai cara efektif agar kejahatan tersebut tidak terulang di kemudian hari. Dan sebaliknya kegagalan untuk menghukum pelaku pelanggaran HAM berat akan dianggap sebagai *license* untuk mengulang terjadinya kejahatan tersebut. Kewajiban negara untuk menghukum pelaku kejahatan ini lebih merupakan *erga omnes obligation* dalam tataran HI.

Kejahatan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM berat yang pelakunya dapat dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando menurut UU No. 26 tahun 2000 terdiri dari kejahatan genosida dan kejahatan

terhadap kemanusiaan. Cakupan kejahatan yang termasuk dalam pelanggaran HAM berat dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM tersebut lebih sedikit dari ketentuan Statuta Roma 1998 tentang ICC, yang terdiri dari kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan kejahatan agresi. Patut dikemukakan bahwa keempat jenis kejahatan yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM berat tersebut merupakan kejahatan yang paling serius yang menjadi perhatian “masyarakat internasional”.³²⁹

Sesuai dengan fokus kajian disertasi ini, maka kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang pelakunya hendak dituntut berdasarkan pertanggungjawaban komando, 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* (Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000).

³²⁹ Geoffrey Robertson QC, *Op. Cit.* halaman 409

Bentuk kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia sebagai salah satu bentuk pelanggaran HAM berat di atas, yang pelakunya hendak dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, dapat disimpulkan bahwa tidak semua perbuatan dalam *point (a) s/d point (j)* Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM terpenuhi. Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, merupakan salah satu bentuk kejahatan internasional yang menghendaki para pelakunya harus dihukum berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando demi terciptanya suatu keadilan bagi para korban maupun terputusnya praktik *impunity*.

Bentuk tanggung jawab negara Indonesia, dalam hal ini dilakukan dengan cara mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando sesuai ketentuan UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Upaya pemerintah untuk menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan telah dilakukan dengan menggelar sidang peradilan HAM *ad hoc* kasus Timtim (1999), kasus Tanjung Priok (1984), dan kasus Abepura (2000) yang hasil akhirnya berupa putusan bebas terhadap seluruh terdakwa yang didakwa berdasarkan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000.

Untuk melaksanakan tanggung jawab negara tersebut, maka pembentukan pengadilan HAM untuk mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat merupakan sarana kelembagaan yang sangat dibutuhkan. Kehadiran pengadilan HAM diharapkan mampu menembus *impunity* yang biasanya melekat

pada setiap tindakan aparat negara.³³⁰ Menurut Hasnawi Haris dalam kasus-kasus pelanggaran HAM berat yang diadili di Indonesia menurut ketentuan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM, dapat dimaknai bahwa seseorang hanya dapat mempertanggungjawabkan secara pidana atas perbuatan-perbuatan yang dilakukan oleh orang lain (bawahannya) apabila ia selaku atasan telah mendelegasikan kewenangannya menurut undang-undang kepada orang lain (bawahannya). Seorang atasan dapat bertanggung jawab atas perbuatan secara fisik yang dilakukan bawahannya apabila menurut hukum, perbuatan bawahannya itu dipandang sebagai perbuatan atasan.³³¹ Pertanggungjawaban komando ada, jika ada hubungan hierarki garis komando dan pengendalian yang efektif, seperti atasan dan bawahan.³³²

Pasal 42 ayat (1) dan (2) UU No. 26 tahun 2000 merupakan bentuk kriminalisasi pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat yang dilakukan oleh pasukan atau bawahan yang berada dibawah komando atau kendali efektifnya, yang sebelumnya hal tersebut belum diatur dalam hukum positif Indonesia (KUHP). Kriminalisasi tersebut mengakibatkan pemegang komando yang *nota bene* terdiri dari komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya bertanggung jawab secara pidana atas pelanggaran HAM berat yang tidak dilakukannya sendiri namun dilakukan orang lain, dalam hal ini anak buah atau bawahannya yang berada dibawah komando efektifnya. Konsep demikian berbeda

³³⁰ Hasnawi Haris, *Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran Berat HAM Pada Pengadilan HAM*, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2007, Halaman 16

³³¹ *Ibid*, halaman 24

³³² Nyoman Serikat Putera Jaya, *Telaahan Akademik Yurisprudensi Tentang Pelanggaran HAM Berat (Putusan Pengadilan HAM Ad Hoc Pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat)*, BPHN Departemen Kehakiman Dan HAM RI, Jakarta, 2004, halaman 75.

dengan pertanggungjawaban pidana dalam KUHP, dimana pertanggungjawaban pidana bersifat individual atas tindak pidana yang dilakukannya. Hal demikian tampak dalam penyertaan (*complicity*) sebagaimana diatur dalam Pasal 55 dan 56 KUHP, yang pada intinya mensyaratkan adanya keterlibatan secara langsung atau aktif dari komandan atau atasan dalam kejahatan tersebut.³³³

Upaya menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat sebenarnya telah dipraktikkan dalam lembaga peradilan (HAM) *ad hoc* pasca PD II hingga *pasca* Perang Dingin, yaitu dalam *IMTN*, *IMTT*, *ICTY* dan *ICTR*. Hal demikian dilihat dari Teori Hubungan Hukum Internasional (HI) dan Hukum Nasional (HN), menunjukkan penggunaan Teori Monisme Primat HI. Artinya terhadap permasalahan tersebut, penanganannya lebih mengutamakan pada ketentuan HI, sehingga dengan demikian maka HI tersebut mempunyai kedudukan yang lebih dari pada HN suatu negara.

Penggunaan teori Monisme Primat HI tersebut tampak dari dasar hukum yang dipergunakannya. Instrumen HI yang dipergunakan sebagai dasar hukum pendirian lembaga peradilan (HAM) *ad hoc* yang dimaksud, berbentuk *London Agreement* tahun 1945 (*IMTN* dan *IMTT*) maupun Resolusi DK-PBB (*ICTR* dan *ICTY*). Lain halnya dengan pendirian pengadilan HAM di Indonesia yang pembentukannya mendasarkan pada UU No. 26 tahun 2000 maupun **Keppres**, menurut hemat penulis memcerminkan adanya penggunaan teori Monisme Primat HN. Penggunaan teori Monisme Primat HN tersebut terkandung maksud bahwa ketentuan peraturan perundangan nasional suatu negara lebih diutamakan

³³³ Tommy Sihotang, *Op.Cit.* halaman v

penggunaannya dalam menangani suatu masalah dari pada ketentuan yang bersumber dari HI. Dengan kata lain penggunaan teori Monisme Primat HN menunjukkan bahwa HN suatu negara lebih diutamakan dan dengan demikian tentunya mempunyai kedudukan yang lebih tinggi dari pada ketentuan HI.

C. Praktik Penerapan Pertanggungjawaban Komando Pada Peradilan (HAM) Internasional

Pengaturan substansi pertanggungjawaban komando dalam suatu instrumen hukum, dimaksudkan sebagai landasan hukum dalam mengadili komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya atas pelanggaran HAM berat yang dilakukan pasukan atau bawahan yang berada dalam komando dan pengendalian efektifnya, dalam suatu proses persidangan di lembaga peradilan. Penerapan tanggungjawab komando atas pelanggaran HAM berat pada lembaga peradilan tersebut, dapat dilihat pada praktik lembaga peradilan yang pernah dilakukan di dunia ini. Lembaga peradilan yang dimaksud tersebut dapat bersifat nasional, internasional maupun campuran antara internasional dan nasional. Penerapan ketentuan pertanggungjawaban komando dalam suatu lembaga peradilan menghangat saat diadilinya para pelaku pelanggaran HAM berat *pasca* PD II melalui pembentukan *International Military Tribunal Nuremberg (IMTN)* di Jerman dan *International Military Tribunal For The Far East Tokyo (IMTFE)* di Tokyo Jepang. Dalam perkembangan selanjutnya praktik penerapan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat di *IMTN*

maupun *IMTFE* kemudian dikukuhkan pengaturannya dalam *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (1993) dan *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda* (1994) serta *Rome Statute of the International Criminal Court* (1998).

C.1. Penerapan Prinsip Pertanggungjawaban Komando Pada *International Military Tribunal Nuremberg (IMTN) Jerman*

Berakhirnya PD II, setidaknya tercatat enam puluh juta orang meninggal dunia, penderita cacat yang tidak terhitung jumlahnya, disamping kerugian material yang tak ternilai besarnya.³³⁴ Dampak dari berbagai kebiadaban perang tersebut, telah membulatkan tekad negara-negara Sekutu sebagai negara pemenang perang (*victor justice*) untuk membentuk lembaga peradilan internasional *ad hoc* yang bernama *International Military Tribunal Nuremberg (IMTN)* di Jerman. Pembentukan *IMTN* di Jerman tersebut didasarkan atas suatu *Charter Of The International Military Tribunal (The Nuremberg Charter)* yang ditandatangani tanggal 8 Agustus 1945 oleh negara-negara Sekutu. Piagam tersebut dalam HI selanjutnya lebih dikenal sebagai *The Nuremberg Charter* atau *London Agreement*. Kewenangan negara-negara Sekutu sebagai negara pemenang PD II yang terdiri dari negara Amerika Serikat, Inggris, Perancis dan Uni Soviet membentuk *IMTN* didasarkan pada ketentuan Pasal 1 *The Nuremberg Charter* 1945. Pasal 6 *The Nuremberg Charter* juga telah menegaskan bahwa

³³⁴ H Eddy Djunaedi Kanasudirdja, *Dari Pengadilan Militer Internasional ke Pengadilan HAM Indonesia*, PT. Tata Nusa, Jakarta, 2003, halaman 8. Lihat pula dalam Timothy L.H.M and Gerry J. Simpson, *The Law of War Crimes, National and International Approaches*, Kluwer Law International, The Haque, 1997, halaman 172.

pembentukan *IMTN* tersebut bertujuan sebagai wadah untuk menuntut pertanggungjawaban komando terhadap para komandan militer tentara Nazi Jerman yang selama PD II berlangsung, diduga sebagai pencetus dan pelaku pelanggaran HAM berat berupa kejahatan perang maupun kejahatan terhadap kemanusiaan. *IMTN* mempunyai yurisdiksi untuk mengadili dan menghukum para pelaku pelanggaran HAM berat berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando atas kejahatan terhadap perdamaian, kejahatan perang maupun kejahatan terhadap kemanusiaan.

Menurut *The Nuremberg Charter* kejahatan terhadap perdamaian yaitu merencanakan, mempersiapkan, memulai, atau melakukan suatu perang agresif, atau suatu perang dengan melanggar perjanjian-perjanjian, persetujuan-persetujuan atau jaminan-jaminan internasional, atau ikut serta dalam suatu rencana umum atau persekongkolan untuk mencapai setiap perbuatan yang telah disebutkan di atas. Kejahatan perang adalah pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang, yang meliputi : pembunuhan; perlakuan buruk atau pengusiran terhadap penduduk sipil dari atau yang berada di wilayah yang diduduki untuk melakukan kerja paksa atau untuk tujuan lainnya; pembunuhan atau perlakuan buruk terhadap tawanan perang atau orang-orang di lautan; membunuh sandera; menjarah harta benda milik umum atau milik pribadi; penghancuran atas kota-kota, desa-desa atau perkampungan, atau pembinasaaan yang tidak dibenarkan oleh kepentingan militer. Sedangkan kejahatan terhadap kemanusiaan adalah meliputi pembunuhan; pembinasaaan; perbudakan; pengusiran; tindakan tidak manusiawi

lainnya terhadap setiap penduduk sipil sebelum dan selama perang; perlakuan buruk atas dasar alasan politik, ras dan agama.

Lembaga *IMTN* terdiri dari empat orang hakim utama dan masing-masing dengan satu orang hakim cadangan dari keempat negara Sekutu penandatanganan *The Nuremberg Charter* 8 Agustus 1945, dengan nama-nama sebagaimana tertera dalam tabel di bawah ini.

Tabel : Hakim *IMTN*

No	Nama Hakim Utama	Nama Hakim Cadangan	Asal Negara
1.	Francis Biddle	John Parker	Amerika Serikat
2.	Lord Justice Geolfrey	Justice Norman Birkitt	Inggris
3.	Donnedieu de Vabres	Judge R Fallo	Prancis
4.	I.T Niktchenc	A F Volchof Lt.Col	UniSoviet

Tabel di atas menunjukkan bahwa para hakim *IMTN* yang diberi kewenangan untuk menuntut pertanggungjawaban komando terhadap para komandan militer tentara Nazi Jerman atas pelanggaran HAM berat yang dilakukan pasukannya, diangkat dari negara-negara Sekutu sebagai negara pemenang PD II, yang terdiri dari negara Amerika Serikat, Inggris, Perancis dan Uni Soviet. Para hakim tersebut terdiri dari empat orang hakim utama dan empat orang hakim cadangan. Hakim utama dalam *IMTN* sebagai penanggungjawab utama atas pelaksanaan peradilan, sedangkan hakim cadangan akan bertugas manakala hakim utama berhalangan untuk melaksanakan tugasnya.

Patut dicatat bahwa hingga pelaksanaan persidangan hingga putusan dijatuhkan, majelis hakim utama dapat melaksanakan tugasnya tanpa ada penggantian tugas pada hakim cadangan. Keputusan majelis hakim *IMTN* dalam proses persidangannya yang berlangsung dari tanggal 14 November 1945 hingga

1 Oktober 1946, terkait dengan penerapan prinsip pertanggungjawaban komando tertera dalam tabel di bawah.

Tabel : Putusan *IMTN*

No.	Nama Terdakwa	Putusan
1.	Hermann Wilhelm Goering	Pidana mati dengan digantung
2.	Rudolf Hess	Pidana penjara seumur hidup
3.	Joachim von Ribbenstrop	Pidana mati dengan digantung
4.	Wilhelm Keitel	Pidana mati dengan digantung
5.	Ernst Kaltenbrunner	Pidana mati dengan digantung
6.	Alfred Rosenberg	Pidana mati dengan digantung
7.	Hans Frank	Pidana mati dengan digantung
8.	Wilhelm Frick	Pidana mati dengan digantung
9.	Julius Streicher	Pidana mati dengan digantung
10.	Walther Funk	Pidana penjara seumur hidup
11.	Karl Doenitz	Pidana penjara 10 tahun
12.	Erich Raeder	Pidana penjara seumur hidup
13.	Baldur von Von Schirach	Pidana penjara 20 tahun
14.	Fritz sauckel	Pidana mati dengan digantung
15.	Albert Speer	Pidana penjara 20 tahun
16.	Konstantin Von Neurath	Pidana penjara 15 tahun
17.	Martin Bormann	Pidana mati dengan digantung

Berdasarkan tabel putusan majelis hakim *IMTN* di atas, dapat dikemukakan beberapa hal sebagai berikut :

1. *IMTN* telah mengadili kasus-kasus yang melibatkan tokoh-tokoh penting dari kalangan pejabat militer yang diduga telah melakukan pelanggaran HAM berat berupa kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando.
2. Putusan pidana yang dijatuhkan majelis hakim *IMTN* berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando tersebut sangat bervariasi, mulai dari

pidana penjara terendah 10 tahun hingga pidana mati dengan cara digantung maupun penjara seumur hidup. Hukuman demikian relatif lebih berat jika diperbandingkan dengan beberapa keputusan yang telah diambil oleh majelis hakim HAM *ad hoc* pada kasus Timtim *pasca* jajak pendapat (1999), kasus Tanjung Priok (1984), maupun putusan HAM kasus Abepura (2000), dengan hukuman tertinggi 10 tahun 6 bulan penjara.

3. Dari ketujuh belas terdakwa tersebut di atas, 58,83 % atau sebanyak sepuluh orang terdakwa diantaranya dijatuhi hukuman pidana mati dengan cara digantung, sedangkan sisanya 41,17 % atau sebanyak tujuh orang terdakwa lainnya dijatuhi hukuman pidana penjara seumur hidup dan pidana penjara bervariasi antara 10 hingga 20 tahun.

Beberapa hal lainnya yang patut dikemukakan terkait dengan penerapan prinsip pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat dalam putusan majelis hakim *IMTN* adalah :

- a. Putusan hakim *IMTN* tidak mengikuti standar tanggung jawab komando yang bersifat *strict liability* sebagaimana yang telah diterapkan dalam kasus Jenderal Tomoyuki Yamashita. Menurut hakim *IMTN* untuk menentukan komandan militer bersalah atau tidak bersalah, maka perlu dibuktikan adanya suatu hubungan sebab akibat (*causative*), tindakan nyata atau pembiaran untuk menyimpulkan adanya kesalahan yang disengaja. Hal tersebut sangat berbeda dengan apa yang tercermin dalam putusan hakim yang mengadili kasus Yamashita, yang mana pembuktian unsur mengetahui atau seharusnya

mengetahui bersifat *absolut* tanpa mau memperdulikan alasan yang telah dikemukakan oleh Yamashita dalam pembelaannya.

- b. Dalam putusannya, hakim *IMTN* membedakan antara tanggung jawab komandan taktis dan komandan pasukan pendudukan. Komandan taktis hanya bertanggung jawab secara pidana terhadap kejahatan yang dilakukan oleh satuan yang berada dibawah komando dan kendali efektifnya. Sedangkan komandan wilayah pendudukan juga bertanggung jawab secara pidana terhadap kejahatan yang dilakukan oleh satuan yang secara operasional tidak berada dibawah komando dan kendali efektifnya yang terjadi di wilayah pendudukan.
- c. Pembelaan para terdakwa yang menyatakan bahwa mereka tidak pernah menerima perintah untuk melakukan kejahatan maupun menerima laporan mengenai perkembangan situasi di lapangan, ditolak hakim *IMTN* dengan alasan bahwa pasukan militer Jerman memiliki persenjataan yang baik, personil yang terlatih dengan kedisiplinan yang baik, memiliki jaringan komunikasi dan sistem penyampaian laporan yang baik pula. Putusan hakim *IMTN* telah menetapkan bahwa seseorang yang memberikan perintah untuk melakukan kejahatan dan orang yang melaksanakan perintah tersebut keduanya sama-sama bersalah melakukan kejahatan dan sama-sama dijatuhi hukuman (pidana).
- d. Putusan hakim *IMTN* juga menegaskan bahwa untuk menuntut pertanggungjawaban komando, maka harus ada kelalaian pribadi (*personal dereliction*). Kegagalan mengawasi dengan benar bawahannya merupakan

bentuk pengabaian yang bersifat kriminal yang dilakukannya (*criminal negligence*). Dengan demikian maka seorang komandan yang bertanggung jawab dapat diadili sekalipun ia tidak memerintahkan kejahatan tersebut tetapi mengetahui atau mesti mengetahui tindakan yang melanggar hukum dan tidak mengambil tindakan yang semestinya untuk mencegah, menindak dan menghukumnya.

- e. Putusan hakim *IMTN* juga telah menetapkan bahwa seorang kepala staf tidak bertanggung jawab secara pidana atas tindakan kejahatan yang terjadi bila yang bersangkutan tidak terlibat dalam pengeluaran perintah yang melanggar ketentuan hukum atau terlibat dalam melaksanakan perintah tersebut didalam komandonya.³³⁵ Namun seseorang yang melakukan suatu kejahatan berdasarkan perintah dari atasan militer atau atasan sipil lainnya tidak melepaskan pelaku dari tanggung jawabnya menurut HI. Tanggung jawab tersebut timbul bila perintah yang diberikan nyata-nyata bertentangan dengan hukum dan orang yang menerima perintah tersebut mengetahui atau mesti mengetahui sifat melawan hukum tersebut menurut HI.
- f. Prinsip-prinsip HI yang telah diterapkan dalam *IMTN* dan bahkan telah pula dikukuhkan dalam suatu Resolusi MU-PBB No. 177 (II) tanggal 21 Nopember 1947 adalah :
 - a). Setiap orang bertanggungjawab dan harus dijatuhi hukuman atas tindakan kejahatan menurut HI yang dilakukannya;

³³⁵ Eddy Djunaedi Karnasudirdja, *Op.Cit.* halaman 58.

b). Hukum nasional yang tidak menerapkan hukuman bagi tindakan yang merupakan kejahatan menurut HI tidak melepaskan pelaku dari tanggung jawab menurut HI;

c). Seorang kepala negara atau pejabat pemerintah yang bertanggungjawab yang melakukan suatu kejahatan menurut HI tidak menyebabkan mereka lepas dari tanggung jawab menurut HI;

d). Seseorang yang melakukan tindakan kejahatan menurut HI sesuai dengan perintah pemerintahnya atau atasannya tidak melepaskan dirinya dari tanggung jawab menurut HI;

e). Setiap orang yang didakwa melakukan suatu kejahatan menurut HI berhak atas peradilan yang fair mengenai faktanya atau hukumnya;

f). Kejahatan yang dihukum sebagai kejahatan menurut HI, yaitu kejahatan terhadap perdamaian, kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan;

g). Turut serta melakukan kejahatan terhadap perdamaian, kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan adalah suatu kejahatan menurut HI.

Ketentuan di atas menegaskan bahwa kedudukan resmi dari pelaku kejahatan, baik sebagai kepala negara atau sebagai pejabat negara yang bertanggungjawab di dalam institusi pemerintahan tidak dapat dijadikan sebagai alasan untuk membebaskan yang bersangkutan dari tanggungjawab pidananya atau untuk mengurangi hukumannya yang dijatuhkan kemudian. Selain itu, pelaku yang melakukan kejahatan karena perintah dari pemerintah negaranya atau karena perintah atasannya juga tidak dapat dijadikan alasan untuk membebaskan tanggungjawab pelakunya, tetapi hal tersebut dapat dijadikan sebagai dasar untuk

mengurangi hukuman terhadap para pelakunya. Selain itu patut pula untuk dikemukakan bahwa *IMTN* telah menerapkan pemberlakuan asas *retroaktif*³³⁶ yang juga telah diakui PBB. Dasar pertimbangan PBB tersebut adalah :³³⁷

- (1). Penerapan asas *non retroaktif* hanya berlaku bagi kejahatan biasa sebagai *ordinary crimes* yang terjadi di wilayah HN suatu negara;
- (2). Asas tersebut tidak berlaku bagi para pelaku pelanggaran HAM berat sebagai *extraordinary crimes*, dimana sejumlah perangkat HHI telah ada sebelumnya dan telah diterima oleh negara-negara di dunia;
- (3). Telah menjadi yurisprudensi bagi tribunal lainnya, yaitu *International Military Tribunal For The Far East (IMFTE)* di Jepang, *ICTR* di Rwanda, dan *ICTY* di Yugoslavia.

Sejalan dengan hal tersebut di atas, penerapan asas retroaktif tersebut dalam persidangan *IMTN* juga telah ditolak oleh para pengacara terdakwa, dengan argumentasi bahwa asas tersebut bertentangan dengan asas legalitas yang berlaku secara universal dalam Hukum Pidana. Namun argumantasi tersebut ditolak hakim *IMTN* dengan alasan bahwa prinsip *non retroaktif* hanya berlaku bagi kejahatan biasa (*ordinary crimes*) yang terjadi di wilayah hukum nasional dimana Hukum Pidana nasional diperlakukan. Berdasarkan uraian tersebut di atas, secara ringkas eksistensi *IMTN* dapat disarikan pada matrik dibawah ini.

³³⁶ Penerapan asas retroaktif dalam persidangan *IMTN* telah ditolak pengacara terdakwa, dengan argumentasi bahwa asas tersebut bertentangan dengan asas legalitas dalam hukum pidana. Namun argumantasi tersebut ditolak majelis Hakim *IMTN* dengan alasan bahwa prinsip legalitas hanya berlaku bagi kejahatan biasa (*ordinary crimes*) yang terjadi di wilayah hukum nasional suatu negara.

³³⁷ Hikmahanto Juwana, *Pertanggungjawaban Pidana Komandan atau Atasan Terhadap Bawahan Dalam Hukum Internasional*, Makalah Diskusi Terbatas Mengenai Tanggung Jawab Atasan Terhadap Bawahan Yang Melakukan Pelanggaran HAM Berat, LPP-HAM, Jakarta, Juli 2004, halaman 6.

Tabel : Matrik IMTN

No.	Materi	Keterangan
1.	Dasar pembentukannya	<i>London Agreement</i> 8 Agustus 1945
2.	Yurisdiksi	<i>Crimes Agaist Peace, Crimes Against Humanity, Crimes War</i>
3.	Sifat Peradilan	<i>Ad Hoc</i>
4.	Tujuan Pembentukan	Menuntut pertanggungjawaban komando para komandan militer Nazi Jerman
5.	Para Hakim	Terdiri dari 4 orang hakim utama dan 4 orang hakim pengganti yang berasal dari negara-negara penandatanganan Piagam Nuremberg 1945, yaitu terdiri dari negara Amerika Serikat, Inggris, Perancis, dan negara Uni Soviet)

C.2. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Pada *International Military Tribunal For The Far East Tokyo (IMTFET) Jepang*

Bersamaan dengan proses peradilan *IMTN* di Nuremberg Jerman, negara-negara Sekutu juga telah berhasil membentuk peradilan terhadap mereka yang disebut sebagai penjahat perang di wilayah Timur Jauh yang berpusat di Tokyo Jepang dengan nama *International Military Tribunal For The Far East Tokyo (IMTFET)* atau ada pula yang menyebut dengan nama *International Military Tokyo Tribunal (IMTT)* . Lain halnya dengan peradilan *IMTN* di Nuremberg Jerman yang dilakukan dibawah pengawasan *Control Council for German*, maka

peradilan *IMTFET* di Tokyo Jepang ini langsung dibawah *Supreme Commander of Allied Forces* Jenderal Douglas Mac Arthur.

Berdasarkan persetujuan negara-negara Sekutu, Jenderal Douglas Mac Arthur mengeluarkan Piagam yang terkenal dengan nama *Charter Of The International Military Tribunal For Far East Tokyo* tanggal 19 Januari 1946. Dengan dasar *charter* tersebut terbetuklah *IMTFET* yang berkedudukan tetap di Tokyo Jepang untuk mengadili para pelaku utama yang mengorganisasi dan merencanakan perang berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. *IMTFET* juga merupakan lembaga peradilan internasional yang bersifat *ad hoc* bentukan negara-negara Sekutu untuk mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat yang didakwa sebagai penjahat perang Jepang di wilayah Timur Jauh.

Pasal 5 *Charter* menyebutkan bahwa *IMTFET* mempunyai yurisdiksi atas kejahatan terhadap perdamaian, kejahatan perang konvensional, dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang mana para pelakunya dituntut dan diadili berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Kejahatan terhadap perdamaian yaitu : merencanakan, mempersiapkan, memulai, atau menyulut peperangan secara terang-terangan atau secara diam-diam suatu perang agresi, atau suatu perang yang melanggar HI, *treaties*, persetujuan atau jaminan, atau berpartisipasi dalam rencana umum atau konspirasi untuk menyelesaikan hal-hal tersebut di atas. Kejahatan perang konvensional yaitu : pelanggaran hukum atau kebiasaan perang. Sedangkan yang dimaksud dengan kejahatan terhadap kemanusiaan yaitu : pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportasi, dan tindakan tidak manusiawi lainnya yang dilakukan terhadap orang-orang sipil, sebelum atau sesudah perang

terjadi, atau perkosaan hak-hak dasar berdasarkan alasan-alasan politik, ras, dalam pelaksanaan atau dalam kaitan dengan kejahatan yang menjadi yurisdiksi tribunal, tanpa memperhatikan apakah melanggar hukum nasional tempat dilakukannya perbuatan tersebut. Unsur-unsur pokok pertanggungjawaban komando yang telah diterapkan majelis hakim *IMTFET* antara lain adalah :

1. *A relationship of subordination must exist between the commander and the perpetrator (This relationship need not be a direct one; the commander need not be an immediate superior of the perpetrator);*
2. *The commander knew, or should have known, that troops under his command were committing, were about to commit, or had committed international law violations (mens rea);*
3. *The commander must have failed to prevent or punish abuses (actus reus)*

Ruang lingkup pertanggungjawaban komando yang mencakup pula terhadap *Head(s) of state or government atau responsible government official(s)* yang diterapkan *IMTFET*, mengindikasikan bahwa penerapannya jauh lebih luas daripada sekedar komandan militer dan bisa mencakup pula didalamnya pimpinan politik dan atasan sipil lainnya sebagai atasan yang berwenang. Dalam kasus "*Rape of Nanking*" *IMTFET* tidak hanya mengadili Jendral Iwane Matsui, tetapi juga Menteri Luar Negeri Jepang Koki Hirota yang dianggap telah gagal menjalankan tugasnya untuk mengambil langkah-langkah untuk mengamankan dan mencegah pelanggaran HAM berat berupa pelanggaran terhadap Hukum Perang, padahal yang bersangkutan telah menerima laporan tentang kekejaman yang terjadi, waktu tentara Jepang memasuki Nanking. Demikian pula terhadap

Perdana Menteri Hideki Tojo karena dianggap melakukan “*omissions to prevent or punish the criminal acts*” dari bala tentara Jepang.

Selain hal tersebut di atas, patut untuk dikemukakan pula dalam hal ini kasus monumental pertanggungjawaban komando yang sangat terkenal dengan nama kasus Jenderal Tomoyuki Yamashita. Jenderal Tomoyuki Yamashita adalah seorang Komandan Jenderal Group AD ke-14 dari Tentara Kerajaan Jepang dan sekaligus menjabat sebagai Gubernur Militer di Filipina, dipersalahkan karena secara melawan hukum telah mengabaikan dan gagal dalam melaksanakan tugasnya sebagai komandan untuk mengendalikan operasi pasukan yang berada dibawah komandonya, membiarkan pasukannya melakukan pembunuhan brutal dan kejahatan serius lainnya terhadap tawanan perang dan penduduk sipil warga negara Amerika Serikat dan Filipina.

Jenderal Tomoyuki Yamashita sebagai seorang komandan pasukan Jepang harus mempertanggungjawabkan terhadap pengabaianya dan kegagalannya dalam mengendalikan pasukan yang berada dibawah komandonya dan membiarkan terjadinya kebrutalan dan kejahatan serius lainnya di Filipina. Terkait dengan penerapan pertanggungjawaban komando tersebut, tuduhan terhadap Jenderal Tomoyuki Yamashita adalah berkaitan dengan delik omisi, yaitu membiarkan dan tidak melakukan pengendalian yang efektif atas pasukan yang berada dibawah komando efektifnya melakukan suatu kejahatan yang berupa pelanggaran HAM berat. Unsur-unsur pertanggungjawaban komando yang dipergunakan sebagai dasar hukum dalam mengadili Jenderal Tomoyuki

Yamashita tersebut terdiri dari unsur unsur komando dan kendali, unsur mengetahui, serta unsur kejahatan.

Terkait dengan unsur komando dan kendali, dalam putusannya, majelis hakim telah menegaskan bahwa Yamashita secara melawan hukum telah mengabaikan atau gagal melaksanakan tugasnya sebagai komandan untuk mengendalikan operasi pasukan yang berada dibawah komando efektifnya dan mengizinkan atau membiarkan mereka melakukan pembantaian sadis dan kejahatan serius lainnya. Kejahatan tersebut dilakukan dalam kurun waktu yang cukup lama tetapi Jenderal Tomoyuki Yamashita selaku komandan tidak mengambil tindakan efektif untuk menghentikan dan mengendalikan kejahatan yang dilakukan oleh pasukan atau anak buahnya. Selanjutnya terkait dengan unsur mengetahui, majelis hakim menegaskan bahwa fakta hukum yang berupa pembunuhan massal tersebut sedemikian banyak terjadi, diketahui oleh masyarakat dan tersebar luas, sehingga Yamashita seharusnya mengetahui (*should have known*) atau mestinya mengetahui (*must have known*) telah terjadinya kejahatan tersebut. Hakim dalam putusannya juga telah menyebutkan bahwa kesalahan Yamashita dalam hal ini didasarkan atas pertimbangan sebagai berikut :

- a. Sebagai terdakwa, Yamashita mengetahui atau memiliki perangkat untuk mengetahui tindakan pembantaian yang terjadi diberbagai tempat secara luas yang dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando efektifnya;
- b. Bukti-bukti menunjukkan bahwa kejahatan terjadi sedemikian luas dan tersebar dalam wilayah tanggung jawab komandonya, sehingga semestinya kejahatan tersebut dengan sengaja diizinkan oleh terdakwa atau diperintahkan

secara diam-diam oleh terdakwa. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa mengizinkan bawahan untuk melakukan kejahatan berarti komandan atau atasan tersebut mengetahui tindakan yang diizinkan tersebut untuk dilakukan bawahannya.

Majelis hakim dalam putusannya menyebutkan bahwa serangan brutal, dan pembunuhan yang dilakukan secara sistematis terhadap orang-orang Filipina dan Amerika Serikat serta sekutunya telah dilakukan pasukan tentara Jepang yang berada dibawah komando dan kendali efektif dari Jenderal Tomoyuki Yamashita antara lain berupa : penikaman dengan menggunakan bayonet, pemotongan kepala, pembunuhan dan pembuangan mayat ke sungai, pembakaran mayat di dalam rumah, serta melakukan penguburan mayat secara massal, dan lain sebagainya yang dapat dikualifikasikan sebagai pelanggaran HAM berat berupa kejahatan perang maupun kejahatan terhadap kemanusiaan.

Berbagai dalil pembelaan yang dilakukan Jenderal Tomoyuki Yamashita mendapat penolakan dari majelis hakim yang menyidangkan perkara pelanggaran HAM berat berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. Dalil yang dipergunakan Jenderal Tomoyuki Yamashita dalam pembelaannya, pada pokoknya menyebutkan bahwa :

1. Pasukannya dalam keadaan kacau balau, dan ia berada jauh dari pasukannya dan terputus hubungan komunikasinya dari pasukan yang melakukan kejahatan;
2. Dan tidak ada cara apapun untuk mengetahui perbuatan pasukannya yang jaraknya ratusan mil dari tempatnya;

3. Sebagai seorang komandan (*superior*) Jenderal Tomoyuki Yamashita sebelumnya juga telah memerintahkan pasukannya untuk meninggalkan Manila dan tidak melakukan berbagai kejahatan perang maupun kejahatan terhadap kemanusiaan;
4. Jenderal Tomoyuki Yamashita juga mengatakan bahwa sebagian pasukannya adalah anggota Angkatan Laut yang tidak mengikuti perintahnya, dan ia telah membagi tanggung jawab militer kepada beberapa perwira tinggi bawahannya dan memerintahkan para perwiranya untuk meninggalkan Manila dan tidak melakukan penyerangan terhadap penduduk sipil.

Sedangkan penolakan majelis hakim yang menyidangkan kasus Jenderal Tomoyuki Yamashita tersebut didasarkan pada pertimbangan sebagai berikut :

1. Dengan terbunuhnya sekitar 25.000 orang Filipina dan menelantarkan sekitar 7000 tawanan yang sakit dan terluka, Jenderal Tomoyuki Yamashita tetap dipersalahkan sebagai atasan bertanggung jawab atas perbuatan bawahannya;
2. Jenderal Tomoyuki Yamashita juga dipersalahkan atas perbuatan bawahannya yang melakukan pembakaran bangunan sipil, memperlakukan sekitar 1500 tawanan perang Amerika dengan tidak manusiawi, walaupun ia sendiri baru menjabat komandan militer sembilan hari sebelum pasukan Amerika Serikat menduduki Filipina;
3. Jenderal Tomoyuki Yamashita tetap bertanggungjawab atas perbuatan-perbuatan pasukannya karena ia adalah komandan (*superior*) atas pasukan tersebut, dan tidak dapat mengambil langkah-langkah untuk mencegah

kejahatan atau menghukum kejahatan yang dilakukan oleh para pelaku padahal kejahatan itu begitu hebat dan menyebar;

4. Selain itu disebutkan pula bahwa Jenderal Tomoyuki Yamashita dianggap mengetahui oleh karena kejahatan-kejahatan perang yang begitu hebat dan menyebar yang telah dilakukan oleh pasukannya tanpa melakukan upaya-upaya pencegahan.

Selanjutnya atas dasar perbuatannya tersebut, Jenderal Tomoyuki Yamashita dipidana mati, dan putusan mana pada pokoknya dikuatkan oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat Dalam pertimbangannya, antara lain disebutkan bahwa Hukum Perang mewajibkan komandan mengawasi anak buahnya untuk tidak melakukan pelanggaran dan dalam hal terjadi pelanggaran komandan harus bertanggung jawab. Hukum Perang memberikan kepada seorang komandan militer suatu kewajiban untuk mengambil upaya-upaya dalam kewenangannya untuk mengendalikan pasukannya yang berada dalam komandonya untuk mencegah tindakan-tindakan yang merupakan pelanggaran-pelanggaran Hukum Perang dan yang akan dapat mengamankan wilayah musuh yang diduduki dari tindakan para prajurit yang liar, termasuk kegagalannya mengambil upaya-upaya pencegahan ketika pelanggaran-pelanggaran itu terjadi. Perintah komandan untuk melakukan operasi-operasi militer oleh pasukan yang menimbulkan eksekusi yang tidak dapat dikendalikan hampir pasti akan mengakibatkan pelanggaran-pelanggaran yang dilarang oleh Hukum Perang. Selain itu, tujuan untuk melindungi penduduk sipil dan para tawanan perang dari kekejaman tidak akan berhasil apabila komandan tentara pendudukan yang diberikan kekebalan

mengabaikan mengambil upaya-upaya yang wajar untuk melindungi mereka. Dengan demikian Hukum Perang mewajibkan agar pelanggaran-pelanggaran dihindari melalui pengendalian operasi-operasi perang oleh para komandan yang untuk hal tertentu bertanggung jawab terhadap bawahannya.

Kasus Jenderal Tomoyuki Yamashita tersebut merupakan contoh terkenal adanya asas *strict liability* pada seorang komandan ataupun atasan dimana ia tetap dipersalahkan sebagai atasan untuk bertanggungjawab atas perbuatan bawahannya yang melakukan pelanggaran HAM berat dengan mengabaikan perintahnya, sedangkan ia tidak mengetahui perbuatan bawahannya oleh karena hubungan komunikasi telah putus. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa penerapan pertanggungjawaban komando dalam kasus Jenderal Tomoyuki Yamashita tersebut lebih menekankan pada aspek kognitif dari para pemegang komando. Praktik *IMTFET* terkait dengan penerapan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat, dapat dikemukakan beberapa hal pokok sebagai berikut :

- (1). Praktik *IMTFE* menunjukkan bahwa alasan tindakan negara dan perintah atasan tidak dapat dijadikan dasar untuk membebaskan tanggungjawab pelaku tetapi hal tersebut hanya dapat dijadikan sebagai dasar bagi majelis hakim untuk mengurangi hukuman terhadap para pelakunya;
- (2). Penerapan pertanggungjawaban komando pada persidangan *major war criminals* di *IMTFET* 1948 terhadap pejabat teras militer dan sipil pemerintah Jepang, atas perbuatan *atrocities* yang dilakukan pasukan pasukan bala tentara Jepang di berbagai mandala saat PD II, didasarkan pada kelalaian pejabat-pejabat (para pemegang komando) yang bersangkutan atas

kewajiban untuk melakukan tindakan-tindakan yang diperlukan terhadap pasukan-pasukan dibawah kendalinya yang melakukan *atrocities*. Mereka terdiri dari Hideki Tojo PM Jepang dalam kasus *Bataan Death March* (1942), Kuniaki Koiso PM Jepang atas keterlibatan pasukan tentara Jepang yang melakukan *atrocities* (1944), Mamoru Shigemitsu Menlu Jepang atas perlakuan pasukan-pasukan Jepang terhadap tawanan perang, Menlu Koki Hirota, Heitaro Kimura dan Iwana Matsui sebagai Panglima Militer Jepang dalam kasus *Rape of Nanking* yang dilakukan pasukan militer Jepang;

- (3). Berdasarkan pertimbangan hukum yang dikemukakan majelis hakim *IMTFET* dalam mengadili para pelaku tersebut di atas, dapatlah disimpulkan bahwa unsur-unsur utama dari pertanggungjawaban komando setidaknya meliputi :
 - (a). Adanya pasukan atau anak buah yang berada di bawah komandonya yang terlibat *atrocities*;
 - (b). Adanya pengetahuan dari pemegang komando tentang keterlibatan pasukannya dalam *atrocities*;
 - (c). Pengetahuan dari pemegang komando tersebut didapat secara aktual dan konstruktif.
- (4). Kewenangan komando harus dibuktikan bahwa komandan yang bersangkutan benar-benar memiliki kekuasaan terhadap para pelaku *atrocities* dalam bentuk mengeluarkan perintah untuk melarang mereka terlibat tindakan-tindakan illegal dan untuk menghukum para pelakunya;

- (5). Gagal mengambil tindakan yang tepat dalam lingkup kekuasaannya untuk mengendalakan pasukan dibawah komandonya dan untuk mencegah tindakan pelanggaran terhadap HHI;
- (6). Para pemegang komando tersebut gagal menghukum para pelaku dengan mengajukannya ke depan sidang peradilan.

C.3. Praktik Penerapan Pertanggungjawaban Komando Pada *International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (ICTY)*

Kewenangan DK-PBB untuk membentuk *international criminal tribunal* pada umumnya dan khususnya di bekas negara Yugoslavia adalah berdasarkan pada *Chapter VII* Piagam PBB. *International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (ICTY)* merupakan bentuk lembaga peradilan (HAM) internasional yang bersifat *ad hoc* pasca Perang Dingin yang dibentuk di eks negara Yugoslavia berdasarkan Resolusi DK-PBB No. 827 tanggal 25 Mei 1993 dan Resolusi DK-PBB No. 808 tanggal 22 Februari 1993. *ICTY* tersebut dibentuk dengan yurisdiksi untuk mengadili dan menghukum para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan perang, kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan di wilayah bekas negara Yugoslavia. Statuta *ICTY* 1993 merupakan dasar hukum utama untuk menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat di eks negara Yugoslavia.

Pasal 7 ayat (3) Statuta *ICTY* menyebutkan bahwa perbuatan (tindak pidana) dalam ketentuan Pasal 2 s/d Pasal 5 statuta yang dilakukan oleh bawahan

(*subordinate*) tidak membebaskan seorang atasan dari pertanggungjawaban pidana, jika atasan mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui bahwa bawahannya akan melakukan kejahatan atau telah menjalankan kejahatan, tetapi atasan tersebut gagal mengambil langkah-langkah penting untuk mencegah tindakan tersebut atau untuk menghukum bawahan sebagai pelakunya. Prinsip pertanggungjawaban komando di atas, telah diterapkan dalam mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat sebagaimana tercermin dalam berbagai putusan *ICTY*. Putusan *ICTY* tanggal 26 Pebruari 2001 dalam kasus Kordic dan Cerkez, dalam Paragraf 401 menyebutkan bahwa unsur-unsur yang harus dipenuhi dalam pertanggungjawaban komando bilamana terdapat hubungan atasan bawahan antara komandan dan pelaku kejahatan; terdakwa mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui bahwa kejahatan akan dilakukan atau telah dilakukan oleh bawahannya; terdakwa gagal mengambil tindakan yang diperlukan untuk menghalangi terjadinya kejahatan atau untuk menghukum pelakunya.³³⁸

Hubungan antara atasan dan bawahan tersebut didasarkan pada kontrol yang dapat dijalankan secara langsung maupun tidak langsung dalam suatu hierarki, sehingga hubungan atasan dan bawahan itu sendiri dapat berupa hubungan langsung dan tidak langsung.³³⁹ Seseorang yang secara efektif berada pada posisi komandan dalam struktur informal serta memiliki kekuasaan untuk menghalangi dan menghukum pelaku kejahatan yang berada dalam kontrol mereka, dalam kondisi tertentu dapat dimintakan pertanggungjawaban atas

³³⁸ Lihat dalam putusan *ICTY* kasus Blaskic 3 Maret 2000 dalam Paragraf 294, kasus Music 16 Nopember 1998 dalam Paragraf 346.

³³⁹ Lihat dalam putusan *ICTY* kasus Kunarac, Kovac dan Vokovic, 22 Pebruari 2001, dalam Paragraf 396.

tindakan yang dilakukannya. Seorang komandan dapat dikenakan tanggung jawab pidana yang dilakukan orang-orang yang secara formal bukan bawahannya (langsung), tetapi komandan tersebut melakukan kontrol terhadap mereka. Kontrol efektif seorang atasan terhadap bawahan, dalam kaitannya dengan kemampuan materil atasan untuk menghalangi atau menghukum adalah permulaan untuk sampai pada penentuan hubungan antara atasan dan bawahan seperti maksud Pasal 7 ayat (3) Statuta *ICTY*. Untuk menerapkan prinsip pertanggungjawaban atasan, maka penting mengetahui bahwa seorang atasan mempunyai kontrol efektif terhadap orang-orang yang melakukan pelanggaran dan ia memiliki kemampuan materil untuk menghalangi dan menghukumnya. Tanggung jawab pidana hanya dapat dikenakan pada para atasan yang secara *de jure* atau *de facto*, baik dari militer maupun sipil yang benar-benar merupakan bagian dari rantai komando, baik langsung atau tidak langsung yang mempunyai kekuasaan, untuk melakukan kontrol atau untuk menghukum tindak kejahatan yang dilakukan bawahannya. Orang-orang atau siapa saja yang secara permanen maupun sementara berada dibawah komando seseorang, dapat dianggap berada dalam kontrol efektif orang tersebut. Untuk dapat bertanggung jawab atas tindak kejahatan yang dilakukan seseorang atau orang-orang dibawah kontrolnya maka harus dapat dibuktikan bahwa pada saat kejahatan tersebut dilakukan, orang-orang tersebut berada dalam kontrol efektif dari orang tersebut.³⁴⁰

Komandan atau atasan adalah orang yang mempunyai kekuasaan atau otoritas baik secara *de jure* maupun *de facto* untuk menghalangi kejahatan yang

³⁴⁰ Lihat dalam putusan *ICTY* kasus Kunarac, Kovac dan Vokovic tanggal 22 Februari 2001, dalam Paragraf 339.

dilakukan bawahannya atau berwenang menghukum pelaku setelah kejahatan tersebut dilakukan.³⁴¹ Kekuasaan atau otoritas untuk mencegah atau menghukum tidak sepenuhnya berasal dari kewenangan *de jure* yang didapat melalui pengangkatan secara resmi. Pemegang komando secara *de facto* pada hakikatnya juga memiliki kekuasaan untuk mencegah atau untuk menghukum kejahatan yang dilakukan bawahannya. Pengangkatan formal (*de jure*) merupakan aspek penting dalam menjalankan kewenangan komando atau otoritas atasan, tetapi dalam hal tidak adanya pengangkatan secara formal, pelaksanaan kewenangan yang sebenarnya (*de facto*) sudah memadai untuk menjatuhkan tanggung jawab pidana terhadap komandan.

Putusan ICTY kasus *Aleksovski*, 25 Juni 1999, dalam Paragraf 76 menyebutkan bahwa tanggung jawab atasan tidak hanya diterapkan untuk pejabat resmi. Setiap orang yang bertindak secara *de facto* sebagai seorang atasan dapat dimintai pertanggungjawaban pidana berdasarkan ketentuan Pasal 7 ayat (3) Statuta ICTY. Penentuan siapa yang tergolong sebagai atasan, menurut Hukum Kebiasaan Internasional tidak hanya dilihat dari status legal formal saja, tetapi juga kemampuan sebagaimana ditunjukkan oleh kompetensi dan tugas untuk menggunakan kontrol yang dimilikinya. Penerapan pertanggungjawaban komando berdasar Pasal 7 ayat (3) Statuta ICTY, tidak terbatas pada individu yang ditunjuk secara resmi sebagai komandan, tapi juga meliputi komandan *de facto* dan *de jure* baik dari kalangan militer maupun atasan sipil lainnya.³⁴²

³⁴¹ Lihat dalam putusan ICTY kasus Mucic, 20 Pebruari 2001, dalam Paragraf 192-194.

³⁴² Lihat dalam putusan ICTY kasus Blaskic, 3 Maret 2000, dalam Paragraf 300.

Tingkat kewenangan *de facto* atau kekuasaan untuk mengontrol yang disyaratkan menurut doktrin tanggung jawab atasan, sama dengan syarat kewenangan *de jure*.³⁴³ Seorang atasan *de facto* yang mempunyai kekuasaan kontrol yang secara substansial sama terhadap bawahannya dapat dikenakan pertanggungjawaban pidana atas tindakan-tindakan yang dilakukan bawahannya. Seorang atasan, baik militer maupun sipil, dapat dikenakan pertanggungjawaban atasan atas dasar kewenangan yang dimilikinya secara *de facto*. Untuk menerapkan prinsip pertanggungjawaban atasan, harus diketahui bahwa atasan tersebut memiliki kontrol yang efektif terhadap orang-orang yang melakukan pelanggaran seperti yang dimaksud, karena seorang atasan mempunyai kemampuan materil untuk mencegah dan menghukum pelaku pelanggaran.

Pertanggungjawaban atasan dapat dikenakan kepada atasan sipil hanya apabila mereka menjalankan kontrol terhadap bawahannya sama seperti kontrol yang dilakukan oleh komandan militer.³⁴⁴ Meskipun kontrol yang diyakini efektif bisa dicapai melalui pengaruh yang substansial, penerapan kekuatan pengaruh semacam itu tidak akan memadai jika tak ada tindakan nyata bahwa ia memiliki kontrol yang efektif terhadap para bawahannya, karena ia memiliki kemampuan material untuk mencegah kejahatan yang dilakukan bawahannya atau menghukum pelaku bawahannya (*subordinate offenders*) setelah kejahatan itu dilakukan. Seorang warga sipil dapat digolongkan sebagai seorang atasan sebagaimana ketentuan Pasal 7 ayat (3) Statuta ICTY jika secara *de jure* atau *de facto* ia mempunyai kemampuan untuk mengeluarkan perintah pencegahan terhadap suatu

³⁴³ Lihat dalam putusan ICTY kasus Kordic dan Cerkez, tanggal 26 Februari 2001, Paragraf 416

³⁴⁴ Lihat dalam putusan ICTYIbid, Paragkasus Mucic, tanggal 16 November 1998, Paragraf 377-378.

tindak kejahatan dan memberi sanksi kepada pelakunya.³⁴⁵ Berkaitan dengan persoalan di atas, beberapa hal yang patut untuk diperhatikan adalah :

- a. Adanya hubungan sub ordinasi secara hierarkhi, antara komandan atau atasan dengan anak buah atau bawahan yang berada dalam komando atau pengendalian efektifnya;
- b. Pemegang kendali komando tersebut dapat berasal dari kalangan militer maupun kalangan sipil, termasuk didalamnya kepolisian;
- c. Pemegang kendali komando memiliki kekuasaan dan kewenangan untuk memerintah dan menjatuhkan hukuman terhadap anak buah atau bawahannya, sesuai ketentuan perundangan yang berlaku;
- d. Pemegang komando yang terdiri dari para komandan militer maupun atasan kepolisian dan atasan sipil yang dimaksud adalah para pejabat yang secara secara *de jure* maupun secara *de facto* pada saat pelanggaran HAM berat dilakukan anak buah atau bawahannya;

Putusan *ICTY* kasus Blaskic Maret 2000 dalam Paragraf 294 menyebutkan bahwa komandan atau atasan mengetahui atau mempunyai alasan untuk mengetahui bahwa kejahatan akan dilakukan atau telah dilakukan bawahannya. Pengetahuan aktual tersebut tidak dapat dikira-kira, namun harus dapat dibuktikan baik melalui bukti langsung atau bukti tidak langsung (*circumstantial evidence*). Bukti yang diperlukan untuk menunjukkan adanya pengetahuan aktual tersebut bisa berbeda tergantung pada posisi kewenangannya. Hal demikian tercermin dalam putusan *ICTY* kasus Kordic dan Cerkez, 26 Pebruari 2001, dalam Paragraf

³⁴⁵ Lihat dalam putusan *ICTY* kasus Aleksovski, tanggal 25 Juni 1999, Paragraf 78.

428 yang menyebutkan bahwa bukti yang diperlukan untuk menunjukkan pengetahuan aktual berbeda antara atasan militer dengan atasan sipil.

Makin jauh jarak fisik komandan atau atasan dari tempat berlangsungnya tindak kejahatan, makin banyak indikasi tambahan yang diperlukan untuk membuktikan ia mengetahui adanya kejahatan tersebut. Di pihak lain, jika kejahatan terjadi berdekatan dengan posisi dimana komandan atau atasan tersebut berada, sudah mencukupi sebagai indikasi mempunyai pengetahuan akan kejahatan tersebut, apalagi jika kejahatan tersebut dilakukan berulang-ulang.³⁴⁶

Seorang atasan mempunyai informasi umum, yang menempatkannya dalam catatan akan tindakan *illegal* yang dilakukan oleh bawahannya merupakan alasan yang cukup untuk membuktikan bahwa ia mempunyai alasan untuk tahu. Informasi tersebut dapat berupa tertulis atau lisan dan tidak harus dalam bentuk laporan khusus sebagai bagian dari sistem monitoring yang diterapkan, dan juga tidak harus berisi tentang informasi khusus tentang tindakan melawan hukum yang telah dilakukan dan akan dilakukan.³⁴⁷ Dengan demikian seorang atasan akan dikenakan tanggung jawab pidana sebagai atasan hanya jika ia memiliki informasi yang dapat membuatnya dikenakan tanggung jawab pidana yang dilakukan oleh bawahannya.

Jika seorang komandan telah menjalankan ketentuan dalam pemenuhan kewajibannya dengan kurangnya pengetahuan bahwa kejahatan akan dilakukan atau telah dilakukan, maka ketiadaan pengetahuan yang dimilikinya membuatnya tidak dapat dikenakan hukuman. Namun, dengan mempertimbangkan posisinya

³⁴⁶ Lihat dalam putusan *ICTY* kasus Naletilic dan Martinovic, 31 Maret 2003, dalam Paragraf 72.

³⁴⁷ Lihat dalam putusan kasus Mucic, tanggal 20 Februari 2001, Paragraf 222-241.

saat itu sebagai komandan dan keadaan yang berlaku saat itu, maka pengabdian tersebut tidak dapat dijadikan sebuah pembelaan dimana ketiadaan pengetahuan merupakan akibat dari kelalaian (*negligence*) akan kewajibannya.

Pertanggungjawaban komando dalam Pasal 7 ayat (3) Statuta *ICTY* dapat diterapkan jika seorang atasan gagal menggunakan kekuasaannya untuk menghalangi bawahannya melakukan kejahatan atau gagal menghukum pelakunya setelah kejadian itu. Pertanggungjawaban komando dapat diterapkan pada seorang atasan yang memiliki kewenangan sedemikian rupa tetapi gagal mempergunakan kewenangannya. Kegagalan atasan untuk mengambil tindakan penting dan semestinya untuk mencegah atau menghukum bawahan sebagai pelaku kejahatan merupakan unsur ketiga yang harus dipenuhi dalam pertanggungjawaban komando, juga tercermin dalam putusan *ICTY* kasus Blaskic 3 Maret 2000 dalam Paragraf 294.

Seorang atasan tidak diwajibkan untuk mengambil tindakan yang tidak mungkin dilakukan, tetapi ia mempunyai tugas untuk menjalankan kekuasaan yang dimiliki dalam batas-batas kewenangan yang dimilikinya.³⁴⁸ Pasal 7 ayat (3) Statuta *ICTY* telah mengatur bahwa tanggung jawab atasan untuk mencegah kejahatan yang akan dilakukan oleh bawahan atau menghukum pelaku kejahatan tersebut, dilakukan dengan cara mengambil tindakan yang penting dan dianggap perlu. Komandan atau atasan yang mengetahui atau mempunyai alasan untuk mengetahui bahwa bawahannya akan melakukan tindak kejahatan dan dia sebagai atasan gagal untuk mencegahnya, maka ia tidak boleh menggantikan kegagalan

³⁴⁸ Lihat dalam putusan *ICTY* kasus Krnojelac tanggal 15 Maret 2002, Paragraf 95.

tersebut dengan menghukum bawahannya sekemudiannya. Tugas untuk mencegah seharusnya dipahami sebagai sesuatu yang diemban oleh seorang komandan atau atasan pada berbagai tingkatan sebelum dilakukannya kejahatan oleh bawahan, jika ia memiliki pengetahuan bahwa kejahatan tersebut sedang dipersiapkan atau direncanakan, atau jika ia mempunyai alasan yang jelas untuk mencurigai kejahatan yang dilakukan oleh bawahannya.

Tanggung jawab tersebut setidaknya meliputi kewajiban untuk melakukan investigasi terhadap kejahatan untuk mendapatkan fakta-fakta yang diperlukan, dan melaporkan kejadian tersebut kepada pihak yang berwenang jika atasan tersebut tidak mempunyai kekuasaan untuk memberikan sanksi kepada pelaku. Atasan sipil mempunyai kewajiban yang sama seperti atasan militer berkenaan dengan tugas untuk mencegah atau menghukum bawahannya yang melakukan suatu pelanggaran HAM berat. Seorang atasan hanya akan dimintai pertanggungjawabannya atas tindak kejahatan yang dilakukan bawahannya jika diketahui bahwa ia telah mengetahui atau mempunyai alasan untuk mengetahuinya. Pertanggung jawaban komando sebagaimana dimaksud Pasal 7ayat (3) *ICTY* didasarkan pada kelalaian dalam melakukan tindakan positif (*positive conduct*).

Doktrin pertanggungjawaban komando tidak dikenakan pada seseorang hanya karena ia berada dalam posisi sebagai pemegang otoritas, tetapi seseorang akan dikenakan pertanggungjawaban komando apabila dapat dibuktikan bahwa ia telah mengetahui atau mempunyai alasan untuk mengetahui tentang kejahatan-kejahatan yang dilakukan bawahannya tetapi ia gagal mengambil tindakan untuk

mencegah atau menghukum pelakunya. Tanggung jawab atasan, merupakan bentuk tanggung jawab terkait (*imputed responsibility*), karena itu tanggung jawab ini bukan merupakan tanggung jawab langsung (*strict liability*).³⁴⁹

Patut dikemukakan bahwa putusan hakim *ICTY* terkait dengan penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat di bekas negara Yugoslavia, pidana penjaranya bervariasi antara 10 hingga 25 tahun tergantung dari tingkat kesalahan dari masing-masing terdakwa.

C.4. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Pada *International Criminal Tribunal For Rwanda (ICTR)*

Konflik berkepanjangan di negara Rwanda yang dilatarbekangi oleh adanya pertentangan antara suku Hutu dan suku Tutsi, sebenarnya sudah dimulai dan bahkan terjadi sebelum pembentukan negara tersebut. Suku Hutu yang mendominasi jumlah penduduk melakukan diskriminasi terhadap suku Tutsi yang merupakan suku minoritas. Akibat konflik berkepanjangan tersebut diperkirakan ratusan ribu orang telah tewas akibat penyiksaan yang luar biasa pada tahun 1994, yang sebagian besar adalah warga Tutsi, sedangkan puluhan ribu penduduk Rwanda lainnya mengungsi ke negara tetangga.

Para pelaku pelanggaran HAM berat di Rwanda tersebut diadili oleh *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)* yang terbentuk berdasarkan

³⁴⁹ Lihat dalam putusan *ICTY* kasus Kordic dan Cerkez, 26 Februari 2001, dalam Paragraf 369

Resolusi DK-PBB No. 955 tahun 1994. *ICTR*³⁵⁰ inilah yang akan digunakan sebagai sarana untuk mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat di Rwanda berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando. *ICTR* dibentuk untuk mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat berupa kejahatan genosida, pelanggaran konvensi Jenewa dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang berlangsung sejak tanggal 1 Januari 1994 hingga 1 Desember 1994. *ICTR* tersebut mempunyai yurisdiksi terhadap jenis kejahatan yang tergolong dalam pelanggaran HAM berat, yang satu diantaranya adalah kejahatan terhadap kemanusiaan.

Statuta *ICTR* 1994 merupakan dasar hukum yang utama untuk menuntut pertanggungjawaban komando atas kasus pelanggaran HAM berat yang terjadi di negara Rwanda. Pasal 6 ayat (3) Statuta *ICTR* menyebutkan bahwa perbuatan (tindak pidana) sebagaimana diatur dalam Pasal 2 s/d Pasal 5 Statuta *ICTR* yang dilakukan oleh bawahan tidak melepaskan pertanggungjawaban pidana atasannya bilamana atasan tersebut mengetahui atau memiliki dasar untuk mengetahui bahwa bawahan akan melakukan perbuatan-perbuatan tersebut atau telah melakukan perbuatan, tetapi atasan tersebut gagal mengambil cara-cara penting dan masuk akal untuk mencegah perbuatan itu atau menghukum pelakunya.

Putusan hakim *ICTR* kasus Bagilishema³⁵¹ menyebutkan tiga unsur pokok yang harus terpenuhi dalam pertanggungjawaban komando adalah adanya kontrol yang efektif dalam hubungan atasan dan bawahan; adanya pengetahuan yang seharusnya ada pada atasan bahwa kejahatan akan dilakukan, sedang dilakukan,

³⁵⁰ Pelaksanaan peradilan *ICTR* dilakukan terutama di kota Arusha, dengan banding *Appeal Chamber* yang berlokasi di *Hague*. *ICTR* hanya mengadili para pelaku utama kejahatan yang terjadi tahun 1994, sedangkan bagi para pelaku lainnya dilakukan oleh pengadilan nasional Rwanda.

³⁵¹ Lihat dalam putusan *ICTR* kasus Bagilishema 7 Juni 2001 dalam Paragraf 38

atau sudah dilakukan; adanya kegagalan dari atasan untuk mengambil langkah-langkah yang perlu dan pantas untuk mencegah dilakukannya kejahatan atau untuk menghukum si pelaku. Doktrin tanggung jawab komando didasarkan pada kekuasaan atasan untuk mengontrol perbuatan-perbuatan bawahannya. Adanya kontrol yang efektif dalam hubungan atasan dan bawahan adalah merupakan hubungan yang hierarkis dimana atasan adalah lebih tinggi dari bawahan. Prinsip pertanggungjawaban komando hanya berlaku bagi para atasan yang memiliki kontrol yang efektif terhadap para bawahannya.³⁵² Atasan memiliki kontrol yang efektif terhadap bawahan yang melakukan kejahatan, bilamana atasan tersebut memiliki kemampuan material untuk mencegah dan menghukum pelaku kejahatan merupakan sebuah persoalan yang secara *inheren* terkait erat dengan situasi faktual yang ada.

Unsur pokok pertanggungjawaban komando tidak hanya terletak pada kekuasaan seorang atasan atas sebuah wilayah tertentu, tetapi pada kontrol yang efektif yang dimiliki oleh atasan terhadap bawahannya yang melakukan kejahatan. Seorang sipil yang menjadi atasan dapat didakwa dengan pertanggungjawaban atasan hanya bila ia memiliki kontrol yang efektif, baik secara *de jure* maupun secara *de facto*, atas perbuatan-perbuatan pelanggaran HHI yang dilakukan bawahannya atau orang lain yang dalam kontrol efektifnya walaupun kontrol yang dijalankan tidak perlu bersifat sama dengan kontrol yang dijalankan oleh komandan militer.³⁵³

³⁵² Lihat dalam putusan *ICTR* kasus Kayishema dan Ruzindana 21 Mei 1999 dalam Paragraf 229-231. Lihat pula dalam putusan *ICTR* kasus Niyitegeka 16 Mei 2003 dalam Paragraf 472, maupun putusan *ICTR* kasus Musema 27 Januari 2000 dalam Paragraf 141.

³⁵³ Lihat dalam putusan *ICTR* kasus Ntakirutimana tanggal 21 Februari 2003 Paragraf 819

Dalam kasus Jean Kabanda PM Rwanda diterapkan pertanggungjawaban komando karena memiliki kedudukan dan kekuasaan dalam pemerintahan terhadap militer dan sipil yang terlibat dalam pembantaian suku Tutsi. *Position of responsibility* bisa juga berkaitan dengan *civilian authorities*, sebagaimana terlihat dalam putusan majelis hakim *ICTR*, dimana seorang Direktur pabrik telah dituntut dan dipidana penjara seumur hidup karena tidak melakukan pencegahan atas terjadinya pelanggaran HAM berat yang dilakukan bawahannya diluar jam kerja. Mengacu pada praktik internasional, dalam mengadili pemegang komando secara *de jure* terlihat dari kasus Jean Paul Akayesu yang merupakan seorang Walikota di sebuah kota di Rwanda saat pelanggaran HAM berat. Majelis hakim *ICTR* mengemukakan bahwa berdasarkan HN Rwanda, jabatan Akayesu sebagai Walikota menempatkan dirinya sebagai (1) kepala administrasi masyarakat setempat, (2) pejabat negara, (3) orang yang bertanggungjawab dalam menjaga serta memperbaiki perdamaian.

Pertanggungjawaban komando dalam Pasal 6 ayat (3) Statuta *ICTR* tidak hanya berlaku terhadap komandan militer akan tetapi berlaku pula terhadap atasan sipil lainnya. Hal demikian tampak dalam putusan *ICTR* 21 Mei 1999 dalam kasus Kayishema dan Ruzindana, yang dalam Paragraf 213-215 telah menyebutkan bahwa penerapan tanggung jawab pidana terhadap sipil yang memegang kekuasaan adalah syarat yang tidak dapat diperdebatkan. Statuta *ICTR* tidak membatasi pertanggungjawaban komando hanya pada komandan militer namun juga atasan sipil, termasuk kepala negara atau pemerintah atau pejabat negara atau pemerintah yang bertanggungjawab sesuai ketentuan Pasal 6 ayat (2) Statuta

ICTR. Hal demikian telah pula diterapkan pada putusan *ICTR* kasus Musema 27 Januari 2000 dalam Paragraf 148 yang menyebutkan bahwa pertanggungjawaban komando berlaku tidak hanya terhadap komandan militer saja tetapi juga terhadap penguasa sipil yang bertindak sebagai atasan. Demikian pula dalam putusan *ICTR* kasus *Kambada dan Serusbago* mantan Perdana Menteri dan Pemimpin Milisi maupun putusan *ICTR* kasus Akayesu (mantan Walikota) 2 September 1998 adalah merupakan atasan sipil yang didakwa berdasarkan Pasal 6 ayat (3) Statuta *ICTR* tentang pertanggungjawaban komando.³⁵⁴ Menurut *ILC* doktrin tanggung jawab komando diperluas terhadap penguasa sipil hanya sepanjang mereka memiliki derajat penguasaan terhadap bawahan, yang serupa dengan komandan militer.³⁵⁵ Agar tingkat penguasaan atasan sipil sama dengan komandan militer, maka penguasaan atasan sipil terhadap bawahannya harus efektif, dan memiliki kemampuan pokok untuk mencegah dan menghukum bawahannya.

Selanjutnya unsur kedua dari pertanggungjawaban komando berdasarkan pada ketentuan Pasal 6 ayat (3) Statuta *ICTR* adalah merupakan unsur niat jahat (*mens rea*) yang berupa pengetahuan yang patut dimiliki bahwa kejahatan akan dilakukan, sedang dilakukan atau sudah dilakukan. Dalam putusan *ICTR* kasus Akayesu 2 September 1998 dalam Paragraf 479 dan Paragraf 489 menyebutkan tidak menjadi persyaratan bahwa seorang atasan harus mengetahui terlebih dahulu tindakannya untuk bertanggung jawab secara pidana, cukuplah kalau ia memiliki alasan untuk mengetahui bahwa bawahannya akan melakukan atau sudah melakukan kejahatan dan ia (atasan) gagal mengambil langkah-langkah yang

³⁵⁴ Lihat dalam putusan *ICTR* kasus Nahimana, Barayagwiza dan Ngeze 3 Desember 2003, dalam Paragraf 976.

³⁵⁵ Lihat dalam putusan *ICTR* kasus Bagilishema 7 Juni 2001 dalam Paragraf 42-43

diperlukan dan pantas untuk mencegah perbuatan itu atau menghukum pelakunya. Putusan hakim *ICTR* dalam kasus Kurt Meyer menyebutkan bahwa komandan atau atasan tidak harus melihat sendiri terjadinya kekejaman, cukup apabila ia mengetahui bahwa bawahan atau anak buahnya sedang melakukan kejahatan atau telah melakukan kejahatan dan yang bersangkutan sebagai komandan atau atasan gagal mengambil langkah-langkah yang diperlukan atau beralasan untuk menjamin ditaatinya ketentuan hukum atau memidana para pelaku. Timbulnya pertanggungjawaban komando manakala terjadi pengabaian atau penolakan untuk berbuat sesuatu. Tentu saja layak untuk memastikan bahwa telah ada niat jahat, atau paling tidak dipastikan bahwa kelalaian sangat serius sehingga pengabaian atau penolakan untuk berbuat sesuatu ini sama dengan persetujuan diam-diam atau bahkan niat jahat.

Untuk dapat diputus bertanggungjawab secara pidana atas perbuatan bawahannya, seorang atasan harus mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui aktivitas kejahatan yang dilakukan bawahan yang berada dibawah kendali efektifnya.³⁵⁶ Seorang atasan memiliki atau dapat dihubungkan dengan persyaratan *mens rea* berkaitan dengan pertanggungjawaban pidana bila :³⁵⁷

a. memiliki pengetahuan yang sesungguhnya yang dapat diketahui melalui bukti langsung atau tidak langsung, di mana ia mengetahui bahwa bawahannya akan melakukan, sedang melakukan, atau telah melakukan kejahatan yang diatur dalam Statuta;

³⁵⁶ Lihat dalam putusan *ICTR* kasus Kayishema dan Ruzindana 21 Mei 1999 dalam Paragraf 225

³⁵⁷ Lihat dalam putusan *ICTR* kasus Bagilishema 7 Juni 2001 dalam Paragraf 46. Lihat juga dalam putusan *ICTR* kasus Semanza 15 Mei 2003 dalam Paragraf 405.

- b. memiliki informasi atau pengetahuan yang membuatnya berhati-hati akan risiko dari delik-delik tersebut dengan melakukan investigasi tambahan dalam rangka memastikan apakah delik-delik tersebut akan dilakukan, sedang dilakukan atau telah dilakukan oleh bawahannya; atau,
- c. ketiadaan pengetahuan yang diakibatkan oleh kelalaian dalam pelaksanaan tugasnya sebagai atasan, di mana ia seharusnya mengetahui tetapi gagal untuk melaksanakan cara-cara yang tersedia baginya untuk mempelajari delik-delik dan segala akibatnya.

Tanggung jawab komando bagi atasan yang gagal untuk mencegah atau menghukum kejahatan yang dilakukan oleh bawahannya adalah bukan bentuk tanggung jawab langsung (*strict liability*).³⁵⁸ Pertanggungjawaban pidana seorang atasan tidak akan melekat pada pada dasar tanggung jawab langsung hanya karena seorang individu berada dalam rantai komando dengan kekuasaan atas suatu area wilayah. Posisi individu dalam hierarki komando dipertimbangkan sebagai indikasi penting bahwa atasan mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui tindakan bawahannya, pengetahuan itu tidak akan diduga berdasarkan status sebagai atasan semata.³⁵⁹ Putusan *ICTR* kasus Kayishema dan Ruzindana, tanggal 21 Mei 1999, dalam Paragraf 227-228 menyebutkan bahwa komandan militer memiliki tugas yang lebih aktif untuk mencukupi dirinya dengan informasi tentang kegiatan-kegiatan bawahannya ketika ia mengetahui atau berdasarkan situasi pada saat itu seharusnya ia mengetahui bahwa kekuatan bersenjata sedang melakukan atau akan melakukan kejahatan. Sedangkan untuk atasan

³⁵⁸ Lihat dalam putusan *ICTR* kasus Bagilishema tanggal 7 Juni 2001, Paragraf 44.

³⁵⁹ Lihat dalam putusan *ICTR* kasus Semanza tanggal 15 Mei 2003, Paragraf 404.

lainnya, mereka harus mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yang secara jelas menandakan bahwa bawahan sedang melakukan atau akan melakukan kejahatan. Dengan demikian putusan *ICTR* telah menerapkan pengujian atau pembuktian yang berbeda untuk niat jahat komandan militer dan atasan sipil lainnya, yaitu dengan tidak menuntut tugas *prima facie* terhadap komandan *non* militer untuk meraih setiap aktivitas semua orang yang berada dalam kekuasaannya.

Kegagalan komandan atau atasan untuk mengambil langkah-langkah yang penting dan pantas untuk mencegah atau menghentikan kejahatan, atau menghukum pelakunya sebagai unsur 3 dari pertanggung jawaban komando, tercermin dalam beberapa putusan *ICTR* di bawah ini. Putusan *ICTR* kasus *Bagilishema*, 7 Juni 2001, dalam Paragraf 38 menyebutkan bahwa untuk membuktikan unsur ketiga dari pertanggungjawaban komando sesuai Pasal 6 ayat (3) Statuta *ICTR*,³⁶⁰ maka harus terbukti adanya kegagalan komandan atau atasan untuk mengambil langkah-langkah penting dan layak untuk mencegah atau menghentikan atau untuk menghukum pelakunya. Langkah-langkah penting adalah langkah-langkah yang diperlukan untuk mencegah atau menghukum berdasarkan keadaan yang berlaku pada saat itu dan layak berarti bahwa langkah-langkah tersebut adalah langkah-langkah yang seharusnya dilakukan olehnya pada waktu itu karena ia berada dalam posisi untuk melakukannya.

Terkait dengan kegagalan untuk menghukum, tanggung jawab atasan dapat timbul dari keagalannya untuk menciptakan lingkungan yang disiplin dan

³⁶⁰ Pasal 6 ayat (3) Statuta *ICTR* memberi kewenangan terhadap seorang atasan untuk mengambil langkah-langkah penting dan layak untuk mencegah atau menghukum kejahatan dalam Statuta,

menghormati hukum terhadap orang-orang yang berada dalam kekuasaannya. Tanggung jawab komando terhadap kegagalan atasan untuk menghukum dapat dipicu oleh pola perbuatannya, yang mana justru mendorong bawahannya melakukan perbuatan kejahatan.³⁶¹ Putusan hakim *ICTR*³⁶² mempertimbangkan apakah komandan atau atasan mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui dan gagal mencegah atau menghukum pelaku kejahatan jika ternyata ia sama sekali tidak memerintahkan untuk melakukan suatu kejahatan. Bila komandan atau atasan tersebut terbukti memerintahkan untuk melakukan kejahatan, maka tidak perlu lagi mempertimbangkan apakah ia mencoba untuk mencegah atau apakah dia mencoba untuk menghukum para pelakunya yang tidak lain merupakan bawahannya. Patut untuk dikemukakan bahwa bawahan yang bertindak sesuai dengan perintah dari pemerintah atau atasan tidak akan melepaskannya dari pertanggungjawaban pidana, akan tetapi hal tersebut dapat dipertimbangkan untuk memperingan hukuman.

C.5. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Pada *International Criminal Court* (ICC)

Pada tanggal 17 Juli 1998 Statuta Roma yang menjadi dasar pendirian bagi *International Criminal Court* (ICC) telah disahkan untuk mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat berupa kejahatan genosida, kejahatan terhadap

³⁶¹ Lihat dalam putusan *ICTR* kasus *Semanza*, 15 Mei 2003, dalam Paragraf 406-407.

³⁶² Lihat dalam putusan hakim *ICTR* kasus *Kayishema dan Ruzindana*, 21 Mei 1999, dalam Paragraf 223-224.

kemanusiaan, kejahatan perang, dan agresi. Patut untuk dikemukakan sebagai suatu catatan bahwa 120 negara telah menandatangani Statuta Roma dan 7 negara menolak menandatangani, yaitu negara AS, China, Iraq, Libya, Qatar, Yaman dan Israel, 10 negara *abstain* termasuk Indonesia. Untuk berlakunya *ICC* tersebut secara resmi, diperlukan ratifikasi dari 60 negara peserta yang diserahkan kepada Sekretaris Jendral Perserikatan Bangsa-Bangsa (Sekjen PBB). Hal demikian telah diatur dalam ketentuan Pasal 126 Statuta Roma 1998 yang memuat tentang Pemberlakuan *ICC*, yaitu :

1. Statuta ini berlaku pada tanggal dan bulan, 60 hari setelah tanggal penyerahan ke-60 instrumen ratifikasi, penerimaan, persetujuan atau aksesi (penambahan) ke Sekjen PBB.
2. Bagi masing-masing negara yang meratifikasi, menerima, menyetujui atau mengaksesi statuta ini setelah pengiriman ke-60 instrumen ratifikasi, penerimaan, persetujuan atau aksesi (ke PBB), maka statuta ini berlaku pada hari pertama bulan, 60 hari setelah instrumen ratifikasi, penerimaan, persetujuan atau penambahan dikirim oleh negara itu ke Sekjen PBB. Pada tanggal 11 April 2002 negara ke-60 telah meratifikasi *ICC*, sehingga dengan demikian secara formal telah resmi beroperasi 60 hari kemudian, yaitu bulan Juli 2002.

Terkait dengan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat, formulasi atau konstruksi hukum sebagaimana yang telah terumus dalam ketentuan Pasal 28 Statuta Roma menyebutkan bahwa :

“Tanggung jawab komandan dan atasan-atasan lainnya selain dasar-dasar tanggung jawab pidana lainnya menurut Statuta ini untuk kejahatan dalam yurisdiksi pengadilan :

- (a) Komandan militer atau orang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer harus bertanggungjawab secara pidana untuk kejahatan-kejahatan dalam yurisdiksi Pengadilan yang dilakukan oleh pasukan di bawah komando dan pengawasan efektifnya, atau otoritas dan control efektif sebagaimana yang terjadi, sebagai akibat dari kegagalannya untuk melaksanakan control yang tepat terhadap pasukan itu, bilamana :
 - (i). Bahwa komandan militer atau orang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer yang mengetahui atau menyadari keadaan-keadaan pada waktu itu, seharusnya mengetahui bahwa pasukannya sedang melakukan atau akan melakukan kejahatan itu; dan
 - (ii). Bahwa komandan militer atau orang tersebut gagal untuk mengambil segala tindakan yang diperlukan dan wajar yang berada kekuasaannya untuk mencegah atau menekan perbuatan kejahatan atau untuk mengajukan permasalahan kepada kepada pejabat yang berwenang untuk penyidikan dan penuntutan.
- (b). Berkaitan dengan hubungan atasan dengan bawahan yang tidak dijelaskan dalam *paragraph* (a), seorang atasan haruslah bertanggungjawab secara pidana untuk kejahatan-kejahatan dalam yurisdiksi Mahkamah yang dilakukan oleh bawahan-bawahan sesuai dengan otoritas-otoritas yang dimilikinya secara efektif sebagai akibat dari kegagalannya untuk melaksanakan pengendalian secara tepat pada bawahan-bawahan itu, bilamana :
 - (i). Atasan mengetahui, atau dengan sadar tidak memperhatikan informasi yang jelas-jelas menunjukkan bahwa bawahannya sedang melakukan atau hampir melakukan tindakan itu;
 - (ii). Tindakan-tindakan kejahatan itu berada dalam tanggung jawab dan pengendalian efektif dari atasan itu; dan
 - (iii). Atasan tidak mengambil segala tindakan yang diperlukan dan wajar dalam kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan mereka atau mengajukan permasalahannya kepada yang berwenang untuk penyidikan dan penuntutan.

Berdasarkan ketentuan di atas, dapat disimpulkan bahwa formulasi atau konstruksi hukum pertanggungjawaban komando dalam Pasal 28 Statuta Roma, memberlakukan orang sipil dan militer secara terpisah dan berbeda. Pasal 28 huruf (a) *point* (1) mengaburkan standar *mens rea* terhadap semua superior, baik sipil maupun militer yang telah baku dalam Hukum Kebiasaan Internasional. Doktrin tanggungjawab atasan dalam HI selalu mensyaratkan bahwa semua atasan

yang mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui bahwa bawahannya telah melakukan atau sedang melakukan kejahatan bertanggungjawab atas kejahatan tersebut apabila atasan gagal mencegah atau menghukum para pelaku. Pasal 28 huruf (a) *point* (1) berlaku bagi militer dan sipil yang secara efektif bertindak sebagai atasan. Sebagai kebalikannya Pasal 28 huruf (b) *point* (1) tentang hubungan atasan dan bawahan yang lain, memberikan tanggung jawab terhadap atasan hanya apabila atasan mengetahui, atau secara sadar mengabaikan informasi yang relevan yang dengan jelas menunjukkan bahwa bawahannya sedang atau akan melakukan kejahatan. Dengan kata lain, bagi atasan sipil tidak berlaku ketentuan standar seharusnya mengetahui (*should have known*) seperti yang berlaku bagi militer. Mereka bertanggungjawab terhadap kejahatan yang dilakukan bawahannya hanya apabila atasan sipil secara sadar mengabaikan informasi yang relevan. Dengan demikian, seorang sipil yang menjadi atasan akan terhindar dari tanggungjawab pidana kecuali dimana keadaan-keadaan sedemikian rupa sehingga mereka seharusnya mengetahui bahwa kejahatan sedang dilakukan.

Pasal 28 huruf (a) tersebut merupakan pengundangan dari beberapa permasalahan yang timbul dalam peradilan sebelumnya, terutama sekali dari peradilan *ICTR* dan *ICTY*. Pasal ini membedakan mereka yang mempunyai kedudukan sebagai pejabat militer dan mereka dari golongan lainnya yang mempunyai otoritas seperti seorang komandan militer. Pasal 28 huruf (b) ditujukan terhadap orang sipil yang berada dalam situasi yang tidak termasuk Pasal 28 huruf (a). Terkait dengan hal tersebut di atas, Pasal 28 Statuta Roma menurut Beth Van Schaack sebagaimana dikutip Eddy Djunaedi Karnasudirdja,

merupakan suatu bentuk penyimpangan dari doktrin *Nuremberg* dengan memberikan terobosan terhadap tanggungjawab komandan apabila ia tidak mengetahui bahwa anak buahnya sedang atau akan melakukan pelanggaran perang.³⁶³ Seorang atasan tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan bawahannya berdasarkan ketentuan Pasal 28 Statuta Roma apabila ia tidak mengetahui bahwa telah terjadi suatu pelanggaran atau akan terjadi suatu pelanggaran, tapi baru mengetahui kemudian. Walaupun *actus reus* yang berkaitan dengan setiap kelas atasan, termasuk pula kegagalan untuk menghukum, kegagalan ini hanya berlaku terhadap komandan lama yang pernah menjabat tersebut sebelum atau ketika kejahatan-kejahatan sedang dilakukan. Ketentuan dalam ketentuan Pasal 28 Statuta Roma tersebut tidak berlaku bagi komandan baru yang menggantikan tugas komandan lama yang gagal menghukum bawahannya.

Pengontrolan efektif dalam ketentuan Pasal 28 Statuta Roma, secara umum ditafsirkan sebagai suatu kondisi dimana atasan secara sungguh-sungguh mampu menggunakan kekuasaannya bilamana dia menginginkannya. Dengan demikian maka makna yang terkandung dalam pengontrolan efektif tersebut meliputi hal-hal sebagai berikut :

1. menunjuk adanya kemampuan material dari pemegang komando untuk mencegah dan menahan tindak pidana yang dilakukan anak buah ataupun bawahannya;

³⁶³ Eddy Djunaedi Karnasudirdja, *Op.Cit.*, halaman 78.

2. Seseorang pemegang komando berada pada posisi mengontrol atau tidak sangat tergantung pada apakah yang bersangkutan mempunyai kekuasaan untuk mengeluarkan perintah yang mengikat bawahannya dan untuk mencegah atau menghukum setiap pelaku tindak pidana yang mungkin dilakukan.

Selanjutnya istilah *should have known* dalam statuta Roma berkaitan dengan standar komandan yang selalu mempunyai kewajiban untuk selalu memiliki informasi tentang kinerja anak buahnya. Dua kriteria *deliberately taking a risk* dan *the should have known test* dalam Pasal 28 Statuta Roma, terdapat suatu perbedaan antara *military superiors* dan *non military superiors*. *Non military superiors* tidak akan bertanggung jawab secara pidana terhadap kejahatan yang dilakukan bawahannya, kecuali mereka *consciously disregarded information* yang jelas-jelas diberikan, bahwa bawahannya melakukan tindak pidana. Dalam hal ini seorang komandan militer dapat dituntut karena *negligence (should have known)*, sedangkan untuk *superior* sipil harus menggunakan standar yang lebih tinggi, yaitu dia harus memiliki pengetahuan aktual atau konstruktif bahwa kejahatan sedang dilakukan.

Hal lain yang patut untuk dikemukakan bahwa pengaturan substansi yang berkaitan dengan *superior responsibility* dalam Statuta Roma 1998, sebenarnya merupakan penjabaran lebih lanjut dari beberapa perkembangan doktrin pertanggungjawaban komando yang dipertimbangkan dalam berbagai putusan majelis hakim *ICTR* maupun *ICTY* dan adanya kompromi antara delegasi AS dan

pendukungnya dengan delegasi negara lainnya. Terkait dengan hal tersebut, Mickey Z dalam tulisannya yang berjudul “*The Indicted : Dissident Voice*”, sebagaimana dikutip Eddy Djunaedi Karnasudirdja, mengatakan bahwa perlindungan yang diperjuangkan untuk para prajurit dan komandan militer tersebut sehingga tidak mau menerima ICC sebetulnya dimaksudkan untuk melindungi presiden dan pejabat penting AS lainnya.³⁶⁴ Di lain pihak dikemukakan pula bahwa pembatasan yang berupa beberapa pengecualian terhadap tanggung jawab komando ini sebelumnya dianggap merupakan *setback* dari HHI yang dilaksanakan oleh *IMTN* dan *IMTFET* dimana sebagian besar pejabat penting militer maupun sipil diadili oleh karena baik secara langsung atau tidak langsung berpartisipasi dalam kejahatan perang.³⁶⁵

Ketentuan dalam Pasal 25 maupun Pasal 27 Statuta Roma memperlihatkan usaha-usaha untuk mengatur perilaku pribadi dan para atasan yang dipertimbangkan dalam *IMTN*, *IMTFET*, *ICTY* dan *ICTR*, yang pada pokoknya mengatur bahwa :

1. Pengadilan mempunyai yurisdiksi terhadap orang atau individu sesuai dengan ketentuan dalam statuta;
2. Seseorang yang melakukan kejahatan di dalam yurisdiksi pengadilan harus bertanggungjawab secara pribadi dan dapat dihukum sesuai dengan ketentuan statuta ini;

³⁶⁴ *Ibid*, halaman 69.

³⁶⁵ *Ibid*, halaman 75.

3. Sesuai dengan statuta ini, seseorang harus bertanggungjawab dan dapat dihukum untuk kejahatan yang termasuk dalam yurisdiksi pengadilan, apabila orang itu :

(a). melakukan kejahatan baik sebagai pribadi, bersama-sama dengan orang lain atau melalui orang lain, tanpa memperhatikan apakah orang lain itu bertanggungjawab secara pidana atau tidak;

(b). memerintahkan, menyuruh atau membujuk dilakukannya kejahatan yang pada kenyataannya terlaksana atau telah melakukan percobaan;

(c). untuk tujuan memberi kemudahan dilakukannya kejahatan, memberikan bantuan, menghasut atau dengan cara lain membantu dalam pelaksanaan tindakan-tindakan atau melakukan percobaan, termasuk memberikan sarana-sarana untuk melakukannya.

(d). dengan cara lain apapun memberikan bantuan terhadap terlaksananya perbuatan itu atau perbuatan percobaan dari kejahatan itu oleh kelompok orang yang bertindak dengan tujuan yang sama. Bantuan itu akan bersifat disengaja dan akan merupakan salah satu dari :

(i). dibuat dengan tujuan untuk melanjutkan kegiatan jahat atau tujuan kejahatan dari kelompok itu, dimana kejahatan itu atau tujuan-tujuan termasuk kejahatan dalam yurisdiksi mahkamah; atau

(ii). dibuat dengan pengetahuan maksud dari kelompok untuk melakukan kejahatan;

(e). dalam hubungannya dengan kejahatan, secara langsung dan terbuka menghasut orang lain untuk melakukan genosida,

(f). percobaan untuk melakukan kejahatan dilaksanakan dengan mengambil tindakan yang memulai pelaksanaannya dengan cara-cara mengambil langkah-langkah yang penting, akan tetapi kejahatan itu tidak terjadi oleh karena keadaan-keadaan yang diluar kehendak orang tersebut. Bagaimanapun juga, seseorang yang meninggalkan upaya untuk melakukan kejahatan atau dengan cara lain mencegah terlaksananya kejahatan tidak dihukum sesuai undang-undang ini untuk percobaan melakukan kejahatan, apabila orang itu dengan sepenuhnya dan secara sukarela membatalkan tujuan untuk melakukan kejahatan itu.

4. Tidak ada ketentuan dalam statuta ini yang berkaitan dengan tanggung jawab pidana pribadi yang akan mempengaruhi tanggung jawab negara sesuai dengan HI.

Hal lain terkait dengan pertanggungjawaban komando yang patut untuk dikemukakan adalah ketentuan dalam Pasal 33 Statuta Roma. Pasal 33 Statuta Roma mengatur mengenai *superior orders* juga merupakan pasal kompromi, oleh karena telah berbeda dengan doktrin sebelumnya yang dianut oleh *IMTN*, yaitu dengan mengatur beberapa pengecualian, antara lain berkaitan dengan perintah atasan dan pelaksanaan suatu undang-undang, dapat dikemukakan beberapa hal pokok sebagai berikut :

(1). Fakta bahwa kejahatan dalam yurisdiksi mahkamah telah dilakukan oleh seseorang sesuai dengan perintah dari pemerintah atau dari seorang atasan, apakah militer atau sipil, tidak akan melepaskan orang itu dari tanggung jawab pidana kecuali :

- a. orang tersebut dibawah kewajiban hukum untuk mematuhi perintah pemerintah atau atasan yang bersangkutan;
 - b. orang itu tidak mengetahui bahwa perintah itu melanggar hukum; dan
 - c. perintah itu tidak dengan nyata-nyata terlihat melanggar hukum.
- (2). Untuk tujuan pasal ini perintah untuk melakukan genosida dan kejahatan-kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan perintah yang nyata-nyata melanggar hukum.

C.6. Penerapan Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran HAM Berat Pada Peradilan HAM Khusus Di Kamboja, Timor Leste, dan Siera Lione

Sejak usainya pelaksanaan peradilan di Nuremberg, Jerman dan Tokyo Tribunal, Jepang, bentukan negara-negara Sekutu sebagai pihak pemenang perang (*victor justice*) beberapa waktu silam, pengadilan HAM internasional yang bersifat *ad hoc* untuk menyelesaikan pelanggaran HAM berat tidak pernah dibentuk lagi. Dalam hal ini bukan karena tidak terjadi lagi berbagai kejahatan serius yang berupa pelanggaran HAM berat, namun lebih dikarenakan adanya upaya dari kekuatan blok Barat dan blok Timur untuk saling mencegah terbentuknya pengadilan HAM internasional untuk mengadili para pelaku kejahatan (pelanggaran HAM berat) yang dilakukan oleh salah satu anggota blok tersebut. Berbagai usaha internasional kandas dalam mekanisme PBB, khususnya di lembaga DK-PBB sebagai badan atau organisasi internasional yang mempunyai kewenangan sesuai dengan Piagam PBB Bab VIII untuk membentuk

pengadilan internasional, karena adanya hak *veto* dari negara anggota PBB, khususnya yang sering digunakan oleh negara *super power* manakala kepentingan politik internasionalnya terganggu.

Meskipun demikian berbagai usaha untuk melakukan pengaturan hukum sebagai dasar untuk melakukan penuntutan pertanggungjawaban komando terhadap para pelaku pelanggaran HAM berat terus berlangsung. Beberapa instrumen hukum penting yang telah dihasilkan antara lain adalah konvensi mengenai *non* aplikasi limitasi statutorial pada kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan tahun 1968³⁶⁶ dan prinsip-prinsip mengenai kerjasama internasional dalam penahanan, penangkapan, ekstradisi dan penghukuman orang-orang yang bersalah dalam kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan (1973).³⁶⁷ Baru setelah Perang Dingin berakhir dua pengadilan internasional yang bersifat *ad hoc* dibentuk, yaitu *International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia* (ICTY) 1993³⁶⁸ dan *International Criminal Tribunal For Rwanda* (ICTR) 1994.³⁶⁹ ICTY mengadili berbagai pelanggaran serius (*serious violation*) atau pelanggaran berat (*grave breaches*) terhadap HHI, Hukum Kebiasaan Perang, kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi sejak tahun 1991, sementara itu ICTR 1994 dibentuk untuk mengadili kejahatan genosida, pelanggaran Konvensi Genewa dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi Rwanda sejak 1 Januari hingga 31 Desember 1994.

³⁶⁶ Lihat dalam Resolusi No. 754 UNTS 73, 26 Nopember 1968.

³⁶⁷ Lihat dalam Resolusi No. 3074 (XXVIII), 3 Desember 1973.

³⁶⁸ Terbentuk berdasarkan Resolusi DK-PBB No. 827 tanggal 25 Mei 1993.

³⁶⁹ Terbentuk berdasarkan Resolusi DK-PBB No. 955 tanggal 8 Nopember 1994.

Tahun 1998 merupakan tahun yang sangat penting dalam upaya “masyarakat internasional” membangun satu mekanisme internasional untuk menyelesaikan berbagai kejahatan serius yang berupa pelanggaran HAM berat. Konferensi Diplomatik di Roma 17 Juli 1998, mensahkan dokumen dasar pembentukan ICC³⁷⁰ yang mempunyai yurisdiksi atas empat jenis kejahatan, yaitu kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan kejahatan agresi. Dalam perkembangannya selain berbagai peradilan internasional sebagaimana tersebut di atas, terkait dengan penerapan pertanggungjawaban komando, patut untuk dikemukakan adanya praktik sebagaimana diterapkan dalam peradilan *hybrid* di Kamboja, Timor Leste maupun Sira Leone, sebagaimana tampak pada uraian dibawah ini.

Pendirian *hybrid tribunal* sebagai peradilan atau tribunal khusus untuk kejahatan Khmer Merah di Kamboja, dilakukan dengan undang-undang nasional Kamboja. Undang-undang nasional Kamboja tersebut sebagai bagian dari kompromi terhadap tuntutan pengadilan internasional atas kejahatan yang dilakukan rejim Khmer Merah dalam periode 17 April 1975 hingga 6 Januari 1979, berupa kejahatan terhadap kemanusiaan yang berupa pembunuhan, penyiksaan dan persekusi agama, di samping kejahatan genosida. Terdakwa yang diadili dibatasi hanya kepada pimpinan Senior Demokratik Kamboja dan mereka yang paling bertanggung jawab atas kejahatan yang dilakukan dan membebaskan para pelaku lapangan yang melakukan kejahatan tersebut.

³⁷⁰ Setelah diratifikasi oleh 60 negara, maka pada tanggal 11 Juli 2002, ICC ini mulai efektif berlaku dan berkedudukan di *The Haque*, Belanda.

Keterlibatan PBB dalam pembentukan *tribunal* tersebut, didasarkan pada permintaan resmi PM Kamboja, Hun Sen dan ketua Majelis Nasional Kamboja, Pangeran Ranaridh tahun 1977. Namun hingga kini *tribunal* tersebut belum dapat terlaksana, dikarenakan terjadi perbedaan pandangan antara PBB dengan pemerintah Kamboja, antara lain mengenai susunan majelis hakim yang akan menyidangkan perkara pelanggaran HAM berat yang berupa kejahatan genosida maupun kejahatan terhadap kemanusiaan.

Selain pendirian *hybrid tribunal* di Kamboja sebagaimana tersebut di atas, upaya untuk mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat juga dilakukan melalui sarana Panel Khusus kejahatan berat pada pengadilan Distrik Dilli Timor Leste. Pemerintah Transisi PBB di Timor Leste (*UNTAET*) membentuk unit kejahatan berat (*serious crimes unit*) pada tahun 2000 untuk menyelidiki berbagai kasus pelanggaran HAM berat yang terjadi di Timtim tahun 1999. Kasus-kasus ini diperiksa dan diadili oleh panel khusus kejahatan berat (*special panel for serious crimes*). Pembentukan mekanisme tersebut sesuai dengan mandat yang diberikan DK-PBB kepada *UNTAET*.³⁷¹ Panel khusus tersebut terdiri dari atas majelis hakim campuran yang beranggotakan dua orang hakim internasional dan satu orang hakim Timor Leste. Unit kejahatan berat memberi prioritas pada sepuluh kasus, yang mana tujuh kasus diantaranya telah selesai diselidiki. Kesepuluh kasus itu adalah : pembantaian di gereja Liquisa tanggal 6 April 1999, pembunuhan di rumah Manuel Carascalo tanggal 17 April 1999, kasus Los Palos tanggal 21 April hingga 25 September 1999, kasus Lolotoe tanggal 2 Mei hingga

³⁷¹ Lihat dalam Resolusi DK-PBB No. 1272, tanggal 25 Oktober 2000, butir 2 (a) dan butir 16.

16 September 1999, pembantaian di gereja Sui tanggal 6 September 1999, serangan ke rumah kediaman Uskup Bello dan Dioses Dilli tanggal 6 September 1999, pembantaian Passabe dan Makelab 13 Oktober 1999, kasus deportasi, pembunuhan staf *UNAMET* dan kekejaman oleh Batalyon 745 TNI April hingga September 1999, kasus kekerasan seksual yang dilakukan di berbagai distrik Maret hingga September 1999. Dari berbagai kasus tersebut sebelas orang terdakwa telah diadili oleh panel khusus tersebut, dengan hukuman berkisar antara empat hingga enam belas tahun penjara. Patut untuk dikemukakan bahwa dalam berkas penyelidikan, sejumlah perwira TNI didakwa terlibat dalam kejahatan tersebut. Dakwaan terhadap delapan pejabat militer dan sipil Indonesia pernah diumumkan oleh unit kejahatan berat pada Pebruari 2003, yang salah satu diantaranya adalah Jenderal Wiranto yang saat kejadian menjabat sebagai Panglima ABRI.

Selain itu, upaya untuk mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando juga telah dilakukan oleh pengadilan khusus untuk Siera Leone. Pengadilan khusus dengan nama *The Special Court For Sierra Leone (SCSL)* tersebut dibentuk berdasarkan persetujuan bersama antara PBB dan pemerintah Sierra Leone sesuai dengan Resolusi DK-PBB No. 1315/2000, tanggal 14 Agustus 2000. Pengadilan ini berwenang untuk mengadili berbagai kasus pelanggaran serius terhadap HHI dan Hukum Pidana Sierra Leone yang terjadi sejak tanggal 30 Nopember 1996 (Pasal 1 dan 5 Statuta SCSL), maupun undang-undang nasional Sierra Leone tentang Pencegahan Kekejaman Terhadap Anak-Anak (1926) dan Undang-Undang Perusakan Kota

(1861). Kejahatan-kejahatan tersebut terjadi selama perang saudara di Sierra Leone yang melibatkan kekuatan-kekuatan eksternal (Liberia). Pengadilan khusus tersebut bekerja sesuai dengan mandatnya dan hingga September 2003 telah menuntut 13 orang terdakwa, yang dinilai sebagai orang-orang yang paling bertanggungjawab dalam perang saudara tersebut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando.

Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa dari ketiga pengadilan khusus tersebut, nampak adanya usaha untuk di satu pihak memberi preferensi kepada suatu negara untuk melakukan kewajibannya, dan di pihak lain sekaligus menjamin agar pengadilan berjalan sesuai dengan standar-standar internasional. Selain itu dapat pula dikemukakan bahwa pengembangan pengadilan *hybrid* sebagai mekanisme penyelesaian pelanggaran HAM berat, masih memerlukan waktu sebelum “masyarakat internasional” dapat menerima mekanisme ini, sebagai satu pilihan yang lebih efektif dalam menegakkan keadilan. Mekanisme internasional memang merupakan suatu hal yang perlu, namun dengan adanya mekanisme yang demikian, tidak menghapus tanggung jawab negara sebagai anggota “masyarakat internasional” untuk menghukum para pelaku pelanggaran HAM berat. Yurisdiksi peradilan internasional justru baru mulai efektif ketika satu negara tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*inable*) memproses kejahatan yang terjadi di dalam wilayah yurisdiksinya. Namun demikian suatu negara tidak dapat – untuk alasan tertentu – melaksanakan suatu peradilan pura-pura, karena dalam keadaan seperti itu sesuai dengan ketentuan

Pasal 20 Statuta Roma 1998, *ICC* dapat melakukan prosekusi atas kejahatan yang berupa pelanggaran HAM berat.

BAB V

PENUTUP

A. Simpulan

Pertanggungjawaban komando merupakan bentuk pertanggungjawaban pidana komandan militer, atasan polisi maupun atasan sipil lainnya atas pelanggaran HAM berat sebagai suatu jenis kejahatan internasional yang bersifat *extraordinary crimes* dan menjadi musuh umat manusia (*hostis humanis generis*). Hal demikian setidaknya tercermin dalam praktik peradilan internasional *pasca* Perang Dunia II hingga *pasca* Perang Dingin, dimana prinsip-prinsip hukum seperti prinsip *non impunity*, *retroactive principle* dan *command responsibility* telah diakui sebagai salah satu sumber Hukum Internasional.

Penetapan *the founding fathers* bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) adalah negara hukum (*rechtsstaat*) dan bukan sebagai negara yang berdasarkan atas suatu kekuasaan (*machtsstaat*), tentunya membawa implikasi tidak satu pun institusi maupun personalnya kebal terhadap ketentuan hukum dan perundangan yang berlaku, bila

melakukan pelanggaran tindak pidana pada umumnya, termasuk didalamnya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan. Oleh karena itu, keseriusan mengadili para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, di samping merupakan wujud nyata implementasi sebagai suatu negara hukum, juga sebagai bentuk pertanggungjawaban negara secara internasional atas pelanggaran terhadap kewajiban internasional. Upaya mewujudkan hal tersebut, setidaknya dipengaruhi oleh adanya faktor dinamika internasional, instrumen hukum yang tersedia dan faktor bagaimana mensikapi permasalahan masa lalu.

Pembuatan UU No. 26 tahun 2000 sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat di Indonesia, merupakan suatu bentuk penerapan politik kebijakan perundang-undangan atau yang juga dikenal sebagai politik kebijakan legislatif yang tidak lain juga merupakan bentuk pertanggungjawaban negara secara internasional dengan mengadili para pelakunya menggunakan sarana hukum (pidana) nasionalnya.

Pengaturan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat dalam ketentuan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000, sebenarnya bukan merupakan hal yang baru. Dalam tataran internasional, pengaturan pertanggungjawaban komando tersebut berawal dari konsepsi pemikiran yang kemudian berkembang pada upaya pengaturan dalam suatu instrumen hukum, antara lain dalam Piagam

Nurember Jerman, Statuta *ICTY* dan Statuta *ICTR*, serta Statuta Roma tentang *ICC*.

Permasalahan pertama dalam disertasi mengenai urgensi pemerintah membuat UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM sebagai dasar hukum penuntutan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM yang berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia, dapat disimpulkan hal-hal sebagai berikut :

a. Sebagai Antisipasi Pembentukan Peradilan Internasional

Terjadinya pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, khususnya di Timtim *pasca* jajak pendapat, serta adanya upaya PBB untuk membentuk peradilan HAM internasional *ad hoc* merupakan fakta hukum yang tak dapat dipungkiri pemerintah Indonesia. Pembentukan UU No. 26 tahun 2000, dimaksudkan sebagai upaya membendung upaya PBB membentuk peradilan HAM internasional *ad hoc* sebagaimana *ICTY* di Yugoslavia dan *ICTR* di Rwanda.

b. Perlindungan Hukum Atas Pelanggaran HAM Berat

Upaya Indonesia merumuskan kebijakan legislatif yang mengatur pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, merupakan bentuk pertanggungjawaban negara secara internasional terkait dengan perlindungan HAM dengan memutus praktik impunitas. Pembentukan pengadilan HAM berdasarkan UU No. 26 tahun 2000, diharapkan disamping dapat melindungi para korban, juga sebagai dasar

dalam pemeriksaan, penuntutan dan penghukuman terhadap para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasar prinsip pertanggungjawaban komando.

c. Memutus Mata Rantai Praktik *Impunity*

Dasar pertimbangan memutus praktik *impunity* bagi para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan adalah : a). sebagai kejahatan paling serius yang menjadi musuh bersama umat manusia (*hostis humanis generis*); b). sebagai upaya pencegahan terulangnya kejahatan serupa di kemudian hari; c). merupakan tugas setiap negara untuk melaksanakan *yurisdiksi* pidananya terhadap pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai kejahatan internasional.

d. Untuk Menjawab Persoalan Pelanggaran HAM Berat.

Persoalan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang bersifat *recurrent* maupun yang muncul sebagai *burning issues* yang dihadapi Indonesia, tidak dapat mengisolasi dirinya dari dunia internasional. Oleh karena itu, dengan UU No. 26 tahun 2000, diharapkan sebagai solusi atas persoalan pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan dengan spirit penghargaan yang tinggi terhadap HAM dan rasa keadilan.

e. Sebagai Upaya Mengisi Kekosongan Peraturan Hukum

Pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan bersifat *extraordinary crimes*, padahal KUHP dirancang hanya kejahatan yang bersifat *ordinary crimes*. Pemberlakuan ketentuan hukum pidana khusus untuk

mengatur setiap kejahatan yang belum diatur dalam KUHP yang memiliki sifat khusus atau luar biasa dimaksudkan sebagai upaya mengisi kekosongan peraturan hukum demi terciptanya kepastian hukum dan keadilan bagi korban.

Upaya pemerintah Indonesia membuat UU No. 26 tahun 2000 yang akan dipergunakan sebagai sarana untuk menuntut pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat menyiratkan adanya pengakuan telah terjadi pelanggaran tersebut dalam batas wilayah kedaulatannya. Berdasarkan kedaulatannya, negara Indonesia mempunyai kekuasaan untuk menetapkan hukum sekaligus menegakkannya dengan cara mengadili para pelaku. Mengingat negara merupakan suatu *entitas* yang tidak dapat dipidana, maka pertanggungjawaban negara Indonesia secara internasional atas tindakan atau perbuatan yang melanggar Hukum Internasional, yang dalam hal ini adalah pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, antara lain dilakukan dengan cara mengadili para pelaku berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando sebagaimana telah diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Permasalahan kedua dalam disertasi mengenai praktik penerapan pertanggungjawaban komando atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan di Indonesia maupun peradilan (HAM) internasional, dapat disimpulkan hal-hal sebagai berikut :

1. Penuntutan pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan atas pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi sebelum berlakunya UU No. 26 tahun 2000 dilakukan *via* pengadilan HAM *ad hoc* yang pembentukannya didasarkan Keppres atas usul DPR sedangkan yang terjadi

sesudah berlakunya UU No. 26 tahun 2000 akan diadili oleh pengadilan HAM permanen. Pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* termasuk pengangkatan Hakim dan JPU *ad hoc* pada peradilan tingkat pertama (PN) hingga tingkat kasasi (MA) guna menuntut dan mengadili pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan berdasar prinsip pertanggungjawaban komando, merupakan bentuk pertanggungjawaban negara Indonesia secara internasional. Pembentukan lembaga dan pengangkatan para personilnya yang mendasarkan pada ketentuan Hukum Nasional Indonesia dan tidak mendasarkan pada ketentuan Hukum Internasional, menunjukkan adanya penggunaan teori *Monisme Primat* HN. Dalam hal ini pembentukan Pengadilan HAM *ad hoc* kasus Timtim dan Tanjung Priok berdasarkan Keppres No. 53 tahun 2001 *yunto* Keppres No. 96 tahun 2001, dan Pengadilan HAM kasus Abepura dengan UU No. 26 tahun 2000.

2. Para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan kasus Timtim (1999), Tanjung Priok (1984) maupun kasus Abepura (2000) yang dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban telah diputus bebas dan telah berkekuatan hukum tetap, dengan alasan para pelaku pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan bukan bawahan para terdakwa; para terdakwa tidak mempunyai hubungan *hierarki* garis komando dan pengendalian yang efektif terhadap para pelaku yang *nota bene* bukan merupakan anak buah atau bawahannya sehingga tidak dapat dipertanggungjawabkan berdasarkan ketentuan Pasal 42 UU No. 26 tahun 2000.

3. Secara internasional upaya menuntut pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan atas pelanggaran HAM berat setidaknya telah dipraktikan dalam lembaga peradilan (HAM) *ad hoc pasca* Perang Dunia II hingga *pasca* Perang Dingin. Selain peradilan internasional *ad hoc* di atas, upaya menuntut pertanggungjawaban pidana komandan atau atasan dilakukan *via* pembentukan *Hybrid Tribunal* yang bersifat *ad hoc* di Kamboja, Timor Leste maupun Sira Leone, serta *ICC* sebagai peradilan internasional yang bersifat permanen. Hal demikian dilihat dari teori hubungan HI dan HN, menunjukkan adanya penggunaan teori *Monisme Primat* HI. Penggunaan teori tersebut tampak dari instrumen hukum yang dijadikan sebagai dasar pendirian lembaga peradilannya. Dasar hukum pendirian *IMTN* maupun *IMTT* sebagai lembaga peradilan (HAM) internasional *ad hoc* adalah *London Agreement* tahun 1945, *ICTR* dan *ICTY* yang juga merupakan peradilan internasional *ad hoc* adalah Resolusi DK-PBB, serta *ICC* berdasarkan Statuta Roma 1998.
4. Praktik putusan peradilan (HAM) internasional telah menetapkan beberapa prinsip pertanggungjawaban komando sebagai berikut :
 - a). ada pelanggaran atau kejahatan yang dilakukan oleh mereka yang berada dibawah komando atau pengendaliannya;
 - b). pelanggaran tersebut terjadi pada waktu melaksanakan tugas atau operasi dalam suatu konflik, baik yang bersifat internasional maupun *non* internasional;
 - c). tanggung jawab komando timbul karena adanya kesalahan komandan militer yaitu tidak melakukan kewajibannya berupa penggunaan kekuasaan yang dimilikinya untuk mencegah dan menindak pelaku;

d). kekuasaan tersebut adalah kekuasaan menurut hukum yang melahirkan kewajiban hukum, dan kekuasaan tersebut mampu untuk mencegah, menghentikan, dan menindak pelaku pelanggaran;

e). adanya hubungan subordinasi langsung atau tidak langsung antara komandan dengan pelaku;

f). adanya pengetahuan komandan bahwa anak buahnya akan, sedang atau telah melakukan pelanggaran secara aktual ataupun secara konstruktif (*mens rea*);

g). komandan atau atasan dengan kekuasaan yang dimilikinya gagal melakukan pencegahan atau menghentikan atau menindak dan menyerahkan pelaku pelanggaran kepada yang berwajib (*actus reus*);

h). pertanggungjawaban komando dapat diterapkan pada seluruh komando pada rantai komando (*unity of command*).

B. Saran-Saran

1. Pemerintah Indonesia hendaknya segera meratifikasi Statuta Roma yang menjadi dasar pendirian bagi *Internasional Criminal Court (ICC)* yang memiliki yurisdiksi atas kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan kejahatan agresi.
2. Mengusulkan pada pihak pemerintah dan DPR-RI agar sesegera mungkin melakukan pembahasan dan pengesahan RUU KUHP yang didalamnya memuat ketentuan hukum kejahatan perang, yang mana dalam UU No. 26

tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, hal tersebut belum diatur, kecuali pengaturan tentang kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

3. Mengusulkan kepada pihak pemerintah untuk sesegera mungkin menuntaskan berbagai peristiwa yang berdasarkan hasil penyelidikan Komnas HAM patut disimpulkan telah terjadi pelanggaran HAM berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan yang mana para pelakunya dapat dituntut berdasarkan prinsip pertanggungjawaban komando, namun realitasnya justru telah menimbulkan kontroversi yang hingga kini tidak jelas juntrung penyelesaiannya.

Daftar Pustaka

- Atmasasmita, Romli, 1999, **Terjemahan Konvensi Jenewa Tahun 1949**, Jakarta, Direktorat Jenderal Hukum Dan Perundang-Undangan Departemen Kehakiman Republik Indonesia.
- , 2000, **Pengantar Hukum Pidana Internasional**, Bandung, Rafika Aditama.
- , 2004, **Kapita Selekta Hukum Pidana Internasional Jilid ke-2**, Bandung, CV. Utomo.
- Abdussalam, 2006, **Hukum Pidana Internasional**, Bandung, Restu Agung.
- Anonim, 2000, **Undang-Undang RI No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM, Dilengkapi Dengan Undang-Undang Tentang HAM, Keputusan Presiden Tentang Komisi Hukum Nasional Dan Keputusan Presiden Tentang Komisi Ombusman Nasional**, Jakarta, BP. Cipta Jaya.
- , 2002, **Kejahatan Terhadap Kemanusiaan, Makalah Lokakarya Internasional "Kejahatan Terhadap Kemanusiaan"**, Jakarta, KOMNAS HAM.
- Adolf, Huala, 1991, **Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional**, Jakarta, Rajawali Press.
- , 2000, **Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional**, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.
- , 1996, **Aspek-Aspek Negara Dalam Hukum Internasional**, Jakarta, Raja Grafindo Persada.
- Abdullah, Rozali, 2002, **Perkembangan HAM dan Keberadaan Peradilan HAM di Indonesia**, Jakarta, Ghalia Indonesia.
- Aga Khan, Sadruddin, 1983, **Komisi Independen Internasional Mengenai Masalah-Masalah Kemanusiaan**, Jakarta, Leppenas.
- Amato, Anthony D, 1986, **Superior Orders vs Command Responsibility**, American Journal Of International Law, Edisi 80.

- Anwar Makarin, Zaky dkk, 2002, **Hari-Hari Terakhir Timor-Timur**, Jakarta, PT. Sportif Media Informasindo.
- A Hadar, Ivan, 2000, **Impunidad**, Jakarta, Artikel Dalam Harian Umum Kompas.
- Arinanto, Satya, 2004, **Islah dalam Perspektif Keadilan Transisional**, Artikel Dalam Harian Umum Kompas.
- Anwar, Chairul, 1990, **Hukum Internasional, Pengantar Hukum Bangsa-Bangsa**, Jakarta, Djambatan.
- Agus, Fadillah, 1997, **Hukum Humaniter Suatu Prospektif**, Jakarta, Pusat Studi Hukum Humaniter FH Universitas Trisakti.
- , 2004, **Tanggung Jawab Komando Dalam Hukum Humaniter**, Bandung, Makalah Kursus Hukum Humaniter
- AK, Syahmin, 1985, **Pengantar Hukum Humaniter I Bagian Umum**, Bandung, Armico.
- Anshari, Natsri, 2005, **Tanggung Jawab Komando Menurut Hukum Internasional Dan Hukum Nasional Indonesia**, Jurnal Hukum Humaniter Vol. 1 Edisi Juli 2005, Jakarta, Pusat Studi Hukum Humaniter Dan HAM Fakultas Hukum Universitas Trisakti.
- Bassiouni, M Cherif, 1986, **International Criminal Law**, Vol. I: Crimes, New York, Transnational Publishers.
- , 1992, **Crimes Against Humanity In International Criminal Law**, London, Martinus Nijhoff Publishers.
- , 1999, **International Criminal Law**, Volume I, Kluwer International.
- Brownlie, Ian, 1985, **Principles of public Internatioanl Law**, 3 rd Edition, Reprinted, London, Oxford University Press.
- , 1990, **Principles of Public International Law**, Fourth Edition, London, Oxford University Press.
- , 1990, **Principles of Public International Law**, 4 th ed, Oxford, Clarendon Press.
- Burhan Tsani, Moh, 1990, **Hukum Dan Hubungan Internasional, Edisi Pertama**, Yogyakarta, Liberty.

- Bruggink, J.J.H, 1999, **Refleksi Tentang Hukum**, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti.
- Bruce D, Landrum, 1995, **The Yamashita War Crimes Trial : Command Responsibility Then and Now**, Military Law Review.
- Bronkhorst, Daan, 2002, **Menguak Masa Lalu Merenda Masa Depan : Komisi Kebenaran Di Berbagai Negara**, Jakarta, Elsam.
- Bhakti, Yudha, 1993, **Tanggung Jawab Negara Bagi Perlakuan Orang Asing**, Makalah Penataran, Bandung, FH Unpad.
- Budiardjo, Miriam, 1997, **Dasar-Dasar Ilmu Politik**, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama.
- Bagus Wyasa Putra, Ida, 2001, **Tanggungjawab Negara Terhadap Dampak Komersialisasi Ruang Angkasa**, Bandung, Refika Aditama.
- Conde, H. Victor, 1999, **A Handbook of International Human Rights Terminology**, Lincoln : University of Nebraska Press.
- Cohen, David, 1999, **Beyond Nuremberg : Individual Responsibility For War Crimes, Human Rights In Transition**, Zone Press.
- Campbell, Enid, 1981, **Legal Research : Materials and Methods**, Sidney : The Law Book Company Limited.
- Cassese, Antonio, 2003, **International Criminal Law**, New York : Oxford University Press.
- , 2005, **International Law, Second Edition**, New York, Oxford University Press Inc.
- Crawford, James, 2002, **The International Law Commissions Articles On State Responsibility**, Cambridge University Press.
- Chernichenko, Stanislav, 1993, **Definition of Gross and Large-Scale Violations of Human Rights as an International Crime**, Geneva, UN High Commissioner for Human Rights.
- Djunaedi Karnasudirdja, Eddy, 2006, **Tanggung Jawab Seorang Atasan Terhadap Bawahan Yang Melakukan Pelanggaran HAM Berat Dan Penerapannya Oleh Pengadilan Pidana Internasional Dan Pengadilan HAM Indonesia**, Jakarta, PT. Tatanusa.

- Davies, Peter, 1994, **Hak-hak Asasi Manusia Sebuah Bunga Rampai**, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia.
- Dalton, Paul 2005, **Konsep Serangan Yang Meluas atau Sistematis Terhadap Penduduk Sipil**, Medan, Makalah Seminar *Advanced Training for Indonesian Human Rights Courts : Judging International Criminal Under Law 26 /2000*” yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung RI-Danish Institute for Human Rights.
- Dirjosisworo, Soedjono, 2001, **Proses Peyelidikan dan Penyidikan, Pemeriksaan Perkara Pelanggaran HAM Berat Menurut UU No. 26 Tahun 2000**, Bandung, Makalah Pelatihan HAM Angkatan III.
- Dixon, Martin and Robert Corquodale, 1990, **Cases and Materials on International Law**, London, Blackstone Press Limited.
- Dixon, Martin, 1993, **Textbook on International Law**, London, Blackstone Press Limited.
- Detter, Ingrid, 1994, **The International Legal Order**, England, Dartmouth Publishing Company Limited.
- De Rover, Cess, 1998, **To Serve and To Protect Human Rights and Humanitarian Law For Police and Security Forces**, Geneva, ICRC.
- Effendi, A. Mansyur, 1994, **Dimensi Dan Dinamika HAM dalam Hukum Nasional dan Internasional**, Jakarta, Ghalia Indonesia.
- E Howard, Rhoda, 2000, **HAM : Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya**, Jakarta, Pustaka Utama Grafiti.
- Elsam, 2005, **Tanggung Jawab Komando Suatu Telaah Teoritis**, Makalah Penataran HAM, Jakarta, FH Universitas Trisakti.
- Elagab, Omer Y, 2000, **International Law Documents Relating to Terrorism**, Cavendish Publishing Limited.
- Edward J, O’Brien, 1995, The Nuremberg Principles, Command Responsibility, and the Defense of Captain Rockwood, 149 Military Law Review.
- Fowler, Jerry, 2001, **Keadilan Bagi Generasi Mendatang**, Jakarta, ELSAM.
- Fakih, Mansour, dkk, 2003, **Menegakkan Keadilan dan Kemanusiaan : Pegangan Untuk Membangun Gerakan HAM**, Yogyakarta, Insist Press.

- Farida, Elvia, 2003, **Kewajiban-Kewajiban Internasional Republik Indonesia Sehubungan Dengan Keputusan-Keputusan Dewan Keamanan PBB Yang Diambil Dalam Rangka Penyelesaian Masalah Timor-Timur**, Yogyakarta, Tesis Pascasarjana FH UGM.
- Gindroz, Anne-Sophie, 1996, **Sejarah dan Sumber-Sumber Hukum Humaniter Internasional**, Cipayung, PSSH-FH USAKTI-ICRC.
- , 1997, **Sejarah dan Sumber-Sumber Hukum Humaniter Internasional**, Jakarta, ICRC.
- Hardiwinoto, Soekotjo, 1994, **Pengantar Hukum Internasional**, Semarang, BP Undip.
- Hamzah, Andi, 1998, **Reformasi Penegakan Hukum**, Jakarta, Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum Trisakti.
- Harris, D.J, 1983, **Cases and Materials on International Law**, Third Edition, London, Sweet Maxwell.
- , 1991, **Cases and Materials on International Law**, Forth Edition : London, Sweet and Maxwell.
- Hillier, Timothy, 1994, **The Subjects of International Law and their Recognition An Introduction**, Cavandish Publishing Limited, Chester.
- Haryomataram, GPH, 1984, **Hukum Humaniter**, Jakarta, Rajawali Press.
- , 1988, **Bunga Rampai Hukum Humaniter**, Jakarta, Bumi Nusantara Jaya.
- , 1994, **Sekelumit Tentang Hukum Humaniter**, Solo, Sebelas Maret University Press.
- , 1996, **Pertikaian Bersenjata Internasional**, Makalah Penataran Hukum Humaniter dan HAM, Cipayung, PSSH-FH USAKTI-ICC.
- Hadjon, Philipus M, 1994, **Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik (Normatif)**, Tanpa Kota Penerbit, Yuridika.
- Hakim Garuda Nusantara, Abdul, 2004, **Sebuah Upaya Memutus Impunitas : Tanggung Jawab Komando Dalam Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia**, Jakarta, Jurnal HAM Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Jakarta, Vol. 2 No. 2.

- Harahap, M. Yahya, 1988, **Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHAP Jilid II**, Jakarta, Pustaka Kartini.
- Hornby, A.S, 1980, Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English, Oxford University Press.
- Hornby, A.S. et al, 1984, **Kamus Inggris-Indonesia, Edisi Dwi Bahasa**, Jakarta, PT. Bentara Antar Asia.
- Hefnagels, GP, 1973, **The Other Side of Criminology**, Holland, Kluwer Deventer.
- Haris, Hasnawi, 2007, **Pertanggungjawaban Komando Atas Pelanggaran Berat HAM Pada Pengadilan HAM**, Surabaya, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Airlangga
- Istanto, F. Sugeng, 1992, **Perlindungan Penduduk Sipil Dalam Perlawanan Rakyat Semesta Dan Hukum Internasional**, Yogyakarta, Liberty.
- , 1994, **Hukum Internasional**, Yogyakarta, Universitas Atmajaya.
- , 1998, **Hukum Internasional**, Yogyakarta, Universitas Atmajaya.
- Ihza Mahendra, Yusril, 2005, **Penegakkan Hukum Pelanggaran HAM Berat Di Indonesia**, Jakarta, Makalah Pelatihan Calon Hakim Pengadilan HAM *Ad Hoc*.
- Juwana, Hikmahanto, 2000, **Peradilan Nasional Bagi Pelaku Kejahatan Internasional**, Jakarta, Artikel Dalam Harian Umum Kompas.
- , 2001, **Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional**, Tanpa Kota Penerbit, Lentera Hati.
- , 2004, **Pertanggungjawaban Pidana Komandan atau Atasan Terhadap Bawahan Dalam Hukum Internasional**, Jakarta, Makalah Diskusi Terbatas Mengenai Tanggung Jawab Atasan Terhadap Bawahan Yang Melakukan Pelanggaran HAM Berat, LPP – HAM.
- Kusumaatmadja, Mochtar, 1976, **Pengantar Hukum Internasional**, Bandung, Binacipta.
- , 1979, **Konvensi-Konvensi Palang Merah Tahun 1949**, Tanpa Kota dan Penerbit.
- , 1985, **Konvensi-Konvensi Palang Merah 1949**, Bandung, Binacipta.

- , 1990, **Pengantar Hukum Internasional**, Bandung, Binacipta.
- Kusnardi Mohammad dan Bintang R. Saragih, 1983, **Susunan Pembagian Kekuasaan menurut Sistem UUD 1945**, Jakarta, PT. Gramedia.
- Kusnardi, Mohammad dan Harmaily Ibrahim, 1983, **Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia**, Jakarta, Pusat Studi HTN-FH Universitas Indonesia.
- Kasim, Ikdhal, 2001, **Hak Sipil Dan Politik, Esai-Esai Pilihan, Buku I**, Jakarta, Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat (Elsam).
- , 2001, **Crimes Against Humanity Sebuah Tinjauan Hukum**, Jakarta, Makalah Kursus HAM untuk Pengacara Angkatan V.
- , 2003, **Kegagalan Leipzig Terulang di Jakarta : Catatan Akhir Pengadilan HAM ad hoc Timor-Timur**, Jakarta, Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat (ELSAM).
- , 2004, **Elemen-Elemen Kejahatan Dari “Crimes Against Humanity” : Sebuah Penjelasan Pustaka**, Jakarta, Jurnal HAM Komisi HAM Vol. 2 No. 2.
- Kaczorowska, Alina, 2003, **Public International Law, Second Edition**, London : Old Bailey Press.
- Kanasudirdja, H Eddy Djunaedi, 2003, **Dari Pengadilan Militer Internasional ke Pengadilan HAM Indonesia**, Jakarta, PT. Tata Nusa.
- , 2006, **Tanggung Jawab Seorang Atasan Terhadap Bawahan Yang Melakukan Pelanggaran HAM Berat Dan Penerapannya Oleh Pengadilan Pidana Internasional Dan Pengadilan HAM Indonesia**, Jakarta, PT. Tatanusa.
- Mc Dongal, Myres S, W. Michael Reisman, 1981, **International Law In Contemporary Perspective**, Mineola, New York, The Foundation Press, Inc.
- Muladi, 1980, **Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Mendatang**, Semarang, Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Undip.
- , 1995, **Kapita Selektta Sistem Peradilan Pidana**, Semarang, Badan Penerbit Undip.

- , 2000, **Prinsip-Prinsip Pengadilan Pidana bagi Pelanggar HAM Berat di Era Demokrasi**, Makalah Seminar Tentang Peradilan HAM, Semarang, FH-Unisula.
- , 2000, **Pengadilan Pidana bagi Pelanggar HAM Berat di Era Demokrasi**, Jakarta, Jurnal Demokrasi dan HAM.
- , 2000, **Prinsip-Prinsip Pembentukan Pengadilan HAM Di Indonesia dan Pengadilan Pidana Internasional**, Jakarta, Makalah Seminar.
- , 2003, **Pertanggungjawaban Pidana Komandan**, Semarang, Makalah Kuliah Umum FH Undip.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1998, **Teori-Teori dan Kebijakan Hukum Pidana**, Bandung, Alumni.
- Martosowiguno, Sri Soemantri, 1998, **Refleksi HAM di Indonesia**, Makalah Penataran Hukum Humaniter dan Hukum HAM, Yogyakarta, UGM-ICRC.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2001, **Penelitian Hukum**, Yuridika, Tanpa Kota Penerbit.
- Mauna, Boer, 2005, **Hukum Internasional : Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global**, Bandung, P.T. Alumni.
- Mahfud MD, Moh, 2000, **Politik Hukum Hak Asasi Manusia Di Indonesia**, Yogyakarta, Pidato Pengukuhan Dalam Jabatan Guru Besar Madya Ilmu Politik Hukum (HTN), FH UII.
- Mulya Lubis, Todung 1993, **Hak Asasi Manusia Dalam Masyarakat Dunia**, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia.
- Marzuki, Suparman, 2006, **Cukup Alasan Mengamandemen UU No. 26/2000**, Makalah Seminar, Yogyakarta, FH UII.
- Marzuki, Suparman, dan Sobirin Malian, 2002, **Pendidikan Kewarganegaraan dan HAM**, Yogyakarta, UII Press.
- Mertus, Julie, 2001, **Hak Asasi Manusia Kaum Perempuan : Langkah Demi Langkah**, Jakarta, Pustaka Sinar Harapan.
- Manan, Bagir, 2001, **Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan HAM Di Indonesia**, Bandung, Alumni.

- Maran, Dita, 2001, **Hak Asasi Manusia Dan Politik Internasional**, Jakarta, Jurnal Demokrasi dan HAM, Vol. 1 No. 3.
- M.M. Wallace, Rebecca, 1992, **International Law**, London : Sweet and Maxwell.
- Nawawi Arief, Barda, 1994, **Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana**, Semarang, FH Undip.
- , 1994, **Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara**, Semarang, CV. Ananta.
- , 1996, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti.
- , 1996, **Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara**, Semarang, BP Undip.
- , 1998, **Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan Dan Pengembangan Hukum Pidana**, Semarang, FH Undip.
- , 2005, **Formulasi Kejahatan Perang Dalam Perundangan-Undangan Nasional**, Bandung, Makalah Seminar UNISBA-ICRC.
- Narbuko, Cholid dan Abu Achmadi, 2002, **Metodologi Penelitian**, Jakarta, PT. Bumi Aksara.
- N. Shaw, Malcolm, 1997, **International Law**, Cambridge : Cambridge University Press.
- Nickel, James W, 1996, **Hak Asasi Manusia, Refleksi Filosofis Atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia**, Jakarta, PT. Gramedia Pustaka Utama..
- Pictet, Jean, 1985, **Development And Principles Of International Humanitarian Law**, Martinus Nijhooff Publisher-Henry Dunant Institute.
- , 1996, **The Principle of International Humanitarian Law**, Martinus Nijhooff Publisher-Henry Dunant Institute
- Parthiana, I Wayan, 2003, **Pengantar Hukum Internasional**, Bandung, CV. Mandar Maju.
- , 2006 **Hukum Pidana Internasional**, Bandung, CV. Yrama Widya.
- Purwanto, Herry, 2001, **Persoalan Di Sekitar Pelanggaran HAM Yang Berat Di Indonesia**, Yogyakarta, Media Hukum No. 38/VI/2001, FH UGM.

- Permanasari, Arlina, 1999, **Pengantar Hukum Humaniter**, Jakarta, ICRC.
- Prasetyohadi dan Anton Prajasto, 2001, **Tentang Tanggung Jawab Komando : Mengembalikan Kehormatan Komandan**, Makalah Lokakarya Internasional “Kejahatan Terhadap Kemanusiaan” Jakarta, Komnas HAM.
- Purwodarminto, 1995, **Kamus Besar Bahasa Indoensia**, Jakarta, Tanpa Penerbit.
- Pajic, Zoran, 1997, Crimes Against Humanity : Problem of International Responsibility, Dalam Robert Blackburn dan James J.B, ed, Human Right for 21 st Century, London, Printer.
- Projodikoro, Wirjono, 2000, **Perbuatan Melanggar Hukum**, Bandung, Mandar Maju.
- Rahardjo, Satjipto, 1983, **Masalah Penegakan Hukum, Suatu tinjauan Sosiologis**, Jakarta, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman.
- , 1993, **Pembahasan Sosiologis Hak Asasi Manusia**, Makalah Seminar Nasional HAM, Semarang, Fakultas Hukum UNDIP.
- Rukmini, Mien, 2003, **Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tidak Bersalah Dan Asas Persamaan Kedudukan Dalam Hukum Pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia**, Bandung, Alumni.
- Riyanto, Sigit, 2001, **Penegakan HAM Di Indonesia Beberapa Catatan Kritis**, Yogyakarta, Majalah Mimbar Hukum No.38/VI/2001 FH-UGM.
- Rusman, Rina, 2004, **Konsep Pelanggaran Berat HAM Dilihat Dari Sisi Hukum Humaniter**, Jakarta, Jurnal HAM Komisi HAM Vol. 2 No. 2.
- Rahmadi, Takdir, 2003, **Hukum Pengelolaan Bahan Berbahaya dan Beracun**, Surabaya, Airlangga University Press.
- R Baehr, Peter, 1998, **Hak Asasi Manusia Dalam Politik Luar Negeri**, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia.
- Rolling, B.V.A, 1979, **Supranational Criminal Law in Theory and Practice, Netherlands International Law Review**, Vol. XXXIV, Martinus Nijhoff Publishers.

- Robertson QC, Geoffrey, 2000, **Kejahatan Terhadap Kemanusiaan (Perjuangan Untuk Mewujudkan Keadilan Global)**, Jakarta, Komisi Nasional Hak asasi Manusia.
- Rover, C.de, 2000, **To Serve and To Protect**, diterjemahkan oleh Supardan Mansyur, Jakarta, PT.Raja Grafindo Persada.
- Riski, Rudi M, 2009, **Catatan Mengenai Tanggung Jawab Negara Atas Pelanggaran Berat HAM**, Jakarta, Makalah Seminar Nasional “Pertanggungjawaban Negara Dalam Penyelesaian Pelanggaran HAM Yang Berat, FH UII –Komnas HAM RI, 5 Pebruari.
- Sunggono, Bambang dan Aries Harianto, 1994, **Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia**, Bandung, CV. Mandar Maju.
- Suwarno, F.S, 2005, **Pelanggaran HAM Yang Berat**, Jurnal CSIS, Tahun XXIX/2005, No. 2.
- Suryokusumo, Sumaryo, 2000, **Resolusi DK-PBB Tidak Bisa Diremehkan**, Jakarta, Suara Pembaharuan.
- Sastroamidjojo, Ali, 1971, **Pengantar Hukum Internasional**, Jakarta, Bhatara.
- Supancana, I.B.R, 2006, **Tanggung Jawab Publik Negara Terhadap Kegiatan Keruangankasaan**, Jakarta, Makalah Seminar Nasional, Dirjen Postel.
- Starke, J.G, 1984, **An Introduction To International Law**, 9 th Edition, London, Butterworths.
- , 1994, **Pengantar Hukum Internasional 1**, penerjemah Sumitro L.S. Danuredjom, Jakarta, Aksara Persada Indonesia.
- , 1999, **Pengantar Hukum Internasional I**, Jakarta, Sinar Grafika.
- Sekartadji, Kartini, 1999, **Perkembangan HAM dalam Perspektif Global**, Semarang, BP Undip.
- , 2003, **Implikasi Pembentukan International Criminal Court (ICC) ke dalam Pengadilan HAM di Indonesia**, Semarang, Pidato Orasi Ilmiah Dalam Rangka Dies Natalis ke 46 Fakultas hukum UNDIP.
- Siombing, PLT, 2004, **Pertanggungjawaban Komando**, Jakarta, Jurnal HAM Komnas HAM Vol. 2 No. 2.

- , 2005, **Perintah Atasan dan Pertanggungjawaban Komando Dalam Kejahatan Perang**, Bandung, Makalah Seminar “Problematika Kejahatan Perang Dalam Hukum Pidana Indonesia” yang diselenggarakan oleh Pusat Kajian HAM dan Hukum Humaniter Unisba-*The International Committee Of The Red Cross (ICRC)*.
- Santoso, Budi, 2001, **Wawasan HAM dalam Negara Hukum**, Makalah Seminar HAM, Surakarta, FH UNS.
- Setiardja, Gunawan, 1993, **Hak Asasi Manusia berdasarkan Ideologi Pancasila**, Yogyakarta, Kanisius.
- Soekamto, Soerjono, 2005, **Pengantar Penelitian Hukum**, Jakarta, Universitas Indonesia Press.
- Soekamto, Soerjono dan Sri Mamudji, 1985, **Penelitian Hukum Normatif**, Jakarta, CV. Rajawali.
- , 1986, **Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat**, Jakarta, CV. Rajawali.
- , 2004, **Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat**, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.
- Soemitro, Ronny Hanitijo, 1982, **Metodologi Penelitian Hukum**, Jakarta, Ghalia Indonesia.
- , 1990, **Metodologi Penelitian Hukum Dan Yurimetri**, Jakarta, Ghalia Indonesia.
- Spinedi Bruno Simma, Marina, 1987, **United Nation Codification of State Responsibility**, New York-London-Rome, Ocean Publication, Inc.
- Simandjutak, 1981, **Pengantar Kriminologi dan Patologi Sosial**, Bandung, Tarsito.
- Slamet Kurnia, Titon, 2005, **Reparasi (Reparation) Terhadap Korban Pelanggaran HAM Di Indonesia**, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti.
- Sujatmoko, Andrey, 2005, **Tanggung Jawab Negara Atas Pelanggaran Berat HAM : Indonesia, Timor Leste, dan Lainnya**, Jakarta, PT. Gramedia Widiasarana Indonesia.

- , 2005, **Tanggung Jawab Negara atas Pelanggaran Berat HAM**, Jakarta, Grasindo.
- Suwoto, 1990, **Kekuasaan dan Tanggung Jawab Presiden Republik Indonesia**, Surabaya, Disertasi FH Pascasarjana Universitas Airlangga.
- Sihotang, Tommy, 2007, **Konsep Pertanggungjawaban Pidana Komandan/Atasan Pada Pelanggaran HAM Berat Dalam System Hukum Pidana Indonesia**, Bandung, Disertasi Program Studi Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Padjadjaran.
- , 2008, **Pertanggungjawaban Komando**, Jakarta, Majalah Advokasi Edisi 10.
- Starke, J.G, 1999, **Pengantar Hukum Internasional I**, Jakarta, Sinar Grafika.
- Shelton, Dinah, 1999, **Remedies In International Human Rights Law**, New York : Oxford University Press.
- Sudarto, 1981, **Hukum dan Hukum Pidana**, Bandung, Alumni, Bandung.
- , 1987, **Hukum Pidana**, Semarang, Fakultas Hukum Undip.
- Setianto, Benny, 2006, **Pertanggungjawaban Negara**, Makalah Diskusi, Semarang, FH Unika Soegiyopranoto.
- Supriyadi, Kabul, 2006, **Peradilan HAM Indonesia**, Jakarta, Makalah Pada Pelatihan Calon Advokat Kerjasama PBHI – Peradi.
- Shaw, Malcolm N, 1997, **International Law**, Cambridge : Cambridge University Press.
- Serikat Putera Jaya, Nyoman, 2004, **Telaahan Akademik Yurisprudensi Tentang Pelanggaran HAM Berat (Putusan Pengadilan HAM Ad Hoc Pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat)**, Jakarta, BPHN Departemen Kehakiman Dan HAM RI.
- Tasrif, Yasin, 1997, **Perlindungan HAM di Masa Damai dan di Masa Sengketa Bersenjata**, Semarang, Pidato Ilmiah Dies Natalis FH Undip.
- Tasrif, S, 1987, **Hukum Internasional Tentang Pengakuan Dalam Teori Dan Praktek**, Bandung, CV. Abardin, Bandung.
- Timothy, L.H.M, and Gerry Simpson, J, 1997, **The Law of War Crimes, National and International Approaches**, The Haque, Kluwer Law International.

- Thontowi, Jawahir dan Pranoto Iskandar, 2006, **Hukum Internasional Kontemporer**, Bandung, PT. Refika Aditama.
- Triffterer, Otto, 1999, **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Usman, Husaini dan Purnomo Setiady Akbar, 2003, **Metodologi penelitian Sosial**, Jakarta, PT. Bumi Aksara.
- Vierri, Pietro, 1992, **Dictionary of the International Law of Armed Conflict**, Geneva, ICRC.
- V.O Brien, William, **International Crimes**, Dalam *International Encyclopedia Of Social Sciences*, Vol 7.
- Wignjosuebrotto, Soetandyo, 2002, **Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya**, Jakarta, ELSAM Huma.
- W Bishop, William, (ed), 1962, **International Law Cases And Materials**, Boston : Little, 2 nd edition.
- Wallace, Rebecca M.M, 1992, **International Law**, London : Sweet and Maxwell.
- Wahid, A. Yani, 2001, **Islah, Resolusi Konflik Untuk Rekonsiliasi**, Jakarta, Harian Umum Kompas.
- Willy Dahl, Arne, 2001, **Tanggung Jawab Komando**, Jakarta, Makalah Lokakarya Internasional “Kejahatan Terhadap Kemanusiaan” yang diselenggarakan Komisi Nasional Hak Asasi Manusia tanggal 20-21 Juni.
- Y. Elagab, Omer, 2000, **International Law Documents Relating to Terrorism**, Cavendish Publishing Limited.
- Zemaek, Karl, **Responsibility Of States, General Priciples**, dalam Andrey Sujatmoko, 2005, **Tanggung Jawab Negara atas Pelanggaran Berat HAM**, Jakarta, Grasindo.

Peraturan Perundangan Nasional

Undang-Undang No. 3 Tahun 2002 tentang Pertahanan Negara
Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara
Undang-Undang RI No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM
Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang HAM
Undang-Undang No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.
Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang KUHAP.
Ketetapan MPR RI No. XVIII/MPR/1978 tentang HAM
Peraturan Pemerintah No. 3 Tahun 2000 tentang Kompensasi, Restitusi, dan
Rehabilitasi Terhadap Korban Pelanggaran HAM Yang Berat.
Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) No. 1 Tahun 1999
tentang Pengadilan HAM

Instrumen Internasional

Resolusi DK PBB No. : SC/RES/808/1993 tentang *ICTY*
Resolusi DK PBB No. : SC/RES/955/1994 tentang *ICTR*
Statuta Roma 1998 tentang *ICC*
Statuta Mahkamah Internasional
Konvensi Jenewa 1949
Protokol Tambahan 1977
Resolusi DK PBB No. : SC/RES/808/1993 tentang *ICTY*
Resolusi DK PBB No. : SC/RES/955/1994 tentang *ICTR*
Piagam PBB

Harian Umum :

Kompas, 20 April 1998
Kompas, 15 Juli 1998
Kompas, 13 Mei 1999
Kompas, 8 September 1999.

Kompas, 22 Desember 1999

Kompas, 17 Pebruari 2000

Kompas, 2 Maret 2000

Kompas, 12 April 2000

Kompas, 13 Desember 2000

Kompas, 3 Maret 2002

Kompas, 21 Maret 2002

Kompas, 8 Januari 2003.

Wibsite :

www.nizkor.org

www.ictr.com

www.komnas.go.id

www.Komnasham.go.id

www.kompas.com

www.elsam.or.id

