



International Humanitarian Law Basic Course

Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada | 27 - 30 Agustus 2013

Sekretariat : Bagian Hukum Internasional, Fakultas Hukum UGM
Jl. Sosio Yustisia No.1 Bulaksumur 55281 Yogyakarta

Telp : 0274 - 512781 Ext. 2212 Email : hukum_internasional@ugm.ac.id

Nomor : -
Lampiran : 1 (satu) bendel ToR dan Jadwal Acara
Hal : Undangan Pembicara *Basic Course*

Kepada

Yogyakarta, 14 Agustus 2013

Yth. Dr. Yustina Trihoni Nalesti, S.H, M.Hum

Fakultas Hukum UNIKA
Jl. Pawiyatan Luhur IV/1 Bendan Dhuwur
Semarang 50234

Dengan hormat,

Dalam rangka peningkatan kemampuan pengajar hukum internasional dan hubungan internasional di perguruan tinggi dalam memahami Hukum Humaniter Internasional (HHI), relevansi dan aplikasinya. Fakultas Hukum (FH) UGM bekerja sama dengan *International Committee of the Red Cross (ICRC)* bermaksud menyelenggarakan "*International Humanitarian Law Basic Course*" pada tanggal 27 - 30 Agustus 2013.

Oleh karena itu kami **mengundang Ibu untuk menjadi pembicara dalam kegiatan tersebut**, yang akan dilaksanakan pada:

Hari,tanggal : Selasa, 27 Agustus 2013
Tempat : Ruang 3.1.2 Gedung III Lantai 1 Kampus FH UGM
Waktu : 15.30 - 17.00 WIB
Tema : Implementasi, Penegakan dan Monitoring HHI

Demikian undangan ini kami sampaikan. Atas perhatian dan kerjasamanya, kami ucapkan terima kasih.

Ketua Panitia,



Harry Purwanto, S.H., M.Hum.

Catatan:

- 1) Pembicara diharapkan hadir 1 (satu) jam sebelum acara dimulai
- 2) *Soft copy* makalah mohon dikirimkan paling lambat tanggal 21 Agustus 2013 ke alamat hukum_internasional@ugm.ac.id
- 3) Info terkait hubungi Eka Wijaya (082134975471)

JADWAL INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW BASIC COURSE

FH UGM - Yogyakarta
(27 – 30 Agustus 2013)

Selasa, 27 Agustus 2013

Waktu	Durasi	Tema	Pembicara	Keterangan
08.00 - 08.30	30''	Pembukaan & Perkenalan	Dekan FH UGM & ICRC	
08.30 - 10.00	90''	Mandat dan Kegiatan ICRC	<i>Sonny & Frederic Fournier</i>	
10.00 - 10.30	30''	<i>Pre Test</i> Peserta		
10.30 - 11.00	30''	Coffee break pagi		
11.00 - 12.30	90''	Prinsip-Prinsip Hukum Humaniter Internasional (HHI)	<i>Rina Rusman, S.H., M.H</i>	
12.30 - 13.30	60''	Shalat dan Makan Siang		
13.30 – 15.00	90''	Hubungan HHI dan Indonesia: Hubungan Hukum, Hak dan Kewajiban Indonesia	<i>Jaka Triyana, S.H., LL.M, M.A</i>	
15.00 - 15.30	30''	Coffee break sore		
15.30 - 17.00	90''	Implementasi, Penegakan dan Monitoring HHI	Dr. Yustina Trihoni Nalesti, S.H, M.Hum	
17.00 - 17.30	30''	Presentasi Paper		2 org

JADWAL INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW BASIC COURSE

FH UGM - Yogyakarta
(27 – 30 Agustus 2013)

Rabu, 28 Agustus 2013

Waktu	Durasi	Tema	Pembicara	Keterangan
08.00 - 09.30	90"	Tanggung Jawab Komando dalam Pelaksanaan dan Penegakan HHI	<i>Brigjen TNI (Purn) Natsri Anshari, S.H, LL.M</i>	
09.30 - 10.00	30"	Coffee break pagi		
10.00 - 11.30	90"	HHI dan Hubungan Internasional	<i>Muhammad Anshor Kementerian Luar Negeri</i>	
11.30 - 12.30	60"	Shalat dan Makan Siang		
12.30 - 14.00	90"	Konsep HHI dalam Hukum Islam	<i>Dr. Noor Haidi Hasan Dekan Fakultas Syariah UIN</i>	
14.00 - 15.30	90"	HHI dan Perkembangan Terkini di Indonesia	<i>Rina Rusman ICRC</i>	
15.30 - 16.00	30"	Coffee Break sore		
16.00 - 17.00	60"	Presentasi Paper		4 org

JADWAL INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW BASIC COURSE

FH UGM - Yogyakarta
(27 – 30 Agustus 2013)

Kamis, 29 Agustus 2013

Waktu	Durasi	Tema	Pembicara	Keterangan
08.00 - 09.30	90"	Perlindungan Tahanan dalam Konflik Bersenjata Internasional dan Non-Internasional	<i>Brigjen TNI (Purn) Natsri Anshari, S.H, LL.M</i>	
09.30 - 10.00	30"	Coffee break pagi		
10.00 - 11.30	90"	Perlindungan Pengungsi dan Pengungsi Internal	<i>Dr. Sigit Riyanto, S.H,LL.M</i>	
11.30 - 12.30	60"	Shalat dan Makan Siang		
12.30 - 14.00	90"	Penggunaan dan Perlindungan Lambang Palang Merah	<i>Hj. Endang Purwaningsih, S.H.,M.H</i>	
14.00 - 15.30	90"	<i>IHL and Current International Development</i>	<i>Dr. Jur. Nils Wagenknecht</i>	
15.30 - 16.00	30"	Coffee break sore		
16.00 - 17.00	60"	Presentasi Paper		4 org

JADWAL INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW BASIC COURSE

FH UGM - Yogyakarta
(27 – 30 Agustus 2013)

Jumat, 30 Agustus 2013

Waktu	Durasi	Tema	Pembicara	Keterangan
08.00 - 09.30	90"	HHI dan HAM	<i>Prof.Dr. Marsudi Triatmodjo, S.H., LL.M.</i>	
09.30 – 09.45	15"	Coffee break pagi		
09.45 - 11.15	90"	Politik dan Ratifikasi HHI	<i>Prof. Dr. Agustinus Supriyanto, S.H.,M.Si.</i>	
11.15 - 11.45	30"	<i>Post Test Peserta</i>		
11.45 - 13.30	105"	Shalat dan Makan Siang		
13.30 – 14.00	30"	Penutupan		
14.00 - 17.00		<i>Field Trip</i>		Wisata Bencana Merapi Museum Gunung Merapi Mirota Batik

Penegakan dan Implementasi Hukum Humaniter dalam Hukum Internasional dan Hukum Nasional

oleh: Dr. Yustina Trihoni Nalesti Dewi

1. Perlunya Penegakan Hukum Humaniter Internasional

Hukum Humaniter Internasional (yang selanjutnya disebut HHI) adalah bagian dari hukum internasional yang mengatur perilaku manusia pada situasi konflik bersenjata yang bertujuan melindungi korban dan meminimalisir penderitaan sebagai akibat perang. Istilah hukum humaniter merupakan eufemisme dari hukum perang sebagai konsekuensi logis penggantian istilah perang yang kurang disukai yang dalam perkembangannya digantikan dengan istilah konflik bersenjata. Istilah hukum humaniter merujuk pada perlakuan yang manusiawi yang diberikan pada korban perang dan diberikan pada mereka yang potensial menjadi korban.¹

Sebagai hukum, HHI merupakan kumpulan ketentuan yang menetapkan hak dan kewajiban orang dalam pergaulan masyarakat. Sebagai hukum internasional, HHI merupakan kumpulan ketentuan yang disepakati oleh masyarakat internasional, berlaku dalam masyarakat internasional dan berlakunya tersebut dipertahankan oleh masyarakat internasional. Sebagai hukum humaniter, HHI merupakan kumpulan ketentuan yang didasarkan pada perasaan kemanusiaan untuk melindungi manusia perorangan (individu) dalam situasi perang.² Ketika negara-negara tidak dapat atau tidak berkehendak untuk menyelesaikan perselisihan mereka dengan cara damai, maka kemudian secara cepat senjata akan berbicara yang akan menyebabkan penderitaan bagi para korban dan menimbulkan kerusakan pada sejumlah sarana kehidupan. Untuk itu kehadiran HHI sangat diperlukan dalam situasi perang yang tidak terelakkan.³

HHI sebagai suatu perangkat hukum akan efektif dan mempunyai kredibilitas apabila dapat diimplementasikan dan sanksinya dapat ditegakkan bila terjadi pelanggaran. Oleh karenanya perlu suatu mekanisme penegakan HHI yang tertuang didalam perangkat hukum itu sendiri yang mengatur dan menetapkan bagaimana norma-norma tersebut dapat ditegakkan. Sejarah peperangan yang tercatat selama ini memberikan bukti bahwa pengetahuan tentang norma-norma yang berlaku dalam konflik bersenjata dan itikad baik saja tidak cukup, sehingga masih diperlukan pengadilan dan penghukuman bagi orang-orang yang telah melakukan setiap perbuatan yang merupakan pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang yang dilakukan pada situasi atau dalam konteks pertikaian bersenjata.⁴

Terdapat beberapa alasan penting mengenai perlunya melakukan penghukuman terhadap pelanggaran HHI. Pertama, adanya kewajiban moral bagi Negara untuk menjamin perlindungan atas warga-negaranya pada waktu perang sehingga Negara juga berkewajiban untuk secara ketat

* Makalah dipresentasikan pada Kursus Dasar Hukum Humaniter Internasional bagi Dosen Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik se Indonesia, diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada Yogyakarta bekerjasama dengan International Committee of The Red Cross, Hotel Cakrakusuma, Yogyakarta, 27 Agustus 2013

** Penulis adalah dosen Fakultas Hukum Unika Soegijapranata Semarang

¹ Edward K. Kwakwa, 1991, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Kluwer Academic Publishers, London, hlm. 1

² F. Sugeng Istanto, 1990, *Intisari Hukum Humaniter Internasional*, Palang Merah Indonesia, Yogyakarta, hlm. 7

³ Hans Haug, 1993, *Humanity for All*, International Committee of the Red Cross, Geneva, hlm. 491

⁴ Fadillah Agus & Lies Siregar (penerj), tanpa tahun, *Penghormatan terhadap Hukum Humaniter Internasional*. Rama Krido Karya, Jakarta, hlm 44-45

membatasi penggunaan kekerasan dan memberikan sanksi bagi yang melanggarnya. Dengan demikian, Negara harus memberikan sarana untuk menjamin penghormatan terhadap kemanusiaan pada waktu perang dan menjamin martabat manusia akan dijunjung tinggi dalam keadaan terancam dengan menjamin adanya penghukuman bagi pelaku pelanggaran. HHI memerlukan komitmen negara untuk menghukum pelaku pelanggaran. Kewajiban untuk menghukum ini sudah tertuang dalam kewajiban umum negara-negara untuk menghormati dan menjamin penghormatan HHI serta telah tertuang dalam perjanjian-perjanjian internasional yang disepakati negara-negara, paling tidak jika pelanggaran tersebut terjadi di wilayah negaranya. Hukum mengenai pertanggungjawaban negara juga mencakup pertanggungjawaban negara terhadap pelanggaran serius HHI (kejahatan) perang yang menimbulkan pertanggungjawaban negara untuk menghukum pelaku kejahatan,⁵ bahkan pertanggungjawaban tersebut sampai pada pembayaran sejumlah ganti rugi atau kompensasi kepada korban.⁶

Kedua, penghormatan terhadap HHI merupakan bagian dari suatu strategi perang modern yang didasarkan pada penggunaan sumber daya yang rasional sehingga dengan menghukum pelaku pelanggaran merupakan suatu pilihan militer yang beralasan. Tindakan-tindakan semacam pembunuhan seperti misalnya terhadap penduduk sipil, pembantaian atas serdadu dan penyiksaan tawanan tidak pernah membawa pasukan dalam suatu kemenangan. Ketiga, penghukuman terhadap pelanggaran HHI terutama pelanggaran serius (kejahatan perang) merupakan suatu pilihan politik yang masuk akal karena hal ini merupakan cara yang terbaik untuk mendorong musuh melakukan hal yang sama juga.⁷

2. Pelanggaran Hukum Humaniter Internasional

Pelanggaran HHI adalah semua pelanggaran yang dilakukan terhadap hukum dan kebiasaan perang. Pelanggaran tersebut dapat berupa **pelanggaran serius** yang seringkali disebut sebagai kejahatan perang atau **pelanggaran lainnya** seperti yang disebutkan dalam Pasal 86 Protokol Tambahan, "...*The High Contracting Parties and the Parties to the conflict shall repress **grave breaches**, and take measures necessary to suppress **all other breaches**, of the Conventions or of this Protocol which result from a failure to act when under a duty to do so.*" Pelanggaran serius terhadap HHI menimbulkan pertanggungjawaban pidana individual bagi pelaku kejahatan, sementara pelanggaran lainnya biasanya hanya akan mengakibatkan pertanggungjawaban dalam hukum disiplin internal.

Jadi kejahatan perang adalah setiap perbuatan yang merupakan pelanggaran serius terhadap hukum dan kebiasaan perang yang dilakukan pada situasi atau dalam konteks pertikaian bersenjata dan yang menimbulkan pertanggungjawaban pidana secara individual. Terdapat tiga elemen esensial kejahatan perang. Unsur pertama adalah bahwa terdapat suatu perbuatan atau tindakan yang merupakan pelanggaran serius terhadap hukum dan kebiasaan perang. Tidak semua pelanggaran hukum dan kebiasaan perang adalah kejahatan perang. Hanya pelanggaran berat (serius) dari hukum dan kebiasaan perang yang dapat dikategorikan sebagai kejahatan perang, sebagaimana dinyatakan oleh Dinstein, "*War crime constitute particularly grave offences against the law of war.*"⁸ Pelanggaran pidana tersebut dinyatakan bersifat serius dan karenanya merupakan kejahatan perang jika perbuatan pidana tersebut memenuhi salah satu dari dua kualifikasi:

⁵ Ward N. Ferdinandusse, 2006, *Direct Application of International Criminal law in National Courts*, TMC Asser Press, The Hague, hlm. 186 - 192

⁶ Hal tersebut diatur dalam Pasal 51 Konvensi I, Pasal 52 konvensi II, Pasal 131 Konvensi III dan Pasal 148 Konvensi IV Jenewa 1949.

⁷ *Ibid*

⁸ Arie Siswanto, *op.cit.*, hlm. 77

- 1) Kualifikasi pertama adalah bahwa perbuatan yang dilakukan tersebut membahayakan orang-orang atau obyek yang dilindungi oleh hukum dan kebiasaan perang. Perbuatan dinyatakan membahayakan bagi orang-orang atau obyek yang dilindungi apabila cukup memberikan ancaman yang nyata tanpa harus mempertimbangkan apakah sudah ada akibat fatal yang ditimbulkannya. Memang umumnya suatu kejahatan perang yang dilakukan menimbulkan kematian, penderitaan, kehancuran, atau akibat-akibat fatal lainnya, namun demikian suatu serangan atas penduduk sipil atau obyek sipil yang tidak menimbulkan kerusakan atau kerugian yang nyata dianggap sudah memenuhi syarat untuk dapat dikatakan sebagai suatu kejahatan perang jika tidak timbulnya akibat yang diinginkan oleh pelaku serangan adalah karena kesalahan atau kegagalan, misalnya kegagalan sistem persenjataan.⁹
- 2) Kualifikasi kedua adalah bahwa perbuatan tersebut melanggar nilai-nilai yang penting. Perbuatan tersebut secara fisik tidak harus mengancam atau membahayakan orang-orang atau obyek yang dilindungi untuk dapat disebut sebagai kejahatan perang.¹⁰ Perbuatan melanggar nilai-nilai yang penting antara lain merusak jenasah, memperlakukan seseorang yang merendahkan martabat, memaksa seseorang untuk melakukan pekerjaan yang secara langsung memberi bantuan pada operasi militer musuh, melanggar hak seseorang untuk mendapatkan pengadilan yang bebas, merekrut atau mempekerjakan anak-anak dibawah usia 15 tahun ke dalam angkatan bersenjata.

Unsur kejahatan perang yang kedua adalah bahwa tindakan tersebut dilakukan pada situasi atau dalam konteks pertikaian bersenjata. Sedangkan unsur ketiga adalah bahwa tindakan tersebut menimbulkan pertanggungjawaban pidana secara individual. Prinsip pertanggungjawaban pidana secara individual mencakup pertanggungjawaban secara pidana semua individu baik komandan militer atau atasan non-militer atau siapa pun dalam hubungan tugas militer maupun non-militer dan tidak dalam hubungan keperdataan. Pertanggungjawaban pidana secara individual ini seringkali dikacaukan dengan tanggung jawab disiplin atau administratif yang ada dalam hukum militer dimana hukuman disipliner atau administrasi dapat menghilangkan hukuman pidana. Tanggung jawab pidana ini menegaskan bahwa sanksi pidana dapat diikuti dengan sanksi disiplin tetapi tidak bisa diterapkan secara terbalik bahwa sanksi disiplin meniadakan pidana.

Prinsip pertanggungjawaban pidana secara individual mengakui pertanggungjawaban pidana bukan hanya bagi seseorang yang melakukan pelanggaran tetapi juga bagi mereka yang menyuruh lakukan pelanggaran. Doktrin '*individual criminal responsibility*' menuntut pertanggungjawaban bukan hanya pelaku yang sesungguhnya tetapi juga mereka yang membantu terjadinya tindak pidana tersebut, yang mencakup: 1) keterlibatan dalam perbuatan pidana; 2) hasutan; 3) persekongkolan; 4) percobaan melakukan kejahatan.¹¹ Demikian pula siapa saja yang dengan sengaja *commits* (melakukan), *orders* (memerintah), *solicits induces* (membujuk), *aids* (membantu), *abets* (menghasut), *assists, contributes* (menyumbang), *attempted commission of such by group of persons acting within a common purpose, attempts* (mencoba).¹²

Disamping pertanggungjawaban pidana individual bagi pelaku pelanggaran dikenal juga pertanggungjawaban pidana seorang atasan/ komandan. Kelalaian melakukan kewajiban menyebabkan seorang komandan atau atasan harus bertanggung jawab secara pidana.

⁹ Jean-Marie Henckaerts and Louis Doswald Beck, 2005, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 573-574

¹⁰ *Ibid*, hlm. 569-670

¹¹ Mengacu pada Pasal 25 Statuta Roma 1998

¹² Robert Cryer, "General Principles of Liability in International Criminal Law", dalam Dominic Mc.Goldrick, 2004, Peter Rowe and Eric Donnelly (editor), *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Hart Publishing, Oxford, hlm. 236

Pertanggungjawaban pidana atasan (*superior responsibility*) penting bagi legislasi pidana untuk menyediakan penghukuman bagi atasan yang gagal untuk mencegah terjadinya pelanggaran yang dilakukan oleh anak buahnya. Tanggung jawab pidana bagi tindakan pidana omisi yang disengaja sama dengan pelaku kejahatan sementara pertanggungjawaban karena kelalaian tidak sama dengan pelaku kejahatan.

Pertanggungjawaban pidana atasan merupakan pertanggungjawaban yang menekankan pada kelalaian melakukan suatu kewajiban (delik omisi).¹³ Sifat pertanggungjawaban ini bukanlah *strict liability*,¹⁴ tetapi harus dibuktikan dulu bahwa atasan tersebut gagal untuk: (a) mencegah terjadinya tindakan melawan hukum tersebut; (b) menyediakan segala sarana untuk mencegah atau menghalangi tindakan tersebut; atau (c) melakukan penyelidikan, mengadili dan menghukum pelaku.¹⁵

Tiga kondisi harus dipenuhi untuk menuntut pertanggungjawaban seorang komandan (militer) atau seorang atasan atas suatu kelalaian yang berhubungan dengan pelanggaran yang dilakukan atau akan dilakukan oleh bawahan. Pertama, atasan tersebut merupakan seorang atasan atas bawahan yang akan melakukan atau sedang melakukan kejahatan.¹⁶ Kedua, atasan tersebut tahu atau memiliki informasi yang seharusnya memungkinkan dia untuk menyimpulkan bahwa pelanggaran sedang dilakukan atau akan dilakukan.¹⁷ Ketiga, atasan tersebut tidak mengambil langkah-langkah di dalam kekuasaannya untuk mencegah kejahatan.¹⁸ Elemen ketiga adalah adanya kegagalan dari *superior* untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan dan yang dimungkinkan untuk mencegah atau menghentikan kejahatan atau menghukum pelaku kejahatan. Kegagalan seorang komandan atau atasan lainnya untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan dapat dikategorikan menjadi dua: (a)kegagalan untuk mengambil langkah-langkah preventif; (b)kegagalan untuk mengambil langkah-langkah represif. Komandan atau atasan lainnya bertanggung jawab secara pidana jika mereka gagal untuk melaksanakan segala cara untuk mencegah atau menghentikan pelanggaran yang terjadi. Jadi *superior* dianggap gagal untuk melakukan tindakan-tindakan preventif. Jika mereka tahu setelah terjadinya pelanggaran atau tidak mempunyai cara yang tersedia untuk mencegah ataupun menghentikan pelanggaran, mereka tetap bertanggung jawab jika mereka gagal untuk melakukan tindakan represif yaitu dengan membawa pelaku kejahatan ke pengadilan. Secara lebih spesifik, mereka juga bertanggung jawab jika mereka tidak menyerahkan pelaku kepada otoritas yang berwenang untuk diadakan investigasi dan penghukuman, atau paling tidak melaporkan peristiwa pelanggaran kepada otoritas yang berwenang.¹⁹

Perlu ditegaskan bahwa pertanggungjawaban individual baik pelaku maupun komandan (atasan) ini jangan sampai menghilangkan pertanggungjawaban negara terutama dalam

¹³ Yoram Dinstein, 2004, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, hlm.238

¹⁴ Contoh sifat *command responsibility* yang berdasarkan pada *strict liability* telah ditunjukkan oleh kasus Jenderal Yamashita pada akhir Perang Dunia II. Yamashita tetap dipersalahkan sebagai atasan yang bertanggungjawab atas perbuatan bawahannya yang melakukan kejahatan perang walaupun ia tidak mengetahui perbuatan bawahannya karena hubungan komunikasi yang telah hancur dan putus. Dalam perkembangannya terjadi penolakan terhadap sifat *strict liability* ini.

¹⁵ M. Cherif Bassiouni, 1992, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, hlm. 368

¹⁶ Gideon Boas, James L. Bischoff, and Natalie L. Reid., 2007, *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, New York, hlm. 152

¹⁷ *ibid.*

¹⁸ *ibid*

¹⁹ de THAN, Claire & Shorts, Edwin, 2003, *International Criminal Law and Human Right*, Sweet & Maxwell, London, hlm. 140

memberikan restitusi, kompensasi, dan rehabilitasi,²⁰ sekalipun hal tersebut tidak akan mampu mengatasi dan menyembuhkan korban dari luka dan trauma psikologis.²¹ Ketentuan ini sudah dikodifikasikan dalam hukum pidana internasional²² yang pada intinya menyebutkan bahwa setiap tindakan negara yang secara internasional salah memunculkan adanya tanggung jawab negara (*Every internationally wrongful acts of the State entails international responsibility of a State*).

Sedangkan pelanggaran lainnya adalah setiap pelanggaran HHI yang bukan merupakan pelanggaran serius.

3. Dasar Hukum Kewajiban Negara dalam Penegakan terhadap Pelanggaran Hukum Humaniter Internasional

Hukum internasional memberikan dasar hukum bagi pengelolaan hubungan internasional secara tertib dan teratur. Kewajiban negara sebagai sebagai subyek hukum internasional dan sebagai anggota masyarakat internasional adalah menghormati dan melaksanakan bukan saja aturan hukum kebiasaan internasional (*rules of customary international law*) yang sudah merupakan aturan-aturan hukum yang sudah diterima oleh masyarakat internasional secara luas, tetapi juga prinsip-prinsip hukum internasional yang tersusun dalam instrumen-instrumen internasional dimana negara tersebut menjadi pihak. Ketika suatu negara menjadi pihak dalam suatu perjanjian internasional maka negara tersebut menerima untuk menghormati semua kewajiban yang terdapat didalam perjanjian, oleh karena itu bila negara tersebut tidak memenuhi kewajiban-kewajibannya maka negara dapat dituntut untuk mempertanggungjawabkan secara pidana.

Dalam kaitannya dengan kejahatan perang, negara-negara peserta konvensi mempunyai kewajiban untuk mengkriminalisasikan dan memidana para pelaku dalam hukum pidana nasionalnya sebagai pelaksanaan kewajiban tersebut. Negara-negara sudah sepakat untuk membentuk suatu mekanisme agar tercipta ketertiban didalam hubungan antarnegara termasuk dalam situasi sengketa bersenjata. Apabila kewajiban ini tidak dilaksanakan, maka sebenarnya merupakan pelanggaran terhadap komitmen internasional yang sudah dibuatnya.

Penerapan hukum material dan personal berlaku bagi setiap orang yang melakukan kejahatan perang tanpa memandang kewarganegaraannya dan tempat dimana perbuatan tersebut dilakukan. Dalam hukum pidana nasional yurisdiksi yang diterapkan biasanya terbatas, yaitu hanya terhadap tindak pidana yang dilakukan di wilayah negara atau terhadap warga negara dimana ketentuan hukum pidana nasional tersebut berlaku. Hukum kejahatan perang membutuhkan lebih dari sekedar yurisdiksi tersebut karena negara diwajibkan juga untuk mengambil langkah-langkah yang diperlukan untuk menghukum mereka yang bertanggung jawab atas kejahatan perang tanpa memandang kewarganegaraan atau tempat dimana kejahatan perang dilakukan. Jadi yurisdiksi yang diterapkan lebih luas, yaitu bersifat universal untuk menjamin penuntutan dan penghukuman yang efektif terhadap pelaku kejahatan perang.

Pengadilan nasional merupakan '*the primary forum*' untuk mengadili para pelaku kejahatan perang. Pilihan utama pada pengadilan nasional ini disebabkan oleh berbagai alasan antara lain

²⁰ Lihat dalam Pasal 25 (4) Statuta Roma, "Tidak ada ketentuan dalam Statuta Roma yang berkaitan dengan tanggung jawab individual akan mempengaruhi tanggung jawab negara berdasarkan hukum internasional."

²¹ Carla Ferstman, Mariana Goetz, & Alan Stephens (Editor), 2009, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against humanity: System in Place and System in the Making*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, hlm. 5

²² Dalam Rancangan Pasal-Pasal mengenai Tanggung Jawab Negara International Law Commission (*ILC Draft Articles on State Responsibility*); lihat Otto Triffterer (ed), 1999, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, hlm. 490

mudahnya mencari bukti-bukti, saksi-saksi dan para pelaku serta dalam pertimbangan efisiensi tidak membutuhkan biaya yang tinggi dan lebih mudah dilaksanakan. Namun demikian, seringkali terdapat kendala terhadap pengadilan nasional yang biasanya berkaitan dengan disfungsi nasionalisasi pengadilan karena sebab-sebab tertentu seperti pertimbangan kepentingan politik dan kebijakan negara. Pengadilan nasional hanya akan efektif apabila dilengkapi dengan keberadaan hukum materiil dan hukum formil yang memadai serta penyidik, penuntut umum, hakim dan pengacara yang terlatih dengan baik, keberadaan infrastruktur sistem peradilan pidana yang memadai serta keberadaan budaya yang menghormati *'fairness'* dan *'impartiality'* dari proses peradilan.²³

Dasar hukum kewajiban Negara dalam penegakan terhadap pelanggaran HHI telah diatur dalam Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan 1977. Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan 1977 hanya memuat aturan berkaitan dengan tindak pidana (kejahatan) perang, tetapi tidak memuat tentang pembedaan dan pertanggungjawaban pidananya dan memberikan kewajiban pada hukum nasional untuk menetapkan aturan mengenai pembedaan dan sanksi pidana yang diterapkan.

Pasal 1 Konvensi Jenewa I-IV tahun 1949 yang merupakan ketentuan yang bersamaan (*common articles*) serta Pasal 1 (1) Protokol Tambahan I tahun 1977 menegaskan bahwa Negara Peserta berjanji untuk menghormati dan menjamin dihormatinya ketentuan dalam segala keadaan. Penempatan ketentuan ini pada Pasal 1 menunjukkan penekanan pada pentingnya kewajiban bagi negara-negara untuk menghormati ketentuan-ketentuan Konvensi. Penambahan kata-kata *'to ensure respect'* lebih menekankan kewajiban para peserta untuk menghormati Konvensi dan bertanggung jawab atas pelaksanaannya.²⁴ Kata menjamin berarti negara harus memerintahkan kepada petugas militer dan sipil untuk mentaati ketentuan-ketentuan Konvensi, negara harus mengawasi pelaksanaan dari perintah tersebut serta negara harus mengambil tindakan apabila ada petugas yang melanggar ketentuan-ketentuan Konvensi.²⁵ Ketentuan ini kemudian diperkuat dengan Pasal yang mengatur tentang penghukuman bagi mereka yang melakukan pelanggaran berat hukum humaniter, yaitu Pasal-pasal yang terdapat pada Pasal 49 ayat (1) Konvensi I, Pasal 50 (1) Konvensi II, Pasal 129 (1) Konvensi III dan Pasal 146 (1) Konvensi IV. Berdasarkan ketentuan Pasal-Pasal tersebut di atas maka negara yang telah meratifikasi Konvensi Jenewa 1949 diwajibkan untuk menerbitkan suatu Undang-undang nasional yang memberikan sanksi pidana efektif kepada setiap orang yang melakukan atau memerintahkan untuk melakukan pelanggaran berat terhadap Konvensi.

Sementara Pasal 45 Konvensi Jenewa I, Pasal 46 Konvensi Jenewa II dan Pasal 86 dan 87 Protokol Tambahan I tahun 1977 menentukan kewajiban negara untuk menjamin pelaksanaan Konvensi melalui komandan-komandan atau atasan-atasan yang terlibat dalam pertempuran. Pasal 45 Konvensi Jenewa I dan Pasal 46 Konvensi Jenewa II yang menyebutkan bahwa setiap pihak dalam sengketa, melalui komandan-komandan tertingginya harus menjamin pelaksanaan pasal-pasal terdahulu secara rinci dan menetapkan ketentuan-ketentuan untuk mengatur hal-hal yang terduga.

Pasal 86 Protokol Tambahan I tahun 1977 menegaskan bahwa negara-negara harus menindak kejahatan perang sebagai akibat tidak dilakukannya suatu kewajiban ketika sedang bertugas untuk bertindak seharusnya. Kenyataan bahwa suatu kejahatan perang dilakukan oleh

²³ Muladi, Peradilan Hak Asasi Manusia dalam Konteks Nasional dan Internasional, <http://www.lfip.org/english/pdf/bali-seminar/Pengadilan%20dalam%20konteks%20nasional%20dan%20internasional%20-%20muladi.pdf>, diakses tanggal 23 Februari 2009, hlm. 7

²⁴ Pendapat Mochtar Kusumaatmadja seperti yang dikutip dalam Arlina Permanasari dkk, 1999, *Pengantar Hukum Humaniter*, ICRC, Jakarta, hlm. 112

²⁵ KGPH Haryomataram, 1994, *Sekelumit tentang Hukum Humaniter*, Sebelas Maret university Press, Solo, hlm. 48

seorang bawahan sama sekali tidak membebaskan para atasannya dari tanggung jawab pidana atau disiplin apabila dia mengetahui atau telah mendapat keterangan yang seharusnya yang memungkinkannya menyimpulkan bahwa bawahannya telah melakukan atau akan melakukan kejahatan perang dan apabila atasan tersebut tidak mengambil segala tindakan yang dapat dilakukan dalam batas kekuasaannya untuk mencegah atau menindak kejahatan tersebut. Secara terperinci Pasal 86 menyebutkan Negara peserta dan pihak-pihak dalam sengketa harus menindak 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.

Pasal 87 Protokol Tambahan I tahun 1977 menegaskan bahwa negara-negara dan pihak-pihak dalam sengketa harus meminta komandan militer, berkenaan dengan anggota angkatan perang yang berada di bawah perintah mereka dan orang-orang lainnya yang berada di bawah pengawasan mereka, untuk mencegah dan, dimana perlu untuk untuk menindak dan melaporkan kepada penguasa yang berwenang terhadap pelanggaran konvensi dan protokol ini. Apabila ada seorang prajurit yang melakukan pelanggaran terhadap hukum humaniter maka Komandan atau Atasan yang berwenang untuk menghukum (Ankum) berkewajiban untuk mengambil tindakan-tindakan sebagaimana yang dimaksud pada ketentuan Pasal 87 di atas. Apabila Komandan atau atasan langsung dari prajurit yang bersalah tidak mengambil tindakan, maka Komandan yang di atasnya berkewajiban untuk mengambil tindakan yang dimaksud. Begitu seterusnya sampai kepada tingkat yang paling tinggi. Jika diperlukan, di samping menggunakan sistem disiplin internal komando, maka institusi pengadilan (militer dan/atau sipil) juga dapat menjalankan fungsinya bagi tegaknya penghormatan terhadap ketentuan-ketentuan hukum humaniter.

Negara bukan hanya mempunyai beberapa kewajiban untuk menetapkan Undang-undang yang diperlukan untuk menerapkan sanksi pidana efektif bagi para pelaku kejahatan, tetapi juga mempunyai kewajiban untuk mencari orang-orang yang disangka telah melakukan pelanggaran, dan kewajiban mengadili atau jika dikehendaki menyerahkan kepada negara lain yang akan mengadili, serta kewajiban mengambil langkah-langkah yang perlu untuk memberantas selain pelanggaran berat.²⁶ Negara harus menghormati kewajiban untuk memfasilitasi kerjasama antar-negara sebagai kerjasama yang bersifat saling menguntungkan dalam masalah pidana dan ekstradisi. Pada tahun 1971, Majelis Umum PBB mengadopsi resolusi tentang penjahat perang yang menyatakan bahwa penolakan negara untuk bekerjasama dalam hal penahanan, ekstradisi, pengadilan, dan penghukuman terhadap orang yang dituduh atau telah dihukum karena melakukan kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan adalah bertentangan dengan Piagam PBB dan norma hukum internasional umum. Resolusi Majelis Umum PBB tahun 1973 lebih menegaskan lagi "*Principles of International Cooperation in the Detention, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes Against Humanity*" yang kemudian ditindak lanjuti oleh prinsip utama yang dianut oleh Statuta Roma 1998 yaitu adanya kewajiban semua negara untuk mengadili atau mengekstradisi pelaku kejahatan perang. Kewajiban ini timbul berdasar pada hukum kebiasaan sehingga menjadi kewajiban semua negara apakah mereka sudah menjadi pihak dalam berbagai perjanjian ataukah belum. Dalam Mukadimah Statuta ditegaskan pula bahwa kejahatan paling serius yang menjadi perhatian masyarakat internasional secara keseluruhan tidak boleh dibiarkan tak dihukum dan bahwa penuntutan mereka secara efektif harus dijamin dengan mengambil langkah-langkah ditingkat nasional dan dengan memajukan kerja sama internasional. Usaha ini dilakukan dengan tekad untuk memutuskan rantai kekebalan hukum (*impunity*) bagi para pelaku kejahatan sehingga akan memberi sumbangan kepada dicegahnya kejahatan. Keterikatan negara sebagai subyek hukum dalam hal pertanggungjawaban yang harus diberikannya terhadap setiap pelanggaran telah disebutkan juga sejak Konvensi Den Haag IV tahun 1907, namun dalam

²⁶ Lihat Pasal 49 Konvensi Jenewa I Tahun 1949

Konvensi ini pertanggungjawaban yang diberikan hanyalah berupa pembayaran kompensasi.²⁷ Sejak Konvensi Jenewa 1949 setiap negara tidak dapat membebaskan dirinya dari pertanggungjawaban ini baik pertanggungjawaban pidana maupun lainnya dari setiap pelanggaran yang dilakukannya.²⁸

4. Penegakan Hukum Humaniter Internasional

Proses pengadilan terhadap kejahatan perang dalam sejarah telah mengalami perkembangan yang sangat bervariasi. Di samping pengadilan nasional, berkembang pula pengadilan supranasional²⁹ dan perpaduan antara pengadilan nasional dan internasional (*Hybrid Model*) seperti yang berkembang di Sierra Leone, Kamboja dan Timor Timur. Perkembangan lain yang menarik adalah praktek penerapan yurisdiksi universal (*universal jurisdiction*) oleh negara-negara tertentu dimana nasionalitas terdakwa atau para korban, atau tempat di mana kejahatan dilakukan tidak menentukan di mana dan kapan suatu peradilan dapat dilakukan, sehingga pengadilan setiap negara dapat mengadilinya.³⁰

Lain halnya dengan Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahan 1977, Statuta Roma 1998 memberikan pengaturan mengenai pemidanaan dan sanksi pidana yang dapat diterapkan pada pelaku kejahatan perang.³¹ Dalam Mukadimah Statuta Roma disebutkan bahwa setiap negara mempunyai yurisdiksi pidana atas orang-orang yang bertanggung jawab pada kejahatan perang dan Statuta memutuskan untuk selalu menjamin penghormatan abadi bagi diberlakukannya keadilan terhadap pelaku kejahatan perang.

Berdasarkan Pasal 1 Statuta Roma 1998, Mahkamah Pidana Internasional merupakan suatu lembaga permanen dan mempunyai kekuasaan untuk melaksanakan yurisdiksinya atas orang-orang untuk kejahatan paling serius yang menjadi perhatian internasional, seperti kejahatan perang, dan merupakan pelengkap terhadap yurisdiksi pidana nasional. Sifat komplementer dari Mahkamah Pidana Internasional juga diperkuat oleh Pasal 17 Statuta Roma 1998 yang menyatakan bahwa yurisdiksi Mahkamah adalah komplementer bagi pengadilan nasional. Yurisdiksi tersebut hanya akan dilakukan jika Negara tidak mampu (*unable*) dan tidak mau (*unwilling*), atau hanya menjalankan pengadilan pura-pura untuk membebaskan terdakwa dari pertanggung-jawaban pidana, atau tidak menjalankan pengadilan secara independen (*mandiri*) dan imparsiial (*tidak memihak*).

Prakondisi bagi Berlakunya Yurisdiksi Mahkamah jika

- (1) suatu negara menjadi pihak Statuta Roma 1998;
- (2) satu atau lebih negara adalah pihak dari Statuta;
 - (a) Negara yang berkuasa atas wilayah di mana perbuatan yang dipersoalkan itu terjadi atau, kalau kejahatan itu dilakukan di atas kapal atau pesawat terbang,

²⁷ Lihat Pasal 3 Konvensi Den Haag IV tahun 1907, dan lihat juga Igor P. Blishchenko, *Responsibility in Breaches of International Humanitarian Law* dalam *International Dimension of Humanitarian Law*, Netherland, Martinus Nijhoff Publisher, 1988, hlm.283

²⁸ Pasal 51 KJ I, Pasal 52 KJ II, Pasal 131 KJ III, Pasal 148 KJ IV.

²⁹ Sebagai contoh International Military Tribunal Nuremberg, International Military Tribunal Nuremberg for Far East di Tokyo, International Criminal Tribunal for Rwanda, International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia dan International Criminal Court)

³⁰ *Muladi, op.cit.*

³¹ Sebagai contoh dalam Statuta Roma masalah "Hukuman" diatur pada Bagian 7. Pasal 77 menyebutkan bahwa Mahkamah dapat menerapkan hukuman penjara maupun denda. Pasal 77 ayat (1) hanya mengenal hukuman penjara maksimal bukan (tidak menyebutkan) minimal. Disebutkan dalam ayat tersebut hukuman penjara maksimal adalah 30 tahun, namun apabila dibenarkan oleh gawatnya kejahatan dan keadaan-keadaan pribadi dari orang yang terhukum maka dapat dikenakan hukuman seumur hidup.

- (b) Negara di mana kapal atau pesawat terbang itu terdaftar;
 - (c) Negara di mana orang yang dituduh melakukan kejahatan adalah warga negara.
- (3) Negara yang bukan pihak dari Statuta dapat menerima yurisdiksi Mahkamah jika Negara tersebut melakukan deklarasi untuk menerima pelaksanaan yurisdiksi Mahkamah.³²

Pelaksanaan Jurisdiksi Mahkamah dapat dilakukan jika:

1. Suatu situasi (kasus) di mana satu atau lebih kejahatan yang telah dilakukan diteruskan kepada Penuntut Umum oleh suatu Negara Pihak, sehingga hal ini merupakan penunjukan dari Negara pihak. Suatu Negara Pihak dapat menyerahkan kepada Penuntut Umum suatu situasi (kasus) di mana satu atau lebih kejahatan dalam yurisdiksi Mahkamah tampak telah dilakukan sambil minta Penuntut Umum untuk menyelidiki situasi (kasus) itu dengan tujuan untuk menetapkan apakah seorang tertentu atau lebih harus dituduh telah melakukan kejahatan tersebut.
2. Suatu situasi (kasus) di mana satu atau lebih kejahatan yang tampak telah dilakukan tersebut diteruskan kepada Penuntut Umum oleh Dewan Keamanan yang bertindak berdasarkan Bab VII Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa; atau
3. Penuntut Umum dapat memprakarsai suatu penyelidikan berkenaan dengan kejahatan tersebut, sehingga inisiatif berasal dari penuntut umum. Penuntut Umum dapat memulai penyelidikan *proprio motu* atas dasar informasi tentang kejahatan yang terjadi kemudian menganalisis keseriusan informasi yang diterima. Untuk maksud ini maka seorang penuntut umum dapat mencari informasi tambahan dari Negara, badan-badan tertentu di Perserikatan Bangsa-Bangsa, organisasi antar-pemerintah atau organisasi nonpemerintah, atau sumber-sumber lain terpercaya yang dianggapnya tepat, dan dapat menerima kesaksian tertulis atau lisan di tempat kedudukan Mahkamah.³³

A. Praktek Pengadilan setelah Berakhirnya Perang Dunia II di Nuremberg dan Tokyo

Pada tahun 1945, empat negara pemenang Perang Dunia II yaitu Inggris, Perancis, Amerika Serikat, dan Uni Soviet melakukan konferensi di London untuk memutuskan dengan cara apa mereka akan menghukum petinggi Nazi, pelaku kejahatan perang. Pada akhirnya negara-negara tersebut membuat kesepakatan yang dituangkan dalam London Agreement of 8 August 1945, untuk mengadili mereka pada Pengadilan Internasional Militer melalui *'the Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal'*. Dalam London Agreement tersebut juga dimuat Statuta of the Nuremberg yang merupakan dasar hukum pelaksanaan peradilan militer internasional tersebut. Hal paling penting dan berarti dari statuta tersebut adalah dimasukkannya dua kejahatan substantif yang belum pernah dinyatakan dalam hukum internasional sebelumnya, yaitu kejahatan terhadap perdamaian dan kejahatan terhadap kemanusiaan,³⁴ yang melengkapi kejahatan perang yang sudah ada sebelumnya. Jadi yurisdiksi pengadilan internasional ini menyangkut 3 kategori kejahatan.

Perdebatan terjadi berkaitan dengan pendirian pengadilan internasional ini karena kejahatan sudah terjadi sebelum Charter disusun, sehingga menimbulkan permasalahan atas dasar *'ex post facto criminalization'*. Untuk menjawab permasalahan tersebut, pengadilan Nuremberg menunjuk dua Konvensi Den Haag dan '1928 Kellogg-Briand Pact', atas dasar *'crimes against peace'*. Di samping itu dikatakan bahwa apabila larangan pemberlakuan kejahatan secara retroaktif

³² Paal 12 Statuta Roma 1998

³³ Lihat Pasal 13 - 15 Statuta Roma 1998

³⁴ BVA Roling and Antonio Cassese, 1993, *The Tokyo Trial and Beyond*, Polity Press, Cambridge, hlm. 1

didasarkan atas keadilan, adalah lebih tidak adil apabila penjahat-penjahat perang Nazi tidak dipidana.

Harus diakui bahwa apapun argumentasinya, Pengadilan internasional di Nuremberg telah menciptakan '*precedents*' yang dapat menembus – asas legalitas (*principle of legality*),³⁵ yang sangat bermanfaat di masa-masa sesudahnya dalam rangka penerapan hukum pidana internasional. Pengadilan Nuremberg juga menolak doktrin kedaulatan Negara yang melindungi individual terhadap pertanggungjawaban pidana. Data empiris menunjukkan bahwa Pengadilan Internasional Nuremberg telah menciptakan konsep *crimes against 'humanity* dan menyingkirkan imunitas kedaulatan.³⁶ Pada tanggal 20 November 1945, enam bulan sejak kekalahan tanpa syarat tentara Nazi, pengadilan Nuremberg dilaksanakan bertempat di *the Palace of Justice* terhadap 21 orang Jerman yang terdiri dari pengusaha senior, pejabat militer, diplomat dan pelaku propaganda yang didakwa memulai perang yang tidak sah dan melakukan kejahatan perang lainnya.³⁷ Pengadilan Internasional ini selesai setahun kemudian dan secara keseluruhan berhasil mengadili 99 orang terdakwa, 12 di antaranya dijatuhi pidana mati.

Sementara Tokyo Charter dimaklumkan pada tanggal 26 April 1946 yang memasukkan juga kejahatan terhadap perdamaian dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Charter ini disusun hanya oleh Joseph B. Keenan, warganegara Amerika yang menjadi jaksa pada Pengadilan Tokyo. Dalam Tokyo Charter *against any civilian population* dihilangkan dengan maksud untuk memperluas penghukuman yang mungkin dilakukan terhadap personil militer pada perang yang tidak sah. Disamping itu, pada pengadilan Nuremberg baik individu atau organisasi (institusi) dapat diajukan ke pengadilan, sementara pada Tokyo Trial tidak ada ketentuan yang menyebutkan bahwa organisasi dapat diajukan ke sidang pengadilan.³⁸

Kondisi Pengadilan Internasional Tokyo lebih maju daripada Pengadilan Internasional Nuremberg, karena para hakim direkrut dari 11 negara termasuk India, China dan Filipina, sedangkan pada Pengadilan Nuremberg para hakim hanya ditunjuk dari Amerika Serikat, Inggris, Perancis dan Rusia. Kritik yang sama sebagaimana dilakukan terhadap Tribunal Nuremberg juga terjadi pada Tribunal Tokyo. Penerapan '*victor's justice*' juga terjadi karena Jepang dilarang untuk menuntut Amerika Serikat sehubungan dengan penjatuhan bom atom di Hiroshima dan Nagasaki. Begitu pula pelanggaran Soviet Rusia terhadap perjanjian netralitas 13 April 1941.³⁹

B. Praktek Pengadilan Internasional di Yugoslavia (ICTY) dan Rwanda (ICTR)

ICTY dibentuk melalui Resolusi Dewan Keamanan PBB pada tahun 1993 guna menginvestigasi, menuntut dan mengadili individu-individu yang bertanggung jawab atas terjadinya pelanggaran berat terhadap hukum humaniter internasional selama konflik bersenjata sejak tahun 1991.⁴⁰ ICTY berkedudukan di Den Haag dan masih diperlukan sampai saat ini sebab restorasi atas perdamaian dan keamanan dalam wilayah itu mensyaratkan adanya keadilan bagi para korban dan mereka yang selamat dari kejahatan yang terjadi. Yurisdiksi ICTY juga meliputi Macedonia dan Kosovo, sementara yurisdiksi materinya mencakup pertanggungjawaban pidana secara individual (*individual criminal responsibility*) atas kejahatan: '*genocide, crimes against*

³⁵ Kontroversi tentang asas legalitas di dua pengadilan internasional Nuremberg dan Tokyo pada akhirnya dianggap selesai ketika dengan suara bulat diadopsi (*unanimously adopted*) oleh Sidang Umum PBB melalui Resolusi 95 (1) pada tgl. 11 Desember 1946.

³⁶ *ibid*

³⁷ Sadakat Kadri, tanpa tahun, *The Trial*, Harper Perennial, London, hlm. 226

³⁸ BVA Roling and Antonio Cassesse, *op.cit.*, hlm. 2-3

³⁹ *ibid*

⁴⁰ Yusuf Aksar, 2004, *Implementing International Humanitarian Law: From The Ad Hoc Tribunals to A Permanent International Criminal Court*, Routledge, London & New York, hlm. 16 - 18

humanity, graves breaches of the Geneva, Conventions, and violations of the laws and customs of war ('war crimes') yang dilakukan di dalam wilayah bekas Yugoslavia sejak 1 Januari 1991 sampai dengan tanggal yang akan ditetapkan setelah terlaksananya restorasi perdamaian. Dalam hal ini juga diatur *'Command Responsibility'*, baik yang bersifat aktif maupun pasif (*crimes by omission*). ICTY mempunyai kedudukan *'primacy'* terhadap pengadilan nasional. Peradilan *'in absentia'* tidak dimungkinkan. Dengan asas *'individual criminal responsibility'*, maka tidak dimungkinkan penuntutan pidana terhadap negara, organisasi dan asosiasi.⁴¹

Sedangkan ICTR dibentuk oleh Dewan Keamanan PBB pada bulan November 1994 dan berlokasi di Arusha, Tanzania. ICTR bertujuan untuk menuntut dan mengadili orang-orang yang bertanggung jawab atas terjadinya *'genosida'* dan kejahatan-kejahatan berat lain yang melanggar hukum humaniter internasional di Rwanda atau oleh orang-orang Rwanda di Negara-negara tetangga selama tahun 1994, khususnya yang dilakukan oleh ekstremis suku Hutu terhadap antara 500.000 sampai satu juta suku Tutsi dan orang-orang moderat dari suku Hutu selama kurang lebih 3 bulan.⁴² Yurisdiksi ICTR meliputi kejahatan-kejahatan *'genocide, violations of Common Article 3 of the Geneva Conventions and Additional Protocol II of 1977, and crimes against humanity'*. Seperti halnya ICTY, ICTR juga mempunyai *'concurrent jurisdiction'* dan sekaligus *'primacy jurisdiction'* terhadap pengadilan nasional baik di Rwanda maupun di Negara lain. Peradilan *'in absentia'* juga dilarang. Prinsip *'Individual responsibility'*, juga berlaku. ICTR juga memberlakukan asas *'nebis in idem'*, kecuali apabila karakter perbuatan yang diadili oleh pengadilan nasional tidak berkaitan dengan karakter Statuta Tribunal atau bilamana tidak ada jaminan terhadap sikap tidak memihak (*impartiality*), kebebasan (*independence*) atau peradilan yang efektif dalam pengadilan nasional.

C. **Praktek Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court/ICC*)**

Meskipun lebih dari setengah abad yang lalu komunitas internasional telah menetapkan sistem regional dan internasional untuk perlindungan hak-hak asasi manusia, namun sayangnya hanya sedikit pelaku kejahatan perang yang diadili oleh pengadilan nasional. Kehadiran Mahkamah Pidana Internasional (*the International Criminal Court*) dimaksudkan untuk menjawab permasalahan tersebut demi perlindungan terhadap manusia dan harkat kemanusiaannya. ICC merupakan sarana untuk melengkapi sistem hukum internasional yang tidak mempunyai kesempatan untuk mengadili individu pelaku pelanggaran hak asasi manusia. Sampai pada terbentuknya ICC, hukum internasional hanya mengenal negara sebagai subyek yang dapat berperkara dan diajukan ke depan pengadilan internasional yaitu melalui Mahkamah Internasional (ICJ). ICC menerapkan *'individual responsibility'*, sebagai pengadilan permanen yang juga berusaha memperbaiki kekurangan dan kelemahan dari pengadilan internasional *ad hoc* (seperti ICTY dan ICTR) yang sering dituduh menerapkan keadilan selektif dengan *'tempus'* dan *'locus delicti'* tertentu.

Tujuan ICC adalah untuk bertindak sebagai sarana pencegah terhadap orang yang berencana melakukan kejahatan serius menurut hukum internasional, mendesak pengadilan nasional yang bertanggung jawab secara mendasar untuk mengajukan mereka yang bertanggung jawab terhadap pelanggaran hak asasi manusia, mengupayakan agar para korban pelanggaran hak asasi manusia dan keluarganya bisa memiliki kesempatan untuk mendapatkan keadilan dan

⁴¹ Sementara dalam hukum pidana internasional kontemporer seperti yang dilaksanakan dalam kasus-kasus genosida yang terjadi di Croatia, Bosnia dan Herzegovina, dalam kerangka *'State Responsibility'* ICJ hanya menentukan bahwa suatu Negara diijinkan untuk minta agar Negara yang bertanggung jawab terhadap genosida segera menghentikan perbuatan tersebut terhadap warga negara Negara korban. Selanjutnya menghapuskan (*wipe out*) berbagai akibat genosida dan mengembalikan situasi seperti semula dan memperhatikan hak-hak Negara korban serta warga negaranya, memberikan kompensasi atas segala kerugian yang terjadi.

⁴² Yusuf Aksar, *op.cit.*, 2004, , hlm. 14 - 15

kebenaran, serta untuk memulai proses rekonsiliasi dan melakukan langkah besar untuk mengakhiri masalah pembebasan dari hukuman.

ICC menganut prinsip *complementarity*.⁴³ Berdasar prinsip *complementarity* ini maka ICC hanya sebagai pelengkap pengadilan nasional suatu negara karena negara tersebut sudah mempunyai kewajiban berdasar hukum internasional untuk mengadili individu yang bertanggung jawab atas kejahatan-kejahatan yang terjadi. Mahkamah hanya akan mengadili apabila negara tersebut:

- a. Tidak mampu (*unable*) atau tidak bersedia (*unwilling*), atau
- b. Hanya menjalankan pengadilan pura-pura untuk membebaskan terdakwa dari pertanggung-jawaban pidana
- c. tidak menjalankan pengadilan secara independen (mandiri) dan imparsial (tidak memihak).⁴⁴

Jadi ICC tidak akan mengadili suatu kasus jika kasus sedang diselidiki atau dituntut oleh suatu Negara yang mempunyai yurisdiksi atas kasus tersebut, kecuali jika: (1) Negara tersebut tidak bersedia atau benar-benar tidak dapat melakukan penyelidikan atau penuntutan; (2) langkah-langkah hukum sudah atau sedang dilakukan atau keputusan nasional yang diambil untuk tujuan melindungi orang yang bersangkutan dari tanggung jawab pidana atas kejahatan; (3) ada suatu penangguhan yang tidak dapat dibenarkan dalam langkah-langkah hukum yang tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan pengadilan; atau (4) langkah-langkah hukum dulu atau sekarang tidak dilakukan secara mandiri atau tidak memihak. ICC berbeda dengan ICTY dan ICTR yang menentukan prinsip '*primacy*' terhadap pengadilan nasional, ICC menerapkan prinsip '*complementary*' yang lebih santun. Dalam ICC terdapat pengaturan jelas tentang reparasi korban, termasuk restitusi, kompensasi dan rehabilitasi.⁴⁵

D. Praktek Hukum Nasional

Pengadilan Negeri Banda Aceh telah menyidangkan perkara koneksitas atas Anton Yuliantoro dan kawan-kawan yang semuanya berjumlah 25 orang terdakwa. Pengadilan yang dipilih adalah koneksitas karena pelaku tindak pidana adalah campuran yaitu 24 orang anggota TNI-AD dan 1 orang petani sipil. Terhadap kasus ini tidak banyak referensi prinsip dan norma hukum internasional yang digunakan oleh hakim. Referensi yang digunakan adalah Pasal 7 ayat (1) Statuta Roma yang menyebutkan bahwa penyerangan yang diarahkan pada penduduk sipil berarti suatu tindakan yang melibatkan perbuatan pidana yang berlipat ganda terhadap penduduk sipil, sesuai dengan atau merupakan kelanjutan dari kebijakan suatu negara atau organisasi untuk melakukan penyerangan itu.⁴⁶ Namun demikian, pasal-pasal kejahatan perang belum digunakan baik oleh jaksa penuntut umum dalam melakukan dakwaan maupun hakim dalam memberikan pertimbangan putusannya. Pasal-pasal hukum pidana yang ada dalam KUHP senyatanya tidak cukup menjadi acuan karena konteks tindak pidana yang dilakukan adalah pada situasi yang dikenal sebagai konflik bersenjata. Tindak pidana tersebut dilakukan oleh militer terhadap penduduk sipil yang dicurigai telah ikut terlibat secara langsung dalam pertikaian bersenjata yang terjadi.

Sedangkan dalam Pengadilan HAM Ad Hoc yang digelar untuk kasus Timor-Timur, semua persidangan kurang mendapat kepercayaan internasional sehingga Sekretaris Jendral PBB melayangkan surat kepada Presiden Dewan Keamanan tertanggal 24 Juni 2005 mengenai laporan

⁴³ Pasal 1 dan 17 Statuta Roma 1998

⁴⁴ Pasal 20 ayat (3) Statuta Roma 1998

⁴⁵ Muladi, *op.cit.*, hlm. 14

⁴⁶ Putusan No. 11/PID.B/KONEKS/2000/PB.BNA, atas terdakwa Anton Yuliantoro dkk, hlm. 208

Komisi Ahli yang menyarankan adanya peninjauan ulang (*review*) terhadap pelaksanaan Pengadilan HAM *ad hoc* Timor-Timur. Komisi Ahli menyimpulkan bahwa Pengadilan HAM *ad hoc* tidak memadai, terutama karena ketiadaan komitmen untuk melakukan penghukuman terhadap para pelaku pelanggaran berat HAM, serta kurangnya keahlian, pengalaman, dan pelatihan dalam masalah penyelidikan dan ketidak-cukupan dalam hal penguasaan materi persidangan. Seperti misalnya, Komisi menemui bahwa formulasi kasus terhadap terdakwa dalam dakwaan sangat terbatas dan tidak tersubstantifkan dalam fakta persidangan. Pemilihan saksi juga sangat tidak memuaskan karena sebagian besar adalah terdakwa atau individu yang berafiliasi dengan TNI dan pejabat pemerintahan. Penuntutan tidak mempergunakan dokumen mengenai bukti-bukti dan kesaksian-kesaksian yang ada yang dihasilkan oleh KPP HAM dan Unit Penyelidik Kejahatan Serius sehingga secara signifikan penyelidikan dan penuntutan diletakkan pada saat ketika tidak adanya suatu bukti yang tidak ada *political will* dan tidak adanya dukungan moral atas penyelidikan ini. Komisi juga berpendapat bahwa performa dan perilaku hakim tidak mendukung suasana persidangan yang kredibel. Terdapat ketidak-memadai fasilitas dan langkah-langkah hukum untuk melindungi saksi korban terutama yang berasal dari Timor-Timur. Komisi juga menilai putusan yang dinyatakan inkonsisten antara dakwaan dan temuan faktual di persidangan yang dihasilkan oleh penerapan teknik persidangan yang bias, perbedaan interpretasi terhadap masalah serta kurangnya kemauan atau paling tidak untuk penggunaan yurisprudensi internasional dan praktek-praktek yang memadai dalam melakukan evaluasi analisis dari fakta dan hukum. Komisi Ahli juga menyatakan bahwa proses hukum tidak efektif dalam menyampaikan keadilan bagi korban pelanggaran berat HAM.⁴⁷ Kegagalan untuk melakukan penyelidikan dan penghukuman bagi para terdakwa dalam cara yang kredibel tidak membawa pada peningkatan akuntabilitas dari mereka yang memikul tanggung jawab terbesar atas pelanggaran serius tersebut. Berbagai aspek dari proses hukum pengadilan HAM tidak mampu menampilkan penghormatan sewajarnya bagi standar internasional dalam masalah serupa.⁴⁸

Jika dikaji maka dapat disimpulkan bahwa ketentuan-ketentuan yang ada dalam KUHP tersebut bukanlah ketentuan kejahatan perang seperti yang dimaksudkan untuk melindungi korban perang dan membatasi penggunaan metode dan sarana berperang seperti penggunaan senjata tertentu dalam rangka meminimalkan penderitaan yang dirasakan oleh korban. Ketentuan-ketentuan tersebut tidak sesuai dengan ide pengaturan kejahatan perang dan hanya merupakan ketentuan/ pengaturan yang terjadi dalam situasi perang bagi kepentingan negara yang berperang bukan didasari oleh jiwa kemanusiaan secara universal.

Ketentuan-ketentuan kejahatan perang juga termuat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Militer (KUHPM) yang antara lain ketentuan yang berkaitan dengan larangan menyerang orang yang sudah tidak berdaya karena luka, sakit atau menyerah, namun demikian ketentuan mengenai hal ini tidak secara tegas disebut. Pasal 238 ayat (1) hanya menyebutkan, "Barangsiapa melakukan kekerasan terhadap seorang yang telah mati, sakit atau mendapat luka-luka dalam pertempuran, orang-orang mana termasuk dalam angkatan perang dari salah satu pihak yang sedang berperang...", sehingga dapat dikatakan bahwa sebenarnya ketentuan ini tidak secara khusus mengatur penyerangan terhadap orang yang sudah tidak berdaya karena luka, sakit atau menyerah sebagaimana yang dimaksud dalam Konvensi Jenewa 1949. Subyek yang dapat dimintai tanggung jawab terhadap larangan ketentuan ini adalah semua orang yang bekerja pada angkatan

⁴⁷ www.laohamutuk.org/reports/UN/UNDocs/2006/SGRept06_580.pdf, diakses tanggal 21 Januari 2009

⁴⁸ Eve La Haye, 2008, *War Crimes in Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, hlm. 265-266

perang atau dalam hubungan dinas atau yang seizin penguasa tentara menyertai atau mengikutinya.⁴⁹

Sementara ketentuan mengenai larangan menyerang atau melukai tahanan (atau orang yang dibawah kuasanya) tercantum pada Pasal 131 ayat (1), "Anggota tentara, yang di dalam dinas dengan sengaja memukul, menumbuk atau dengan cara lain menyebabkan sakit atau mengancam dengan tindakan yang disertai dengan kekerasan seorang bawahan, dihukum dengan hukum penjara selama-lamanya empat tahun."⁵⁰ Ketentuan-ketentuan tersebut tidak sama dengan yang dimaksudkan oleh Hukum Humaniter Internasional, karena apa yang diatur dalam ketentuan Pasal 131 KUHPM peruntukannya adalah larangan atas pelanggaran terhadap bermacam-macam kewajiban dinas. Berkaitan dengan hal tersebut adalah larangan membiarkan atau menyebabkan tahanan (atau orang yang dibawah kuasanya) menjadi mati atau tersiksa. Ketentuan yang terkait dengan masalah ini adalah ketentuan dalam Pasal 132 yang menyatakan bahwa, "Anggota tentara yang dengan sengaja mengizinkan seorang bawahan melakukan kejahatan, atau yang menyaksikan sendiri suatu kejahatan yang dilakukan oleh seorang bawahan dengan sengaja mengalpakan untuk mengambil tindakan-tindakan kekerasan sekedarnya yang diharuskan untuk kepentingan perkara itu terhadap pembuat, dihukum dengan hukuman yang sama seperti pembantu."⁵¹

Larangan menyerang objek-objek yang dilindungi oleh Hukum Humaniter Internasional yang terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Militer tidak dirumuskan secara khusus demikian. Pasal 137 ayat (1) hanya menenentukan,

Dihukum dengan hukuman mati, hukuman penjara seumur hidup atau hukuman penjara selama-lamanya duapuluh tahun, anggota tentara yang termasuk dalam angkatan perang yang telah disiapkan untuk perang, secara berserikat, baik melakukan kekerasan terhadap seorang atau orang-orang, maupun dengan sengaja dan melawan hak membinasakan, merusak, membuat tidak dapat dipakai atau menghilangkan sesuatu barang yang seluruhnya atau sebagian termasuk kepunyaan orang lain, dan pada waktu melakukan perbuatan itu menyalahgunakan atau mengancam dengan mempergunakan kekuasaan, kesempatan atau alat yang aada sebagai anggota tentara.⁵²

Dari uraian tersebut diatas dapat disimpulkan bahwa ketentuan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Militer masih belum menyentuh aspek hukum humaniter internasional karena lebih mengarah kepada internal tentara itu sendiri. Untuk itu kiranya Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Militer perlu ditinjau kembali dengan mengaitkannya dengan hukum humaniter internasional dan melakukan perbandingan dengan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Militer negara-negara lain, dengan harapan agar Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Militer nasional yang hendak diperbaharui benar-benar berkualitas dan adaptif dengan instrumen-instrumen internasional.

⁴⁹ Pasal 138 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Militer

⁵⁰ Pasal 131 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Militer.

⁵¹ Pasal 132 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Militer.

⁵² Pasal 137 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Militer.

DAFTAR PUSTAKA

- Anonim, Roichatul Aswidah & Sondang Friska Simanjuntak (penyusun), 2007, *Glosari Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat*, Elsam, Jakarta
- Aksar, Yusuf, 2004, *Implementing International Humanitarian Law: From The Ad Hoc Tribunals to A Permanent International Criminal Court*, Routledge, London & New York
- Arlina Permanasari dkk, 1999, *Pengantar Hukum Humaniter*, ICRC, Jakarta
- Bassiouni, M. Cherif, 1992, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London
- Boas, Gideon, James L. Bischoff, and Natalie L. Reid., 2007, *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, New York
- Blishchenko, Igor P, 1988, *Responsibility in Breaches of International Humanitarian Law dalam International Dimension of Humanitarian Law*, Netherland, Martinus Nijhoff Publisher
- Cryer, Robert, "General Principles of Liability in International Criminal Law", dalam Mc.Goldrick, Dominic, 2004, Peter Rowe and Eric Donnely (editor), *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Hart Publishing, Oxford
- de THAN, Claire & Shorts, Edwin, 2003, *International Criminal Law and Human Right*, Sweet & Maxwell, London
- Dinstein, Yoram, 2004, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge
- Fadillah Agus & Lies Siregar (penerj), tanpa tahun, *Penghormatan terhadap Hukum Humaniter Internasional. Rama Krido Karya*, Jakarta
- Ferdinandusse, Ward N., 2006, *Direct Application of International Criminal law in National Courts*, TMC Asser Press, The Hague
- Ferstman, Carla; Goetz, Mariana, & Stephens, Alan (Editor), 2009, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against humanity: System in Place and System in the Making*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston
- F. Sugeng Istanto, 1990, *Intisari Hukum Humaniter Internasional*, Palang Merah Indonesia, Yogyakarta
- Haug, Hans, 1993, *Humanity for All*, International Committee of the Red Cross, Geneva

Henckaerts, Jean-Marie and Beck, Louis Doswald, 2005, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge

Kadri, Sadakat, tanpa tahun, *The Trial*, Harper Perennial, London

KGPH Haryomataram, 1994, *Sekelumit tentang Hukum Humaniter*, Sebelas Maret university Press, Solo

Kwakwa, Edward K., 1991, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Kluwer Academic Publishers, London

Muladi, Peradilan Hak Asasi Manusia dalam Konteks Nasional dan Internasional,
<http://www.lfip.org/english/pdf/bali-seminar/Pengadilan%20ham%20dalam%20konteks%20nasional%20dan%20internasional%20-%20muladi.pdf>, diakses tanggal 23 Februari 2009

Roling, BVA and Cassesse, Antonio, 1993, *The Tokyo Trial and Beyond*, Polity Press, Cambridge



UNIVERSITAS GADJAH MADA
FAKULTAS HUKUM



ICRC

SERTIFIKAT

DIBERIKAN KEPADA

DR. YUSTINA TRIHONI NALESTI, S.H., M.HUM

ATAS PARTISIPASINYA SEBAGAI

PEMBICARA

DALAM

“INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW BASIC COURSE”

YANG DISELENGGARAKAN ATAS KERJASAMA
KOMITE INTERNASIONAL PALANG MERAH (ICRC)
DAN

FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS GADJAH MADA

YOGYAKARTA, 27-30 AGUSTUS 2013

DEKAN
FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS GADJAH MADA



DR. PARIPURNA, S.H., M.HUM., LL.M.

KEPALA DELEGASI REGIONAL ICRC
UNTUK INDONESIA & TIMOR LESTE

FREDERIC FOURNIER