

I. PENDAHULUAN

Dengan diundangkannya Undang-undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Nomor 4026 tahun 2000), maka diberlakukan pula tindak pidana baru ke dalam hukum Indonesia, yakni tindak pidana pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Tindak pidana ini terdiri dari:

- (1) Kejahatan Genosida (Pasal 8),
- (2) Kejahatan Terhadap Kemanusiaan (Pasal 9).

Tetapi karena Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia tidak dilengkapi dengan penjelasan terhadap unsur-unsur pidana atas tindak pidana tersebut, maka dalam praktik penerapannya seringkali terjadi kesimpangsiuran di antara aparaturnya penegak hukum dalam memahami dan menginterpretasikan undang-undang tersebut. Hal ini menyebabkan efektifitas pelaksanaan undang-undang ini menjadi terhambat. Oleh karena itu, dipandang perlu membuat suatu pedoman yang akan menjadi rujukan atau pegangan bagi seluruh aparaturnya penegak hukum dalam melaksanakan Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Seperti diketahui bersama, Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia banyak mengadopsi materi hukum yang terdapat dalam lapangan hukum pidana internasional. Khususnya yang diadopsi dalam undang-Undang adalah, tindak pidana internasional yang diatur dalam “Statuta Roma” tentang Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court*), yakni (a) genosida (*genocide*); dan (b) kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*). Selain itu, Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia juga mengadopsi konsep pertanggungjawaban pidana komando dan atasan atau *command and superior criminal responsibility* (pasal 42), yang juga berasal dan berkembang dalam yurisprudensi hukum pidana internasional. Oleh karena itu, penyusunan buku pedoman ini sedapat mungkin mengacu kepada sumber-sumber hukum tersebut.

Pedoman ini memuat uraian yang rinci mengenai unsur-unsur tindak pidana yang dimaksud. Untuk mempermudah mengikuti uraiannya, pedoman ini disusun dalam sistematika sebagai berikut:

- I. PENDAHULUAN**
- II. KEJAHATAN GENOSIDA**
 - A. PENGANTAR
 - B. UNSUR-UNSUR UMUM KEJAHATAN GENOSIDA
 - C. UNSUR-UNSUR TINDAK PIDANA YANG TERMASUK DALAM KEJAHATAN GENOSIDA
- III. KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN**
 - A. PENGANTAR
 - B. UNSUR-UNSUR UMUM KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN
 - C. UNSUR-UNSUR TINDAK PIDANA DALAM TINDAK PIDANA YANG TERMASUK DALAM KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN
- IV. PERTANGGUNGJAWABAN KOMANDO**
 - A. PENGANTAR
 - B. UNSUR-UNSUR PERTANGGUNGJAWABAN KOMANDO

II. KEJAHATAN GENOSIDA

A. PENGANTAR

Istilah Genosida berasal dari seorang sarjana yang bernama *Raphael Lemkin*¹. Ia adalah orang yang pertama kali mengajukan istilah tersebut ke konferensi internasional tahun 1933 untuk memasukkan tindakan “serangan terhadap kelompok bangsa agama, dan etnis” sebagai kejahatan internasional. *Lemkin*, yang bekerja di Departemen Urusan Perang (*War Ministry*) Amerika Serikat, mempopulerkan istilah genosida yang berasal dari bahasa Yunani “*genos*” – yang berarti ras/suku-, dan kata “*cide*” dari bahasa Latin yang berarti pembunuhan. Dia juga mengatakan bahwa istilah “*etnocide*” mempunyai arti yang sama karena “*etno*” berarti bangsa dan “*cide*” berarti pembunuhan.

Menurut Lemkin :

“Genosida berarti pemusnahan kelompok etnis. Secara umum, Genosida tidak harus berarti pemusnahan yang segera terhadap suatu bangsa. Ini diartikan sebagai adanya unsur niat yang sudah direncanakan lebih dahulu melalui berbagai tindakan yang ditujukan untuk menghancurkan fondasi utama kehidupan kelompok suatu bangsa. Cara pelaksanaannya biasanya dengan cara memecah belah institusi politik dan sosial, budaya, bahasa, perasaan kebangsaan, agama dan lain-lain... dan pemusnahan terhadap keamanan pribadi, kemerdekaan, kesehatan, martabat dan bahkan kehidupan individu dari suatu kelompok...”

Sebelum kejahatan ini diatur secara tersendiri dalam Konvensi Genosida 1948, Mahkamah Kejahatan Perang di Nuremberg 1945 dalam Statutannya memasukannya ke dalam kejahatan terhadap kemanusiaan walaupun tidak digunakan istilah “genosida”.

Kejahatan genosida telah diakui sebagai norma hukum kebiasaan internasional yang berarti bahwa norma tersebut mengikat semua negara tanpa melihat apakah negara yang bersangkutan peratifikasi Konvensi Genosida atau bukan. Bahkan norma ini sudah merupakan *ius cogens* (*peremptory norms*) yaitu norma yang paling memaksa dalam hukum internasional.² Selain itu, untuk kejahatan genosida tidak dikenal adanya kadaluwarsa sebagaimana halnya dengan kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan.³

Dalam Konvensi Genosida tahun 1948 tentang Pencegahan dan Penghukuman bagi kejahatan genosida, dijelaskan bahwa genosida adalah “tindakan yang dilakukan untuk menghancurkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, etnis, ras dan agama”. Tindakan itu mencakup antara lain pembunuhan; mengakibatkan penderitaan serius terhadap jiwa dan mental; sengaja menciptakan kondisi kehidupan yang bertujuan untuk

¹ Roy Gutman and David Rief, *Crimes of War : What the Public Should Know*, W.W Norton Company New York, 1999, p. 192-194

² Aturan mengenai *Ius Cogens* bisa dilihat dalam Pasal. 56 Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional.

³ Pasal 1(b) 1968 *Convention on Non-Applicability of Statutory Limitation to War Crimes and Crimes Against Humanity* menyatakan statuta ini berlaku bagi kejahatan terhadap kemanusiaan baik yang terjadi pada saat damai maupun konflik bersenjata seperti yang diatur dalam Piagam Nuremberg serta kejahatan genosida seperti yang diatur dalam Konvensi Genosida 1948

melakukan kemusnahan secara fisik baik sebagian maupun seluruhnya. Konvensi ini tidak hanya melarang segala bentuk perbuatan kejahatan genosida, namun juga melarang segala bentuk tindakan yang “mengarahkan dan menghasut publik untuk melakukan genosida”. Hal yang sama juga diatur dalam Pasal 41 Undang-Undang No.26/2000 di mana percobaan, permufakatan jahat serta pembantuan untuk melakukan kejahatan ini dipidana dengan pidana yang sama dengan pelaku kejahatan genosida.⁴

Pada saat terjadi kejahatan genosida di Rwanda, terbukti telah terjadi penghasutan untuk melakukan kejahatan tersebut melalui siaran radio oleh suku Hutu. Apa yang telah mereka lakukan, baik mempersiapkan ladang pembunuhan, hingga mengajak para pendengar radio untuk terus membunuh penduduk sipil suku Tutsi adalah tindakan yang sangat bertentangan dengan hukum internasional.

Hakim *Laity Kama* dari ICTR dalam kasus *Kambanda*⁵ mengatakan kejahatan yang dilakukan oleh Kambanda adalah merupakan “*the crimes of the crimes*”.

Dalam perkembangannya, setelah *International Criminal Tribunal for Rwanda*⁶ banyak melakukan penuntutan terhadap para pelaku kejahatan genosida di Rwanda, pada tahun 1998 Statuta Roma mencantumkan kejahatan ini sebagai salah satu yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional⁷. Demikian pula Undang-Undang No.26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, memasukan genosida sebagai salah satu kejahatan yang termasuk ke dalam yurisdiksinya (Pasal 8), yang diadopsi dari Statuta Roma.

B. UNSUR-UNSUR UMUM KEJAHATAN GENOSIDA⁸ **(Pasal 8 Undang-undang Nomor 26 Tahun 2006 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia)**

1. dengan maksud

Pasal 8 memberikan definisi yang singkat dan disertai dengan penyebutan satu-persatu dari lima tindak pidana yang termasuk dalam kategori Genosida. Esensi dari definisi ini adalah gambaran tentang perlunya maksud yang spesifik. Pelaku harus memiliki maksud untuk melakukan pemusnahan, sebagian atau seluruhnya, salah satu dari keempat kelompok yang dilindungi walaupun ketika ia melaksanakan maksudnya itu tidak selesai. .

ICTR ketika mengadili *Akayesu*, menyatakan bahwa “Pengadilan menimbang bahwa unsur niat adalah faktor mental yang sangat sulit bahkan tidak mungkin untuk

⁴ Pasal 41 Undang-undang 26/2000 menyatakan : 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.

⁵ *Prosecutor vs Kambanda*, Case No. ICTR-97-23 (Trial Chamber), September 4, 1994

⁶ Untuk selanjutnya disebut sebagai ICTR, dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB no.955, tanggal 8 November 1994

⁷ Untuk selanjutnya disebut sebagai ICC, dibentuk berdasarkan Statuta Roma tahun 1998

⁸ Acuan utama referensi : Otto Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observer's Note, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999

ditentukan. Namun, didasarkan pada kesaksian dari para terdakwa, niat dapat disimpulkan dari faktor-faktor sebagai berikut diantaranya ⁹:

- “adanya konteks umum bahwa tindak pidana baik yang dilakukan pelaku yang sama atau berbeda, secara sistematis ditujukan terhadap kelompok yang sama”
- “skala kekejaman yang dilakukan”
- “bentuk umum (*general nature*) dari kekejaman yang terjadi di wilayah/negara tertentu”
- “kenyataan bahwa tindakan dilakukan dengan sengaja dan sistematis dengan sasaran korban yang didasarkan pada keanggotaan dari suatu kelompok tertentu dan tidak menargetkan kelompok lainnya”
- “adanya doktrin/kebijakan yang menimbulkan perbuatan tersebut”
- “adanya tindakan penghancuran yang berulang-ulang yang ditujukan secara diskriminatif ”

Hal ini ditegaskan kembali dalam Keputusan *Kayishema* dan *Ruzindana*, di mana Pengadilan menyatakan beberapa indikasi dari niat, antara lain:

- “jumlah anggota kelompok yang menjadi korban”
- “sasaran fisik dan hak milik dari anggota kelompok”
- “senjata yang digunakan dan luka serius yang meluas”
- “cara-cara merumuskan perencanaan”
- “cara pembunuhan yang sistematis”
- “tindakan percobaan untuk menghancurkan suatu kelompok”

Unsur dengan maksud juga dapat dilihat dalam Pasal 30 Statuta Roma¹⁰ dan sebagai perbandingan juga dapat dilihat dalam Pasal 53 (1) KUHP¹¹.

2. menghancurkan atau meusnahkan seluruhnya atau sebagian

Berkaitan dengan kata-kata “menghancurkan atau memusnahkan”, sebagai catatan, dalam teks asli Statuta Roma istilah yang digunakan adalah “*to destroy*”

⁹ Lihat *Prosecutor vs Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), September 2, 1998, para.500-501. Lihat juga *Prosecutor vs Kayishema and Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T (Trial Chamber), May 21, 1999, para. 93 dan 527.

¹⁰ *Pasal 30 : Unsur Mental*

1. Kecuali kalau ditetapkan lain, seseorang bertanggung jawab secara pidana dan dapat dijatuhi hukuman atas suatu kejahatan yang berada dalam yurisdiksi Mahkamah hanya kalau unsur materiil itu dilakukan dengan sengaja dan sadar.
2. Untuk keperluan pasal ini, seseorang mempunyai maksud apabila:
 - (a) Dalam hubungan dengan perbuatan, orang tersebut bermaksud untuk ikut serta dalam perbuatan itu;
 - (b) Dalam hubungan dengan akibat, orang tersebut bermaksud untuk menimbulkan konsekuensi itu atau menyadari bahwa hal itu akan terjadi dalam jalannya peristiwa yang biasa.
3. Untuk keperluan pasal ini “pengetahuan” berarti kesadaran bahwa suatu keadaan ada atau suatu konsekuensi akan terjadi dalam perkembangan kejadian yang biasa. “Mengetahui” dan “dengan maklum (*knowingly*)” harus ditafsirkan sesuai dengan itu.

¹¹ Pasal 53(1) KUHP : Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan dan tidak selesainya pelaksanaan itu bukan semata-mata disebabkan kehendaknya sendiri.

(menghancurkan). Penggunaan istilah “memusnahkan” dirasakan berlebihan sehingga mengundang multi interpretasi. Dalam Keputusan Kasus *Akayesu*¹², dinyatakan bahwa “penyusun Konvensi Genosida... secara tegas memilih kata “menghancurkan” agar hanya mencakup pengertian tindakan-tindakan yang menimbulkan genosida dalam artian fisik dan biologi.

Kejahatan Genosida dapat dilakukan terhadap baik “seluruhnya maupun sebagian”. Penyusun Konvensi ini berusaha untuk menghindari 2 konsekuensi sebagai berikut : Pertama, bahwa kejahatan genosida tidak mencakup kejahatan yang bermotif rasial semata. Tahun 1982, Resolusi Majelis Umum PBB menggambarkan pembunuhan besar-besaran yang terjadi di Sabra dan Shatilla sebagai kejahatan genosida, dimana korbannya berjumlah di bawah seratus. Pihak oposisi dari berbagai negara menganggap bahwa hal itu sebagai penyalahgunaan istilah yang dapat memperlemah nilainya sebagai suatu preseden. Catatan kaki yang ditambahkan oleh Kelompok Kerja Panitia Persiapan Statuta Roma pada bulan Februari 1997 menyetujui istilah ‘*dengan maksud melakukan penghancuran*’ baik sebagian maupun seluruhnya ”... suatu kelompok, dimaksudkan sebagai suatu niat yang spesifik untuk menghancurkan individu dalam jumlah yang besar yang merupakan anggota dari suatu kelompok”. Kedua, kata-kata “seluruh atau sebagian” mengindikasikan bahwa pelaku tidak perlu bermaksud untuk menghancurkan seluruh anggota kelompok tetapi cukup sebagian saja. Namun demikian, sebagian anggota Panitia Persiapan mengajukan permintaan klarifikasi mengenai istilah “sebagian” yang hingga saat ini belum ada penjelasannya.

Dalam kasus *Krstic*¹³ dinyatakan: “Setiap perbuatan yang bermaksud untuk menghancurkan sebagian dari suatu kelompok dinyatakan sebagai suatu kejahatan genosida sebagaimana dimaksud dalam konvensi genosida.”

Maksud untuk menghancurkan suatu kelompok walaupun hanya sebagian, diartikan sebagai hendak menghancurkan bagian tertentu dari suatu kelompok, yang dapat dibedakan dari hanya sebagai suatu akumulasi dari individu-individu dalam kelompok tersebut. Walaupun pelaku kejahatan genosida tidak bermaksud untuk menghancurkan seluruh kelompok tertentu yang dilindungi oleh Konvensi, namun mereka harus beranggapan bahwa bagian dari kelompok yang hendak dihancurkan tersebut merupakan suatu entitas tersendiri yang harus dimusnahkan.

“Sebagian” mensyaratkan adanya niat untuk menghancurkan sejumlah individu tertentu yang merupakan bagian dari suatu kelompok.(kasus *Kayishema dan Ruzindana*)

Dalam kasus *Bagilishema*¹⁴, pengadilan menyetujui pernyataan dari *International Law Commission (ILC)* bahwa ‘niat harus ditujukan untuk menghancurkan suatu kelompok, dalam hal ini adalah suatu entitas terpisah atau tersendiri, dan tidak hanya semata-mata individu-individu yang merupakan anggota dari kelompok tertentu.’ Walaupun penghancuran tidak perlu ditujukan kepada semua anggota kelompok yang dimaksud, Pengadilan mempertimbangkan bahwa niat untuk melakukan penghancuran harus ditujukan setidaknya kepada bagian yang substansial (*substantial part*) dari kelompok tersebut.

¹² Lihat *Akayesu*, September 2, 1998, para. 731

¹³ *Prosecutor vs Krstic*, Case No. IT-98-33 (Trial Chamber), August 2, 2001, para.584 dan 590

¹⁴ *Prosecutor vs Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-T (Trial Chamber), June 7, 2001, para.64

3. kelompok yang dilindungi

Ada empat kelompok yang memiliki potensi untuk dijadikan sasaran kejahatan genosida. Kelompok tersebut adalah yang didasari oleh kebangsaan, etnisitas, ras dan agama. Seperti yang dinyatakan oleh Pengadilan dalam kasus *Krstic* bahwa : “Konvensi Genosida tidak melindungi semua jenis kelompok manusia. Yang dilindungi hanyalah kelompok yang didasari oleh kebangsaan, etnisitas, ras dan agama.”

Dalam Keputusan kasus *Akayesu* dijelaskan bahwa :

- a. kelompok kebangsaan : sekumpulan orang-orang yang dianggap memiliki keterikatan secara hukum yang didasarkan kepada kewarganegaraan yang sama sejalan dengan hak dan kewajibannya secara timbal balik.
- b. kelompok etnis : kelompok di mana para anggotanya memiliki kesamaan bahasa dan budaya atau suatu kelompok yang mengidentifikasi dirinya memiliki identitas tersendiri atau suatu kelompok yang diidentifikasi oleh orang lain termasuk kelompok para pelaku kejahatan.
- c. kelompok ras : biasanya ditandai oleh kesamaan ciri fisik dan rohani.

Mengenai kelompok agama, khususnya di Indonesia, adalah juga termasuk agama-agama di luar lima agama yang diakui di Indonesia. Karena berdasarkan UUD 1945, Pasal 29 secara jelas menyatakan bahwa kebebasan beragama dijamin di Indonesia.

Sedangkan kelompok yang didasari oleh penggunaan bahasa ditolak untuk masuk ke dalam daftar yang dilindungi Konvensi karena akan dirasakan berlebihan. Pengelompokan berdasarkan pertimbangan ekonomi, sosial dan politik juga tidak masuk ke dalam kelompok yang dilindungi oleh Konvensi, dengan alasan mereka tidak harus dilindungi berdasarkan peristilahan “*group*” yang digunakan dalam Konvensi. Terdapat usulan untuk memperluas pengertian “kelompok” dalam perumusan kejahatan genosida ketika berlangsungnya sidang-sidang pembentukan Statuta Roma. Panitia Persiapan membuat catatan tentang kemungkinan dimasukkannya kelompok politik dan sosial ke dalam konteks kejahatan terhadap kemanusiaan. Tetapi usulan ini ditolak keras dan dalam perdebatan di Panitia Lengkap di Roma, Kuba mengusulkan agar kelompok sosial dan politik ini dimasukkan namun delegasi Irlandia kemudian menjawabnya dengan menyatakan bahwa perubahan definisi itu bisa dibahas di masa mendatang ketika akan dirumuskan Konvensi Genosida yang baru.

Dalam interpretasi hukumnya, ICTR menyatakan bahwa kelompok yang dilindungi tersebut termasuk ke dalam daftar *ejusdem generis*¹⁵, termasuk juga semua “kelompok yang stabil/tetap (*stable groups*), yang tercermin dari kebiasaan/adat istiadatnya yang permanen/tetap (*constituted in a permanent fashion*)” serta kelompok yang keanggotaannya ditentukan oleh kelahirannya.

4. dengan cara-cara sebagai berikut

Kata “dengan cara” yang tercantum pada bagian akhir paragraf pertama dari pasal 8, dimaksudkan untuk mencari jalan ke luar atas kebuntuan yang terjadi di antara beberapa panitia penyusun yang beranggapan bahwa seharusnya ada persyaratan motif yang jelas untuk mencegah kebingungan tentang pembuktian unsur-unsur yang penting

¹⁵ *Ejusdem generis* adalah bentuk, jenis, kelas yang sama, dalam suatu konstruksi peraturan, ketika suatu kata/ungkapan yang umum harus diartikan hanya kepada orang-orang/benda-benda dengan jenis yang sama. Misalnya : ternak → sapi, kambing, kuda, babi, dll. Dikutip dari *Blacks Law Dictionary*, 7th Edition, Bryan A Garner (Editor in Chief), West Paul, Minn, 1999.

dari suatu kejahatan genosida. Namun hal itu tetap saja dianggap membingungkan, dan tidak dapat membuktikan tentang ada tidaknya motif-motif yang bersifat genosida yang merupakan unsur penting dari kejahatan tersebut.

5. anak-anak

Statuta Roma menentukan bahwa yang disebut dengan anak-anak adalah mereka yang berusia di bawah 18 tahun¹⁶. Walaupun dalam beberapa ketentuan internasional maupun nasional ada perbedaan dalam penentuan usia anak-anak. Misalnya hukum humaniter memperkenankan rekrutmen menjadi kombatan pada usia 15 sampai 18 tahun, selama tidak ditempatkan di garis depan¹⁷. Konvensi Hak Anak yang telah diratifikasi Indonesia juga menentukan usia anak-anak adalah yang berusia di bawah 18 tahun¹⁸. Demikian juga dengan KUH Pidana yang mengatur bahwa usia anak-anak adalah 16 tahun dan dalam Undang-Undang 23/2000 tentang perlindungan anak usia anak-anak di bawah 18 tahun.

C. UNSUR-UNSUR TINDAK PIDANA YANG TERMASUK DALAM KEJAHATAN GENOSIDA

Dalam paragraf pertama Pasal 8 UU No 26 Tahun 2000 disebutkan kelima tindak pidana yang digolongkan sebagai genosida. Tindakan-tindakan tersebut meliputi genosida secara fisik dan biologi, tetapi tidak genosida secara kultural, di mana genosida seperti ini secara sengaja dihapuskan oleh para penyusun Konvensi Genosida tahun 1948.

ICTY dalam kasus *Krstic*¹⁹ menyatakan bahwa : “Hukum Kebiasaan Internasional membatasi definisi genosida sebagai tindakan-tindakan penghancuran secara biologi dan fisik terhadap sebagian atau seluruh anggota kelompok tertentu.”

Para penyusun Konvensi juga pernah menolak permohonan perubahan yang diajukan Syria, yang ingin menambahkan tindakan “memaksakan langkah-langkah yang mewajibkan anggota suatu kelompok untuk meninggalkan rumah mereka dengan tujuan untuk menyelamatkan diri dari ancaman perlakuan yang tidak manusiawi” yang kemudian dikenal sebagai ‘*pembersihan etnis*’. Berbagai perdebatan panjang²⁰ muncul

¹⁶ Roy S Lee, *The International Criminal Court : Elements of Crimes and Rule of Procedure and Evidence*, Transnational Publisher, 2000, p.54.

¹⁷ Pasal 77 (2) Protokol Tambahan I 1977 menyatakan : “...anak-anak di bawah usia 15 tahun dilarang untuk ikut serta secara langsung dalam pertempuran, dan khususnya anak-anak yang demikian tidak boleh direkrut untuk menjadi anggota angkatan bersenjata. Dalam merekrut anak-anak di usia antara 15-18 tahun, para pihak harus memprioritaskan anak-anak yang usianya paling tua”

¹⁸ Pasal 1 Konvensi Hak Anak menyatakan bahwa : Untuk tujuan Konvensi ini, seorang anak berarti setiap manusia di bawah usia 18 tahun, kecuali apabila menurut hukum yang berlaku bagi anak tersebut ditentukan bahwa usia dewasa dicapai lebih awal.

¹⁹ Prosecutor vs *Krstic*, Case No. IT-98-33 (Trial Chamber) August 2, 2002

²⁰ Komite Ahli untuk Bekas Negara Yugoslavia menyatakan bahwa tindakan tersebut di atas merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan dan juga dapat dipersamakan sebagai kejahatan perang yang spesifik. Namun dalam perkembangannya, tindakan tersebut juga menjadi bagian dalam tindakan yang bersifat genosidal. Pendapat Hakim *Riad* dari ICTY, tindakan ‘pembersihan etnis’ dapat dimasukkan kedalam karakteristik genosidal karena ada niat untuk menghancurkan sebagian atau seluruh kelompok bangsa, etnis, ras dan pemeluk agama yang merupakan kejahatan genosida. Contohnya pembunuhan massal terhadap kaum muslim yang terjadi setelah keruntuhan Srebrenica bulan Juli 1995. Dalam keputusan kasus *Tadic*, Pengadilan menyatakan tentang kekejaman ‘pembersihan etnis’ tapi ia tidak menyebutkan tindakan tersebut sebagai kejahatan genosida. Namun dalam *Trial Chamber II*, disarankan bahwa tindakan *Tadic* bisa juga

mengenai dimasukkan atau tidaknya pembersihan etnis ke dalam definisi kejahatan genosida, namun perdebatan panjang itu menjadi tidak begitu penting lagi khususnya dalam konteks ICC dan juga aturan pasal 8 UU no.26/2000, karena tindakan tersebut sudah tercakup dalam pasal 7 Statuta Roma dan pasal 9 UU No. 26 Tahun 2000 mengenai kejahatan terhadap kemanusiaan.

Unsur-unsur umum yang harus dipenuhi dari kesemua unsur tentang cara-cara dilakukannya perbuatan genosida adalah :

1. Korban berasal dari kelompok bangsa, etnis, ras atau agama tertentu.
2. Pelaku tersebut berniat untuk menghancurkan, baik seluruh maupun sebagian, kelompok bangsa, etnis, ras atau agama tertentu tersebut.

Selanjutnya di bawah ini akan dibahas mengenai unsur-unsur dari setiap perbuatan yang dikategorikan sebagai kejahatan genosida yaitu :

1. melakukan pembunuhan terhadap anggota kelompok (Pasal 8 huruf a)

Unsur-unsur spesifik pembunuhan²¹ adalah pelakunya membunuh (*kill*)²² satu orang atau lebih.

Dalam kasus *Akayesu*²³ yang diadili oleh ICTR, Pengadilan menyatakan bahwa :
“Statuta versi Perancis menggunakan istilah ‘*meurtre*’ sementara Statuta versi Inggris menggunakan istilah ‘*kill*ing’. Pengadilan menyatakan bahwa istilah “pembunuhan (*kill*ing)” adalah terlalu umum, karena di dalamnya juga dimungkinkan bentuk pembunuhan yang tidak disengaja dan yang disengaja, sementara istilah ‘*meurtre*’ lebih jelas artinya. Kemudian, Pengadilan menyatakan bahwa ‘*meurtre*’ adalah pembunuhan yang dilakukan dengan niat untuk menyebabkan kematian.

Masih berhubungan dengan penggunaan istilah “*pembunuhan*”, ICTR dalam mengadili *Rutanganda*²⁴ menyatakan :

“Pasal 2(2)(a) Statuta, yang diadopsi dari aturan Konvensi Genosida, menggunakan istilah ‘*meurtre*’ dalam versi Perancis dan ‘*kill*ing’ dalam versi Inggrisnya. Dengan mendasari pada praduga tidak bersalah dan prinsip-prinsip Hukum Pidana umum, Pengadilan berpendapat bahwa istilah yang digunakan untuk tersangka adalah istilah yang paling meringankan baginya. Pasal 2(2)(a) Statuta harus diinterpretasikan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Rwanda, yakni dalam Pasal 311 yang mengatur bahwa ‘Pembunuhan (*homicide*) yang dilakukan dengan niat untuk menyebabkan kematian harus dianggap sebagai Pembunuhan (*murder*).”

Namun dewasa ini, telah diterima secara umum, bahwa berdasarkan konteks dari Konvensi Genosida secara keseluruhan, pembunuhan yang dimaksudkan bukanlah termasuk pembunuhan yang tidak disengaja, karena belum pernah ada praktek hukum

dituntut sebagai kejahatan genosida. Hakim Ad Hoc *Elihu Lauterpacht* dari ICJ, dalam pendapat pribadinya menyatakan bahwa “pemindahan penduduk secara paksa yang biasa dikenal dengan ‘pembersihan etnis’ tidak dapat dikatakan sebagai ‘bentuk lain dari tindakan genosida yang sudah disebutkan dalam kategori (a),(b),(c) dari definisi kejahatan genosida.”

²¹ Roy S Lee, *The International Criminal Court : Elements of Crimes and Rule of Procedure and Evidence*, Transnational Publisher, 2000, p.49. See also, *Prosecutor vs Musema*, Case No.ICTR-96-13-A, (Trial Chamber), January 27, 2000, para. 155

²² Kata atau terminologi “membunuh” (*kill*) dapat digunakan secara bergantian dengan terminologi “menyebabkan kematian” (*cause death*).

²³ *Prosecutor vs Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), September 2, 1998, para.500-501.

²⁴ *Prosecutor vs Rutanganda*, Case No.ICTR-96-3, (Trial Chamber), December 6, 1999, para. 50

internasional yang menyatakan bahwa tindakan pembunuhan yang tidak di sengaja adalah merupakan kejahatan genosida.

Berbeda dengan pembunuhan dalam kejahatan terhadap kemanusiaan yang didasarkan pada pasal 340 KUHP, dalam kejahatan genosida Undang-undang 26/2000 tidak mendasarkan pembunuhan dalam pasal di KUHP. Namun berdasarkan unsur-unsur pembunuhan dalam kejahatan genosida yang sudah dijelaskan di atas, tidak mensyaratkan adanya unsur rencana, yang ada hanyalah unsur dengan maksud, sehingga disimpulkan pembunuhan dalam kejahatan ini didasarkan pada pasal 338 KUHP²⁵.

2. mengakibatkan penderitaan yang berat terhadap fisik atau mental ²⁶ (Pasal 8 huruf b)

Unsur dari kejahatan ini adalah pelakunya menyebabkan luka fisik atau mental yang serius terhadap satu orang atau lebih.²⁷ Mengenai hal ini Pasal 90 KUHP²⁸ menyatakan bahwa yang dimaksudkan luka berat adalah luka badaniah. Walaupun Pasal ini tidak menjelaskan mengenai pengertian luka berat itu sendiri (hanya menyebutkan keadaannya saja), namun menurut pengertian umum diartikan demikian.

Intepretasi hukum dari ICTR, menyatakan bahwa “mengakibatkan penderitaan yang berat terhadap jiwa dan mental tidak perlu harus bersifat permanen”²⁹. Maksud dari Pengadilan Rwanda ini adalah agar tindakan perkosaan dan berbagai tindakan pelecehan seksual lainnya bisa tercover dalam definisi ini.

Dalam keputusan-keputusan ICTR, terdapat beberapa contoh tindakan yang dapat digolongkan sebagai ‘penderitaan yang berat terhadap fisik dan mental’ yaitu :

a. Perkosaan dan kekerasan seksual

Keputusan ICTR dalam kasus Akayesu menjelaskan :

“Perkosaan dan tindakan kekerasan seksual lainnya dapat menyebabkan ‘penderitaan yang berat terhadap fisik dan mental’ terhadap anggota kelompok.”³⁰

b. Ancaman ketika interogasi

Masih dalam kasus Akayesu, ICTR menyatakan bahwa :

²⁵ Pasal 338 KUHP : Barangsiapa dengan sengaja merampas nyawa orang lain, diancam karena pembunuhan dengan penjara paling lama lima belas tahun.

²⁶ Roy S Lee, *The International Criminal Court : Elements of Crimes and Rule of Procedure and Evidence*, Transnational Publisher, 2000, p.50.

²⁷ Tindakan ini bisa mencakupi, tetapi tidak perlu dibatasi pada, tindakan penyiksaan, pemerkosaan, kekerasan seksual atau perlakuan tidak manusiawi atau merendahkan martabat. Lihat Akayesu, September 2, 1998, para 54.

²⁸ Pasal 90 KUHP berbunyi : Luka berat berarti : jatuh sakit atau mendapat luka yang tidak memberi harapan akan sembuh sama sekali, atau yang menimbulkan bahaya maut, tidak mampu terus-menerus menjalankan fungsi jabatan atau pekerjaan pencarian, kehilangan salah satu panca indera, mendapat cacat berat, menderita sakit lumpuh, terganggunya daya pikir selama empat minggu/lebih, gugur atau matinya kandungan seorang perempuan.

²⁹ Lihat Akayesu (Trial Chamber), September 2, 1998 para. 502.

³⁰ Prosecutor vs Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), September 2, 1998, para. 706-707, 731-734, 688.

“Kematian ketika dilakukannya interogasi, baik dengan atau tidak disertai dengan pemukulan, dapat menyebabkan ‘penderitaan yang berat terhadap fisik dan mental’ terhadap anggota kelompok.”³¹

3. menciptakan kondisi kehidupan (Pasal 8 huruf c)

Unsur-Unsurnya³² :

1. Pelaku menimbulkan kondisi-kondisi kehidupan tertentu terhadap satu atau lebih orang.
2. Kondisi kehidupan diperhitungkan akan mendatangkan kehancuran fisik terhadap kelompok tersebut, baik seluruhnya maupun sebagian.³³

Menciptakan kondisi kehidupan anggota kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik, baik seluruh atau sebagian adalah tindakan kejahatan genosida yang ketiga yang dijabarkan dalam pasal 2 Konvensi Genosida 1948.

Definisi dari ‘menciptakan--kondisi kehidupan’, dapat terlihat dari beberapa keputusan ICTR yang antara lain dijelaskan bahwa ‘menciptakan--kondisi kehidupan’ adalah segala jenis tindakan yang dapat berakibat meninggalnya orang secara perlahan misalnya :³⁴

- kurangnya fasilitas tempat berteduh yang layak, pakaian bersih obat-obatan
- dipaksa melakukan pekerjaan berat baik secara fisik maupun mental
- Perkosaan
- Membuat penduduk kelaparan
- mengurangi pelayanan kesehatan sampai di bawah minimum
- pengusiran paksa

Tetapi semua tindakan di atas harus dimaksudkan untuk menghancurkan seluruh atau sebagian anggota dari kelompok.

4. mencegah kelahiran (Pasal 8 huruf d)

Unsur-unsurnya³⁵ :

1. Pelaku memaksakan tindakan-tindakan tertentu
2. Tindakan-tindakan yang dipaksakan itu dimaksudkan untuk mencegah kelahiran di dalam kelompok tersebut.

³¹ Prosecutor vs Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), September 2, 1998, para. 711-712

³² Roy S Lee, *The International Criminal Court : Elements of Crimes and Rule of Procedure and Evidence*, Transnational Publisher, 2000, p.51

³³ Terminologi “kondisi kehidupan” (*condition of life*) bisa mencakupi, tetapi tidak perlu dibatasi pada, pencaplokan secara sengaja sumber-sumber yang tak bisa digantikan dengan apa pun untuk mempertahankan kehidupan, semisal makanan atau pelayanan kesehatan, atau pengusiran secara sistematis dari rumah atau tempat tinggal mereka.

³⁴ Lihat *Prosecutor vs Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), September 2, 1998, para. 505-506, dan *Kayishema dan Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T (Trial Chamber), May 21, 1999, para. 115-116.

³⁵ Roy S Lee, *The International Criminal Court : Elements of Crimes and Rule of Procedure and Evidence*, Transnational Publisher, 2000, p.53.

Mencegah kelahiran dalam suatu kelompok adalah merupakan satu bentuk genosida secara biologi. Pasal 2 dari Konvensi Genosida 1948 menyarankan bahwa tindakan tersebut harus mencakup:

- sterilisasi;
- aborsi paksa;
- pemisahan pria dan wanita; serta
- menghambat perkawinan.

Adolph Eickman pernah dituntut berdasarkan hukum Israel karena “melakukan pencegahan kelahiran kaum Yahudi. Pengadilan mengatakan “dia telah melakukan tindakan dengan tujuan untuk mencegah kelahiran dari wanita-wanita Yahudi dalam *Theresin Ghetto* dengan maksud untuk menghabiskan orang-orang Yahudi.”

Mahkamah Agung Polandia menyatakan bahwa direktur dari Kamp *Auschwitz* bertanggungjawab atas kejahatan genosida karena ia telah melakukan tindakan sterilisasi dan penyembelihan”.

Hal yang sama juga dapat dilihat dari keputusan Pengadilan Militer Amerika terhadap *Ulrich Greifelt* dan rekan-rekannya yang menyatakan bahwa tindakan mereka melakukan sterilisasi dan tindakan lain yang bertujuan menghentikan kelahiran adalah merupakan kejahatan genosida.

Tindakan pemerkosaan yang dilakukan secara sistematis untuk mengganti karakter etnis dari suatu populasi dengan menghamili para wanitanya adalah merupakan tindakan yang dapat digolongkan dalam kejahatan ini. Misalnya dalam kasus *Akayesu*, Pengadilan menyatakan : “Dalam masyarakat patrialisme, dimana keanggotaan suatu kelompok dilihat dari garis keturunan Bapak, tindakan pencegahan kelahiran dapat berupa pemerkosaan terhadap wanita dari kelompok tertentu yang dengan sengaja dihamili oleh seorang pria dari kelompok lain dengan tujuan agar si wanita itu melahirkan anak yang bukan lagi berasal dari garis keturunan ibunya.”³⁶

5. pemindahan paksa anak-anak (Pasal 8 huruf e)

Unsur-unsurnya³⁷ :

1. Pelaku memindahkan secara paksa satu atau lebih anak-anak
2. Pemindahan tersebut adalah dari suatu kelompok ke kelompok lain
3. Orang-orang yang dipaksa pindah itu adalah yang berumur di bawah 18 tahun
4. Pelakunya mengetahui, atau seharusnya sudah mengetahui, bahwa orang atau orang-orang tersebut berusia di bawah 18 tahun.

Tindakan yang kelima dan yang terakhir dari kejahatan genosida adalah “secara paksa memindahkan anak-anak dari satu kelompok ke kelompok lain”. Menurut ILC, “pemindahan anak secara paksa dapat berakibat yang sangat serius terhadap masa depan dan kelangsungan hidup suatu kelompok.” Walaupun pasal ini tidak menyebutkan mengenai pemindahan paksa orang dewasa, namun tindakan seperti ini dapat dianggap sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan atau kejahatan perang. Selanjutnya, pemindahan

³⁶ Prosecutor vs Akayesu, (Trial Chamber), September 2, 1998, para. 507-508

³⁷ Roy S Lee, *The International Criminal Court : Elements of Crimes and Rule of Procedure and Evidence*, Transnational Publisher, 2000, p.54

paksa terhadap anggota suatu kelompok khususnya ketika menyangkut pemisahan anggota keluarga, juga dapat dikatakan sebagai kejahatan genosida berdasarkan huruf (c) [menciptakan--kondisi kehidupan].

ICTR menyatakan bahwa tujuan dari aturan ini bukanlah hanya untuk menjatuhkan sanksi terhadap tindakan pemindahan paksa secara langsung, namun juga untuk menjatuhkan sanksi terhadap tindakan berupa *ancaman* atau *trauma* yang dapat mengarah kepada pemindahan paksa anak-anak dari satu kelompok ke kelompok lain.³⁸

Kata “paksa” menunjukkan bahwa pemindahan itu dilakukan dengan menggunakan kekerasan, yang termasuk juga di dalamnya melakukan ancaman kekerasan.³⁹

³⁸ *Prosecutor vs Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), September 2, 1998, para. 509

³⁹ Rudi M Rizki, *Kekerasan Seksual terhadap perempuan di daerah konflik : Peluang Pertanggungjawabannya di Indonesia*, Publikasi KOMNAS Perempuan, Indonesia, 2004, p. 104.

III. KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN

A. PENGANTAR

Istilah “kejahatan terhadap kemanusiaan” (*crimes against humanity*) dikembangkan sejak *Petersburg Declaration* tahun 1868. Sebagai suatu konsep pidana, semula dikembangkan dalam konteks hukum perang berdasarkan Konvensi Den Haag 1907 (*Hague Convention*) yang merupakan kodifikasi dari hukum kebiasaan mengenai konflik bersenjata. Konvensi ini menyatakan bahwa hukum kemanusiaan (*laws of humanity*) merupakan dasar perlindungan bagi pihak kombatan maupun penduduk sipil dalam suatu konflik bersenjata. Kodifikasi ini didasarkan kepada praktek negara yang diturunkan dari nilai-nilai dan prinsip-prinsip yang dianggap sebagai hukum kemanusiaan berdasarkan sejarah dari berbagai kebudayaan.

Bedasarkan hal di atas, peristiwa pembunuhan besar-besaran terhadap wargenegara Turki keturunan Armenia pada tahun 1915, digolongkan ke dalam kejahatan terhadap kemanusiaan dan peradaban (*crimes against humanity and civilization*). Sejak itu masyarakat internasional mengakui bahwa negara harus bertanggung jawab atas kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan negara terhadap wargenagaranya.

Seusai Perang Dunia ke-II, Pengadilan Militer Internasional (*International Military Tribunal /IMT*) di Nuremberg, memisahkan antara kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Pasal 6 Piagam London (*London Charter*), merumuskan kejahatan perang (*war crimes*) sebagai pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang yang meliputi antara lain, pembunuhan, perlakuan kejam, atau deportasi secara paksa untuk dijadikan budak, yang dilakukan terhadap penduduk sipil. Sedangkan yang dimaksud dengan kejahatan terhadap kemanusiaan termasuk di dalamnya, pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportasi dan perbuatan tidak manusiawi lainnya yang dilakukan terhadap penduduk sipil, baik yang dilakukan sebelum atau ketika perang berlangsung. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan ini pun meliputi persekusi terhadap penduduk sipil yang didasarkan kepada alasan-alasan politik, rasial ataupun agama.

Empat puluh lima tahun kemudian, masyarakat internasional dikejutkan oleh kejadian tragis di negara bekas Yugoslavia, yang telah menewaskan ribuan orang termasuk lebih dari dua ratus personil PBB dan anggota Pasukan Perdamaian PBB, serta mengakibatkan pengungsian lebih dari 2,2 juta orang. Peristiwa ini kemudian mengundang Dewan Keamanan PBB untuk membentuk Mahkamah Pidana Internasional Untuk Bekas Negara Yugoslavia (*the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia / ICTY*) pada tahun 1993. Setahun kemudian, konflik antar etnis di Rwanda yang dalam waktu singkat menelan korban jiwa sekitar 800.000 orang dan mengakibatkan pengungsian sekitar 2 juta orang, kembali mengejutkan nurani dunia. Kejadian ini kemudian mengundang Dewan Keamanan untuk mendirikan Mahkamah Pidana Internasional Untuk Rwanda (*the International Criminal Tribunals for Rwanda / ICTR*). Kedua pengadilan pidana internasional *ad hoc* tersebut memasukkan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai salah satu bentuk kejahatan yang termasuk ke dalam yurisdiksi kedua pengadilan tersebut.

Di dalam menjalankan mandatnya, kedua pengadilan tersebut (ICTY dan ICTR) menggunakan prinsip-prinsip dasar yang berasal dari keputusan-keputusan Mahkamah Nuremberg, khususnya dalam hal pertanggungjawaban pidana secara individual. Walaupun keputusan-keputusan Mahkamah Nuremberg (dan juga Tokyo) tidak secara jelas menerangkan prinsip tersebut khususnya karena tidak merinci tentang sejauh mana individu harus mempertanggungjawabkan tindak pidana yang dilakukan secara kolektif, sistematis dan birokratik. Pertanggungjawaban secara individual ini telah menjadi doktrin hukum yang diterima secara internasional dengan disyahnkannya *Code of Offences Against The Peace and Security of Mankind* pada 1954 oleh PBB.

Adapun prinsip-prinsip pertanggungjawaban individu sebagaimana diatur dalam Prinsip Nuremberg adalah :

1. Setiap orang yang melakukan perbuatan yang merupakan kejahatan internasional bertanggung jawab atas perbuatannya dan harus dihukum.
2. Jika hukum nasional tidak memberikan ancaman pidana atas perbuatan yang merupakan suatu kejahatan internasional, tidak berarti bahwa orang yang melakukan perbuatan itu terbebas dari tanggung jawab menurut hukum internasional.
3. Kedudukan sebagai Kepala Negara atau Pejabat Pemerintah, tidak membebaskannya dari tanggung jawab menurut hukum internasional.
4. Alasan karena perbuatannya itu dilakukan karena melaksanakan perintah atasannya atau pemerintahannya, tidaklah membebaskannya dari tanggung jawab menurut hukum internasional, asalkan saja pilihan moral bebas dimungkinkan olehnya.⁴⁰
5. Setiap orang yang didakwa melakukan kejahatan internasional mempunyai hak untuk mendapatkan peradilan yang adil.
6. Kejahatan-kejahatan tersebut di bawah ini dihukum menurut hukum internasional :
 - a. kejahatan terhadap perdamaian; yang meliputi
 - i. merencanakan, menyiapkan, memulai atau menggerakkan perang yang bersifat agresi yang melanggar perjanjian, persetujuan, atau jaminan internasional;
 - ii. turut serta dalam menyusun rencana umum atau berkonspirasi untuk melaksanakan perbuatan apa saja yang tercantum dalam paragraf i di atas.
 - b. kejahatan perang : pelanggaran terhadap hukum atau kebiasaan perang, seperti misalnya pelanggaran yang mencakup, tetapi tidak terbatas pada, pembunuhan, perlakuan kejam atau deportasi untuk kerja paksa sebagai budak untuk tujuan apapun, juga terhadap penduduk asli dari atau yang berasal dari wilayah yang dikuasai; pembunuhan atau perlakuan yang tidak manusiawi terhadap tawanan perang, orang-orang yang berada di lautan (kapal), membunuh tawanan, merampok milik umum atau milik pribadi, perusakan

⁴⁰ c.f. Pasal 33 Statuta Roma menyatakan bahwa : (1) Kenyataan bahwa suatu kejahatan dalam yurisdiksi Mahkamah telah dilakukan oleh orang berdasarkan perintah dari Pemerintah atau Atasan, baik militer maupun sipil, tidak dapat membebaskan orang tersebut dari tanggung jawab pidana, kecuali :

- a. Orang tersebut berada di bawah kewajiban hukum untuk mematuhi perintah dari pemerintah atau atasan yang berwenang
- b. Orang tersebut tidak mengetahui bahwa perintah itu tidak sah dan
- c. Perintah itu tidak dinyatakan sebagai perintah yang melawan hukum

(2) Untuk maksud pasal ini, semua perintah untuk melakukan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dinyatakan melawan hukum

yang berlebihan atau tidak diperlukan atas kota-kota, desa-desa, atau pemusnahan yang secara militer tidak dipandang perlu.

- c. Kejahatan terhadap kemanusiaan, meliputi: pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, deportasi dan perbuatan yang tidak manusiawi terhadap penduduk sipil, atau penyiksaan berdasarkan alasan-alasan politik, ras, atau agama, apabila perbuatan tersebut dilakukan atau penyiksaan tersebut dilakukan dalam pelaksanaan atau berhubungan dengan kejahatan terhadap perdamaian atau kejahatan perang.
7. Keterlibatan (*complicity*) dalam pelaksanaan suatu kejahatan terhadap perdamaian, kejahatan perang, atau kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana disebut dalam prinsip ke-6 adalah suatu kejahatan menurut hukum internasional.

Prinsip pertanggungjawaban pidana secara individu ini dianut juga dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM sebagaimana disebutkan di dalam Pasal 1 (4) : “Setiap orang adalah orang perseorangan, kelompok orang, baik sipil, militer, maupun polisi yang bertanggungjawab secara individual”.

Kejahatan terhadap kemanusiaan termasuk ke dalam yurisdiksi universal, di mana setiap pelaku kejahatan tersebut dapat diadili di negara manapun, tanpa memperdulikan tempat perbuatan dilakukan, maupun kewarganegaraan pelaku ataupun korban. Hal ini dimaksudkan untuk mewujudkan prinsip *no safe haven* (tidak ada tempat berlindung) bagi pelaku kejahatan yang digolongkan ke dalam *hostis humanis generis* (musuh seluruh umat manusia) ini. Perlu ditambahkan bahwa untuk kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana kejahatan perang dan genosida tidak dikenal adanya daluwarsa.⁴¹

Perkembangan hukum internasional untuk memerangi kejahatan terhadap kemanusiaan mencapai puncaknya ketika pada tanggal 17 Juli 1998, Konferensi Diplomatik PBB mengesahkan Statuta Roma tentang Pendirian Mahkamah Pidana Internasional (*Rome Statute on the Establishment of the International Criminal Court / ICC*), yang akan mengadili pelaku kejahatan yang paling serius dan menjadi perhatian komunitas internasional, yaitu: genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan kejahatan agresi. Dimasukkannya kejahatan terhadap kemanusiaan ke dalam Statuta yang merupakan perjanjian multilateral, mengokohkan konsep tersebut menjadi suatu *treaty norm* (norma yang didasarkan kepada suatu perjanjian internasional). Dari ketentuan dalam Statuta tersebut dapat dilihat bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan tidak saja terjadi pada masa perang atau konflik bersenjata tetapi juga dapat terjadi pada masa damai. Sedangkan pihak yang bertanggung jawab atas kejahatan tersebut tidak terbatas kepada aparatur negara (*state actor*) saja, tetapi juga termasuk pihak yang bukan dari unsur negara (*non-state actors*).

⁴¹ Pasal 1(b) 1968 *Convention on Non-Applicability of Statutory Limitation to War Crimes and Crimes Against Humanity* menyatakan statuta ini berlaku bagi kejahatan terhadap kemanusiaan baik yang terjadi pada saat damai maupun konflik bersenjata seperti yang diatur dalam Piagam Nuremberg serta kejahatan genosida seperti yang diatur dalam Konvensi Genosida 1948

**B. UNSUR-UNSUR UMUM KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN ⁴²
(Pasal 9 Undang-undang Nomor 26 Tahun 2006 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia)**

1. salah satu perbuatan

Setiap tindakan yang disebutkan dalam Pasal 9 merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan. Tidak ada syarat yang mengharuskan adanya lebih dari satu tindak pidana yang dilakukan (misalnya : pembunuhan dan perkosaan), atau kombinasi dari tindak-tindak pidana itu. ⁴³

2. yang dilakukan sebagai bagian dari serangan

Tindakan harus dilakukan sebagai bagian dari serangan. Misalnya, pembunuhan besar-besaran terhadap penduduk sipil dapat dianggap sebagai serangan terhadap seluruh populasi sipil.

Sedangkan unsur-unsur dari “serangan” adalah:

- Tindakan baik secara sistematis atau meluas, yang dilakukan secara berganda (*multiplicity commission of acts*) yang dihasilkan atau merupakan bagian dari kebijakan Negara atau organisasi ⁴⁴. “Tindakan berganda” berarti harus bukan tindakan yang tunggal atau terisolasi.
- “serangan” baik yang secara meluas ataupun sistematis, tidak harus merupakan “serangan militer” seperti yang diatur dalam hukum humaniter internasional⁴⁵. Tetapi, serangan dapat juga diartikan lebih luas, misalnya meliputi kampanye atau operasi yang dilakukan terhadap penduduk sipil. Serangan tersebut tidak hanya harus melibatkan angkatan bersenjata, atau kelompok bersenjata.
- Persuaratan dianggap terpenuhi jika penduduk sipil adalah objek utama dari serangan tersebut.

Dalam Keputusan kasus *Akayesu* ditegaskan pula bahwa : ”Serangan dapat juga dalam bentuk-bentuk bukan kekerasan seperti menerapkan sistem apartheid, melakukan penekanan-penekanan terhadap penduduk dengan cara-cara tertentu. Selanjutnya dalam keputusan *Kayishema* dan *Ruzindana* dinyatakan bahwa dalam satu serangan

⁴² Acuan utama dari penulisan ini adalah dari Otto Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observer’s Note, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999

⁴³ Misalnya dalam Keputusan kasus *Akayesu* (*Prosecutor vs Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), September 2, 1998, para.676-678) menyebutkan bahwa “pelaku didakwa karena melakukan pemerkosaan saja”.

⁴⁴ Pasal 7 (2)(a): “Serangan yang ditujukan terhadap suatu kelompok penduduk sipil” berarti serangkaian perbuatan yang mencakup pelaksanaan berganda dari perbuatan yang dimaksud dalam ayat 1 terhadap kelompok penduduk sipil, sesuai dengan atau sebagai kelanjutan dari kebijakan Negara atau organisasi untuk melakukan serangan tersebut;

⁴⁵ Pasal 49 para.1 Protokol Tambahan I menyebutkan bahwa : “serangan dalam konteks militer adalah tindakan kekerasan terhadap musuh, baik ketika bertahan maupun menyerang”. Serangan yang tidak harus merupakan serangan militer juga terbukti di Persidangan Pengadilan HAM Ad Hoc untuk kasus Timor-Timur ketika mengadili Abilio Soares dan Eurico Guteres.

dimungkinkan terjadi kombinasi dari sejumlah kejahatan, misalnya perkosaan, pembunuhan dan deportasi.

Persyaratan bahwa kejahatan ini harus terjadi ketika konflik bersenjata pada awalnya memang diatur pada Piagam Nuremberg dan Tokyo⁴⁶, demikian juga pada sebagian keputusan-keputusan dari ICTY. Namun aturan ini tidak lagi dicantumkan dalam Statuta Roma dan Undang-undang No.26/2000, karena definisi dalam Statuta ini didasari dari hukum kebiasaan internasional.⁴⁷

ICTY dalam mengadili kasus *Konarac*, *Kovac* dan *Vokovic* menilik beberapa faktor untuk menguji apakah serangan tersebut masuk ke dalam kategori ini, yaitu :

1. cara dan metode yang digunakan;
2. status korban;
3. jumlah korban;
4. apakah serangan tersebut diskriminatif?;
5. sifat dari kejahatan yang dilakukan
6. adanya perlawanan terhadap penyerang
7. apakah para penyerang mengikuti atau berusaha mengikuti ketentuan hukum perang?.

3. meluas atau sistematis yang ditujukan kepada penduduk sipil

Syarat “meluas atau sistematis” ini adalah syarat yang fundamental untuk membedakan kejahatan ini dengan kejahatan umum lain yang bukan merupakan kejahatan internasional.

Kata “meluas” menunjuk pada “jumlah korban”⁴⁸, dan konsep ini mencakup “*massive*, sering atau berulang-ulang, tindakannya dalam skala yang besar, dilaksanakan secara kolektif dan berakibat serius”.⁴⁹

Istilah “sistematis” mencerminkan “suatu pola atau metode tertentu”⁵⁰ yang diorganisir secara menyeluruh dan menggunakan pola yang tetap.⁵¹

Kata-kata “meluas atau sistematis” tidak mensyaratkan bahwa setiap unsur kejahatan yang dilakukan harus selalu meluas atau sistematis. Dengan kata lain, jika terjadi pembunuhan, perkosaan dan pemukulan, maka setiap kejahatan itu tidak perlu harus meluas atau sistematis, kesatuan tindakan-tindakan di atas sudah memenuhi unsur meluas atau sistematis.

⁴⁶ Piagam Nuremberg dan Tokyo dalam pasal 6 (c) dan 5 (c) mengatur bahwa “tindakan-tindakan tersebut harus dilakukan atau harus berhubungan dengan tindak pidana yang ada dalam yurisdiksi Mahkamah yakni ‘kejahatan terhadap perdamaian’ dan ‘kejahatan perang’, di mana terdapat konflik bersenjata.

⁴⁷ *Prosecutor vs Tadic*, Keputusan mengenai Mosi Pembelaan bagi Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Okt 1995, para. 141 : “ Saat ini, berdasarkan aturan dalam hukum kebiasaan internasional, kejahatan terhadap kemanusiaan tidak semata-mata harus didasarkan pada situasi konflik bersenjata.”

⁴⁸ *Tadic Judgment*, *ibid*, para. 646 dan 648

⁴⁹ *Prosecutor vs Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Sept 2, 1998, para. 580

⁵⁰ *Tadic Judgment*, supra note 4, para. 648

⁵¹ *Akayesu Judgment*, supra note 7, para. 580

Unsur meluas atau sistematis tidak harus dibuktikan keduanya, kejahatan yang dilakukan dapat saja merupakan bagian dari serangan yang meluas saja atau sistematis saja.⁵²

Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM maupun Statuta Roma tidak memberikan definisi mengenai arti meluas atau sistematis. Oleh karena itu, penafsiran "sistematis" atau "meluas" mengacu kepada yurisprudensi keputusan-keputusan ICTY dan ICTR, dan doktrin.

Berdasarkan yurisprudensi internasional, sebagaimana dalam putusan ICTR, dalam kasus *Akayesu*, dinyatakan bahwa kata "meluas" sebagai "tindakan *massive*, berulang, dan berskala besar, yang dilakukan secara kolektif dengan dampak serius dan diarahkan terhadap sejumlah besar korban (*multiplicity of victim*)". Sedangkan "sistematis" diartikan sebagai : diorganisasikan secara rapih dan mengikuti pola tertentu yang terus menerus berdasarkan kebijakan yang melibatkan sumberdaya publik atau privat yang substansial," meskipun kebijakan tersebut bukan merupakan kebijakan Negara⁵³ secara formal.⁵⁴

Rencana tidak harus dinyatakan secara tegas atau terang-terangan, hal ini dapat dilihat adanya indikasi adanya rangkaian peristiwa seperti :

- Latar belakang politik dan historis secara umum atas tindak pidana kejahatan yang dilakukan.
- Latar belakang organisatoris dan institusional, misalnya: struktur sipil dan militer yang mungkin berperan.
- Propaganda media.
- Mobilisasi angkatan bersenjata.
- Serangan militer yang berulang dan terkoordinasi baik berdasarkan wilayah maupun yang bersifat sementara.
- Keterkaitan antara para pemimpin politik dan hierarki militer.
- Perubahan komposisi etnis penduduk.
- Aturan-aturan yang bersifat diskriminatif, baik di bidang administrasi maupun bidang lainnya.
- Skala tindak kekerasan yang dilakukan, khususnya pembunuhan dan kekerasan fisik lainnya, perkosaan, penahanan secara sewenang-wenang, deportasi dan pengusiran atau perusakan benda-benda non militer khususnya benda-benda suci (ICTY, kasus *Blaskic*).

Indikator untuk menentukan terpenuhinya unsur "sistematis" dapat dilihat dari perencanaan operasional dengan membedakan⁵⁵ :

- Mencapai tujuan legal dengan cara-cara legal
- Mencapai tujuan legal tapi dengan menggunakan cara-cara ilegal
- Mencapai tujuan ilegal

⁵² Putusan Tadic, para 646-7; Sidang Pengadilan ICTR dalam kasus Akayesu (para 579) memutuskan bahwa versi bahasa Perancis yang menggunakan kata "et" (dan) antara "meluas" dan "sistematis" adalah salah. Hal ini diikuti dalam kasus Rutaganda, para. 66, dan Musema, para 202-3.

⁵³ Lihat penjelasan Pasal 9 UU No.26/2000

⁵⁴ Akayesu, para 580; Rutaganda, para 67; Musema para 204.

⁵⁵ Advanced Training for Indonesian Human Rights Courts : "Judging International Crimes Under Law 26/2000", Medan, Indonesia, 24-26 April 2002

Hal yang juga sangat penting adalah menjabarkan kapan tindakan-tindakan pelaku dapat dikatakan sebagai “bagian dari serangan meluas atau sistematis terhadap penduduk sipil”. Untuk itu harus dibuktikan adanya keterkaitan yang cukup antara tindakan pelaku dengan serangan yang terjadi. Pasal ini tidak menjelaskan tentang derajat keterkaitan yang jelas, namun munculnya keterkaitan ini sangat tergantung dari situasi setiap kasus. Misalnya : adanya kesamaan antara tindakan pelaku dengan penyerangan ; keadaan ketika serangan terjadi dengan keadaan ketika pelaku melakukan tindak pidana ; kedekatan waktu dan tempat tindak pidana dilakukan dengan serangan⁵⁶.

Untuk dapat dikatakan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan, tindakan tersebut juga harus “ditujukan terhadap penduduk sipil”. Syarat ini tidak mengartikan bahwa semua populasi suatu negara, entitas atau wilayah harus menjadi objek serangan. Penggunaan istilah “penduduk (*population*)” secara implisit menunjukkan adanya beberapa bentuk kejahatan yang berbeda dengan kejahatan yang bentuknya tunggal atau terhadap orang perorangan. Kejahatan terhadap kemanusiaan juga dapat dilakukan terhadap penduduk sipil yang memiliki kebangsaan yang sama dengan pelaku, dan bahkan juga terhadap orang-orang yang tidak memiliki kewarganegaraan. Istilah “penduduk sipil” mencakup semua orang yang tidak ikut secara aktif dalam permusuhan, atau yang bukan lagi pihak peserta tempur, termasuk anggota angkatan bersenjata yang telah menyerah (*hors de combat*) karena sakit, terluka, ditawan atau karena alasan lainnya⁵⁷. Dengan demikian, milisi, para-militer dan sejenisnya tidak dapat disebut sebagai penduduk sipil.

Berdasarkan penjelasan Pasal 9 UU 26/2000, 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. Dengan demikian serangan yang dilakukan oleh sekelompok orang terhadap tempat-tempat kesatuan militer atau polisi bukan merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal tersebut karena tidak memenuhi unsur “ditujukan terhadap penduduk sipil”, akan tetapi perbuatan tersebut merupakan tindak pidana biasa yang yang menjadi tugas aparat kepolisian untuk mengusut dan membawa pelakunya ke pengadilan umum bukan pengadilan HAM.

4. yang diketahuinya

Kata “yang diketahuinya” merupakan unsur mental (*mens rea*) dalam kejahatan ini. Pelaku harus melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan dengan pengetahuan untuk melakukan serangan yang ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil. Hal ini tidak berarti bahwa dalam semua serangan harus selalu ada pengetahuan. Pengetahuan tersebut bisa pengetahuan yang aktual atau konstruktif⁵⁸. Secara khusus, pelaku tidak perlu mengetahui bahwa tindakannya itu adalah tindakan yang tidak manusiawi atau

⁵⁶ Untu membangun nexus antara tindak pidana dan konflik bersenjata yang terjadi, ICTY menggunakan metode instruktif, untuk lebih jelasnya lihat Tadic Judgment, ibid, para. 629-633

⁵⁷ Definisi ini diambil dari kategori-kategori orang-orang yang dilindungi berdasarkan Pasal 3 Konvensi Jenewa 1949.

⁵⁸ Tadic Judgment, supra note 4, para. 657 : “Ketika syarat pengetahuan dipenuhi, maka di pengadilan unsur pengetahuan tersebut akan diperiksa secara objektif dan dapat diterapkan secara faktual pada situasi ketika kejahatan terjadi.”

merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan.⁵⁹ Tindak pidana yang dilakukan tersebut juga tidak perlu disertai maksud diskriminatif kecuali untuk tindak pidana persekusi dalam konteks kejahatan terhadap kemanusiaan.

C. UNSUR-UNSUR TINDAK PIDANA DALAM TINDAK PIDANA YANG TERMASUK DALAM KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN (Pasal 9 Undang-undang Nomor 26 Tahun 2006 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia)

Unsur-unsur umum yang harus dipenuhi dari kesemua unsur tentang cara-cara dilakukannya kejahatan terhadap kemanusiaan adalah :

1. Tindakan tersebut dilakukan sebagai bagian dari serangan meluas atau sistematis yang ditujukan terhadap suatu kelompok penduduk sipil.
2. Pelaku mengetahui bahwa tindakan tersebut merupakan bagian dari atau memaksudkan tindakan itu untuk menjadi bagian dari serangan meluas atau sistematis terhadap suatu kelompok penduduk sipil.

Selanjutnya di bawah ini akan diuraikan mengenai unsur-unsur dari setiap perbuatan yang dikategorikan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu:

1. pembunuhan (Pasal 9 huruf a)

Unsur dari pembunuhan adalah pelakunya membunuh⁶⁰ satu orang atau lebih. Pembunuhan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan telah diakui sejak awal tahun 1915 dalam Deklarasi Perancis, Inggris dan Rusia dan sudah dimasukkan ke dalam daftar pelanggaran terhadap hukum kemanusiaan (*law of humanity*) dalam Laporan Komisi Konferensi Perdamaian⁶¹. ILC (*International Law Commission*) tahun 1966 tidak memasukkan kejahatan ini dalam *Draft Code*-nya karena menurut ILC : “Pembunuhan adalah kejahatan yang sudah jelas dipahami dan diatur secara lengkap dalam hukum nasional semua negara. Larangan terhadap kejahatan ini tidak memerlukan penjelasan lebih lanjut.”⁶²

Dalam praktiknya, terdapat perbedaan yang jelas dalam beberapa hukum nasional mengenai definisi pembunuhan ini. Misalnya dalam hukum Perancis, pembunuhan berarti kejahatan dimana seseorang “dengan niat” bermaksud untuk membunuh orang lain.

ICTR dalam mengadili *Rutanganda*⁶³ menyatakan :

⁵⁹ *ibid*

⁶⁰ Istilah “membunuh” (*kill*) dapat digunakan secara bergantian dengan terminologi “menyebabkan kematian” (*cause death*). Catatan ini berlaku bagi semua unsur-unsur yang menggunakan salah satu di antara dua konsep tersebut.

⁶¹ Pasal 6 (c) Piagam Nuremberg ; Pasal II (1) *Allied Control Council Law* No.10 ; Pasal 5 (c) Piagam Tokyo.

⁶² *ILC Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind (1996 Draft Code), Report of the International Law Commission on the Work of its Forty Eight Session, 6 May-26 July 1996, at p. 96 (commentary to article 18 of the 1996 Draft Code)*

⁶³ *Prosecutor vs Rutanganda, Case No. ICTR-96-3, (Trial Chamber), December 6, 1999, para. 50*

“Pasal 2(2)(a) Statuta, yang diadopsi dari Konvensi Genosida, menggunakan istilah ‘*meutre*’ dalam versi Perancis dan ‘*killing*’ dalam versi Inggrisnya . . . Dengan mendasari pada praduga tidak bersalah dan prinsip-prinsip Hukum Pidana umum, Pengadilan berpendapat bahwa istilah yang digunakan untuk tersangka adalah istilah yang paling meringankan baginya. Pasal 2(2)(a) Statuta harus diinterpretasikan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Rwanda, yakni dalam Pasal 311 yang mengatur bahwa ‘Pembunuhan (*homicide*) yang dilakukan dengan niat untuk menyebabkan kematian harus dianggap sebagai Pembunuhan (*murder*)’.”

Dalam kasus *Akayesu*, Pengadilan menyatakan bahwa pembunuhan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan adalah:

“Perbuatan melawan hukum, dilakukan dengan maksud untuk membunuh manusia di mana unsur-unsurnya adalah⁶⁴:

- (1) korban tersebut mati
- (2) kematiannya sebagai akibat tindakan melawan hukum atau tidak melakukan (*ommission*) dari pelaku atau bawahannya
- (3) ketika pembunuhan terjadi, pelaku atau bawahannya memiliki niat untuk membunuh atau menyakiti korban dimana pelaku tersebut mengetahui bahwa tindakan menyakiti korban seperti itu dapat menyebabkan kematian.”

Kasus *Celebici*, ICTY menyatakan definisi pembunuhan berdasarkan Pasal 3 Konvensi Jenewa dan pembunuhan yang disengaja sebagai “pelanggaran berat” (*grave breaches*) Konvensi Jenewa dimana keduanya mencakup adanya “niat sebagian dari pelaku untuk membunuh, atau mengakibatkan luka yang berat terhadap hidup seseorang”.⁶⁵

Dalam konteks sengketa bersenjata, tindakan melawan hukum atau tidak melakukan (*omission*) adalah pelanggaran hukum humaniter, yang juga merupakan pelanggaran terhadap hukum nasional. Dalam masa damai, tindakan melawan hukum atau kelalaian dapat dimasukkan dalam tindakan yang menyebabkan “eksekusi diluar proses pengadilan dan sewenang-wenang” yang dilarang berdasarkan Pasal 1 dari Prinsip-Prinsip PBB mengenai Pencegahan Efektif dan Investigasi diluar Proses Hukum, serta Eksekusi Cepat dan Sewenang-wenang⁶⁶.

Berdasarkan penjelasan Pasal 9 (a) UU 26/2000, yang dimaksud dengan “pembunuhan” adalah sebagaimana tercantum dalam Pasal 340 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana⁶⁷. Pembunuhan ini selain harus dilakukan dengan sengaja, juga harus dapat dibuktikan adanya rencana terlebih dahulu untuk melakukan pembunuhan ini⁶⁸.

⁶⁴ *Akayesu Judgment*, supra note 7.

⁶⁵ *Prosecutor vs Delalic (Celebici Judgment)*, November 16, 1998, para. 439

⁶⁶ *UN Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra Legal, Arbitrary, and Summary Executions, diadopsi oleh ECOSOC Res. 1989/65, May 24, 1989*, Pasal 1.

⁶⁷ Pasal 340 KUHP menyatakan bahwa “pembunuhan” adalah barangsiapa dengan sengaja dan dengan rencana terlebih dahulu merampas nyawa orang lain, diancam karena pembunuhan dengan rencana, dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau selama waktu tertentu, paling lama dua puluh tahun. Unsur-unsur pembunuhan dalam kejahatan terhadap kemanusiaan menurut Statuta Roma tidak mensyaratkan harus adanya rencana (niat) terlebih dahulu untuk melakukan pembunuhan .

⁶⁸ Terdapat perbedaan pandangan sebagian penegak hukum yang mengusulkan agar dilakukan amandemen terhadap Undang-undang ini khususnya ketika mendasarkan pasal pembunuhan pada pasal 340 KUHP karena terdapatnya kesulitan khususnya ketika pembuktian. Misalnya ketika unsur yang terpenuhi dari

2. pemusnahan (Pasal 9 huruf b)

Unsur-unsurnya :

1. Pelakunya membunuh⁶⁹ satu orang atau lebih, termasuk dengan menimbulkan kondisi-kondisi kehidupan yang diperhitungkan akan menyebabkan kehancuran bagian dari suatu kelompok penduduk.⁷⁰
2. Tindakan tersebut merupakan, atau terjadi sebagai bagian dari,⁷¹ suatu pembunuhan massal terhadap anggota dari suatu kelompok penduduk sipil.

Sebagaimana halnya pembunuhan, “pemusnahan” telah diatur dalam berbagai instrumen hukum sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan sejak Perang Dunia II. Walaupun tindakan pemusnahan yang sering terjadi pada Perang Dunia II ini dikatakan sebagai genosida, dan definisi ini juga tumpang tindih dengan definisi genosida yang diatur dalam Konvensi Genosida 1948, namun kedua tindakan ini tetap berbeda. Dalam komentarnya mengenai Pasal 18 *Draft Code* tahun 1996, ILC menjelaskan perbedaan antara pembunuhan dalam kejahatan terhadap kemanusiaan dengan pembunuhan dan pemusnahan yang merupakan kejahatan genosida sebagai berikut :

“Pembunuhan dan pemusnahan adalah berbeda, namun keduanya sama-sama merupakan tindak pidana yang menyebabkan kematian pada manusia yang tidak berdosa. Pemusnahan adalah kejahatan yang ditujukan kepada kelompok tertentu. Tindakan pemusnahan ini biasanya mencakup unsur penghancuran yang meluas, dimana unsur ini bukan merupakan unsur dari pembunuhan. Dalam hal ini, tindakan pemusnahan lebih mendekati kejahatan genosida dimana kedua kejahatan tersebut sama-sama ditujukan kepada sasaran yang besar. Walaupun demikian, tindakan pemusnahan ini dapat diberlakukan pada situasi yang berbeda dengan situasi di mana kejahatan genosida terjadi. Pemusnahan mencakup situasi di mana kelompok tertentu yang tidak memiliki karakteristik yang sama dengan pelaku dibunuh. Tindakan ini juga berlaku pada situasi di mana beberapa anggota kelompok terbunuh dan yang lainnya terluka.”

Dari sejarah pengaturan “pemusnahan” dalam pengadilan-pengadilan internasional serta berdasarkan komentar-komentar para ahli, dapat disimpulkan bahwa tindakan pemusnahan memiliki karakteristik sebagai berikut :

- Pembunuhan dalam skala besar, dalam artian mengakibatkan korban dalam jumlah banyak dan harus memenuhi unsur pembunuhan berdasarkan pasal 7 paragraf 1 (a) Statuta Roma atau Pasal 9 paragraf (a) Undang-Undang ini.
- Orang yang harus bertanggungjawab tidak perlu mengetahui terlebih dahulu siapa korbannya.
- Pembunuhan itu ditujukan kepada kelompok tertentu, namun kelompok tertentu ini tidak harus selalu berdasarkan kebangsaan, etnisitas, ras dan

kejahatan terhadap kemanusiaan itu unsur meluas, maka sulit untuk membuktikan adanya perencanaan, hal ini berbeda ketika yang terpenuhi unsur sistematisnya. . Sehingga diusulkan agar pasal ini diganti dengan pasal 338 KUHP.

⁶⁹ Tindakan tersebut bisa dilakukan dengan metode pembunuhan yang berbeda, baik secara langsung maupun tidak langsung.

⁷⁰ Penimbulkan kondisi-kondisi seperti itu bisa mencakupi pencaplokan akses terhadap makanan dan pelayanan kesehatan.

⁷¹ Terminologi “sebagai bagian dari” mencakupi tindakan permulaan dalam suatu pembunuhan massal.

agama seperti yang diatur dalam Konvensi Genosida 1948. Kelompok lain yang didasarkan pada suatu paham politik, kelompok sosial, kelompok pengguna bahasa, atau kelompok berdasarkan orientasi seksual seperti homoseksual, lesbian, juga dapat termasuk ke dalam unsur-unsur tindak pidana ini.

- Anggota kelompok tersebut juga tidak harus memiliki kesamaan karakteristik, dan mungkin hanya sekelompok orang tertentu berdasarkan pikiran pelaku .

Karakteristik di atas dapat terlihat dari beberapa putusan pengadilan ICTR misalnya :

Dalam Kasus *Nayitigeke*, pengadilan menyatakan bahwa : “Unsur material dari pemusnahan terdiri dari satu tindakan atau kombinasi dari tindak pidana yang memberikan kontribusi terhadap pembunuhan dalam jumlah yang besar”⁷²

Selanjutnya pengadilan menyatakan bahwa : “karena partisipasinya terhadap serangan kepada suku Tutsi, dan tindakannya menembaki pengungsi Tutsi, yang mengakibatkan pembunuhan dalam skala besar,...Tersangka bertanggungjawab...atas tindakan pemusnahan yang dilakukannya sebagai bagian dari serangan yang meluas dan sistematis terhadap penduduk Tutsi berdasarkan alasan etnis...”⁷³

Dengan demikian, perbedaan pemusnahan dengan pembunuhan adalah pembunuhan tidak perlu dilakukan dalam skala yang besar dan tidak semua tindakan pemusnahan masuk dalam kategori kejahatan genosida. Bagi tindakan pemusnahan yang tidak termasuk kedalam kategori genosida dapat masuk ke dalam kategori kejahatan terhadap kemanusiaan.

Berdasarkan penjelasan Pasal 9 huruf b UU 26/2000, 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.

3. perbudakan (Pasal 9 huruf b)

Unsur tindakan “perbudakan” adalah di mana pelakunya menggunakan kekuasaan apa pun yang melekat pada hak atas kepemilikan terhadap seseorang atau lebih, misalnya dengan membeli, menjual, meminjamkan atau mempertukarkan orang atau orang-orang itu, atau dengan mengambil keuntungan dari mereka karena tercabutnya kebebasan⁷⁴ mereka.

Perbudakan dan perdagangan budak adalah salah satu bentuk pelanggaran HAM yang pertama yang diakui sebagai kejahatan internasional, walaupun kejahatan itu baru merupakan subjek dari perjanjian internasional yang komprehensif ketika Konvensi

⁷² *Nayitegeka*, (Trial Chamber), May 16, 2003, para.450

⁷³ *ibid*, para. 454.

⁷⁴ Perlu dipahami bahwa tercabutnya kebebasan semacam itu bisa, dalam beberapa hal tertentu, mencakup kerja paksa yang berat atau dengan kata lain menurunkan derajat seseorang sehingga ia memiliki kepatuhan yang berlebihan sebagaimana dinyatakan dalam Konvensi Pelengkap tentang Penghapusan Perbudakan, Perdagangan Budak, dan institusi-institusi dan Praktik-Praktik yang Sama dengan Perbudakan tahun 1956 (*Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery of 1956*). Juga perlu dipahami bahwa tindakan yang digambarkan di dalam unsur-unsur ini mencakup perdagangan orang, khususnya wanita dan anak-anak.

Perbudakan tahun 1926 diadopsi. Bentuk tradisional dari perbudakan dan perdagangan budak memang hampir tidak ada lagi, namun bentuk lain dari perbudakan masih tetap ada seperti perhambaan (*servitude*), kerja paksa (*forced labour*) dan perdagangan manusia khususnya wanita dan anak-anak. Larangan perbudakan juga dapat ditemukan hampir di dalam instrumen umum HAM misalnya Pasal 4 Deklarasi Universal HAM, Pasal 8 Kovenan Hak Sipil dan Politik (ICCPR), Pasal 6 (1) Pasal 6 (1) Konvensi Amerika tentang HAM. Dalam situasi konflik bersenjata, semua bentuk perbudakan juga merupakan pelanggaran terhadap hukum humaniter.⁷⁵

Sejak 1945, perbudakan masuk ke dalam kategori kejahatan terhadap kemanusiaan, termasuk juga praktek-praktek yang berhubungan dengan kerja paksa. Pasal 6(c) Piagam Nuremberg memasukkan perbudakan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan dan deportasi untuk melakukan kerja paksa sebagai kejahatan perang. Beberapa terdakwa dalam pengadilan Nuremberg dituntut atas kejahatan terhadap kemanusiaan karena melakukan perbudakan, dan kejahatan perang karena melakukan deportasi untuk kerja paksa. ILC dalam komentarnya tentang Pasal 18 (d) *Draft Code 1996* memasukkan perbudakan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan :

“Perbudakan berarti memberikan status atau memperlakukan seseorang sebagai budak atau pekerja paksa di mana status/perlakuan tersebut bertentangan dengan standar hukum internasional yang telah diakui banyak negara.”

Sejak akhir Perang Dunia II, kejahatan perbudakan telah mencakup perhambaan (*servitude*), kerja paksa dan kerja wajib (*forced and compulsory labour*). Definisi perbudakan seperti yang diatur dalam Pasal 1 para. (1) Konvensi Perbudakan tahun 1926 adalah “status atau kondisi seseorang yang diberikan oleh orang yang menguasainya yang memiliki hak kepemilikan terhadapnya”. Konsep perhambaan (*servitude*) memiliki arti yang lebih luas dibandingkan dengan definisi tradisional dari perbudakan yakni “semua bentuk dominasi atau perendahan derajat manusia oleh manusia lainnya”, termasuk praktek-praktek yang menyerupai perbudakan misalnya perbudakan karena utang (*debt bondage*), perdagangan wanita dan anak-anak, perlibatan wanita secara paksa, pekerja anak dan prostitusi, di mana para korban tidak hanya dieksploitasi secara ekonomi namun juga secara keseluruhan. Definisi kerja paksa (*forced and compulsory labour*) dalam *ILO Conventions No.29* adalah “segala bentuk pekerjaan atau jasa yang diperas dari seseorang di bawah ancaman segala penghukuman dan di mana korban tersebut tidak pernah menawarkan dirinya secara sukarela untuk bekerja”.

Berdasarkan penjelasan Pasal 9 UU 26/2000, yang dimaksud dengan “perbudakan” dalam ketentuan ini termasuk perdagangan manusia, khususnya perdagangan wanita dan anak-anak.

⁷⁵ Pasal 4 (2) (f) Protokol Tambahan II 1977 melarang “perbudakan dan perdagangan budak dalam bentuk apapun” dalam konflik bersenjata internal.

4. pengusiran dan pemindahan penduduk secara paksa (Pasal 9 huruf d)

Unsur-unsurnya :

1. Pelaku mengusir/mendeportasi⁷⁶ atau dengan cara memaksa⁷⁷ memindahkan⁷⁸ satu orang atau lebih ke negara lain atau lokasi lain, dengan tindakan-tindakan memaksa atau tekanan lainnya tanpa alasan yang diperkenankan menurut hukum internasional. Orang atau orang-orang tersebut secara sah berada di wilayah atau tempat dari mana mereka kemudian diusir atau dipindahkan.
2. Pelaku menyadari atau mengetahui keadaan-keadaan faktual yang memenuhi persyaratan sah dari keberadaan orang atau orang-orang itu di tempat mereka berada itu.

Walaupun istilah ini tidak selalu digunakan secara konsisten dalam hukum internasional, namun terdapat perbedaan umum mengenai istilah ini. Pengusiran (*deportation*) berarti “pemindahan secara paksa penduduk suatu negara ke negara lain”, sementara “pemindahan penduduk” (*transfer*) berarti pemindahan secara paksa penduduk dari suatu daerah ke daerah lain yang masih dalam wilayah suatu negara.

a. Pengusiran

Sebelum Perang Dunia II, deportasi orang-orang asing serta bangsa tertentu dari suatu negara ke negara lain atau wilayah pendudukan telah dikutuk oleh dunia internasional. Namun pemindahan penduduk secara paksa antara Yunani dan Turki setelah Perang Dunia I tetap diakui oleh Perjanjian *Lausanne*, dan Sekutu telah menyetujui pengusiran etnis Jerman dan bangsa Jerman dari negara-negara Eropa Tengah dan Timur setelah Perang Dunia II.

Namun sejak diadopsinya Piagam Nuremberg, khususnya Pasal 6 (c) yang melarang dilakukannya deportasi, deportasi secara paksa oleh suatu negara terhadap warganegaranya atau orang asingnya melewati batas negara lain, baik dari wilayah suatu negara atau dari wilayah pendudukan, merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan. Instrumen HAM telah mendefinisikan berbagai keadaan di mana deportasi suatu bangsa adalah bertentangan dengan hukum dan standar internasional. Instrumen ini juga mengatur larangan deportasi terhadap orang-orang asing.

b. pemindahan penduduk secara paksa

Laporan dari Konferensi Perdamaian (*Peace Conference Report*) tahun 1919 dan Pasal 2(c) Konvensi Apartheid tahun 1973 menjelaskan bahwa pemindahan penduduk secara paksa yang masih dalam batas wilayah satu negara adalah merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan. Pengungsian internal juga dilarang berdasarkan hukum humaniter

⁷⁶ Statuta Roma menggunakan istilah deportasi yang kemudian diterjemahkan dengan istilah “pengusiran” dalam UU 26/2000

⁷⁷ Terminologi “secara atau dengan memaksa” (*forcibly*) tidak hanya terbatas pada pemaksaan secara fisik, tetapi juga mencakupi ancaman pemaksaan atau membuat seseorang mau tidak mau harus mengikuti kemauan yang memerintahkan itu. Hal ini bisa disebabkan oleh misalnya takut akan tindakan kekerasan yang bakal menimpanya, pemaksaan kehendak, penyekapan, serangan psikologis atau penyalagunaan kekuasaan terhadap orang atau orang-orang atau seorang lain, atau dengan mengambil keuntungan dari lingkungan yang memaksa/kursif.

⁷⁸ “Dideportasikan atau dipindahkan dengan cara memaksa” (*deported or forcibly transferred*) bisa digunakan secara bergantian dengan maksud yang sama dengan frase “diusir dengan cara memaksa” (*forcibly displace*).

internasional, kecuali dalam keadaan dan waktu tertentu.⁷⁹ Prinsip ke-5 dan ke-6 dari Pedoman Prinsip-Prinsip tentang Pengungsian Internal yang dibuat oleh Perwakilan Sekretaris Jenderal PBB melarang pengungsian seseorang secara sewenang-wenang dalam suatu wilayah, dan prinsip ke-7 dan ke-8 memberikan rincian yang harus ditaati ketika melaksanakan pengungsian yang sesuai dengan hukum internasional. Hal ini juga diatur oleh instrumen hukum HAM lainnya.⁸⁰

Statuta Roma tidak secara tegas membedakan antara deportasi (*deportation*) dan pemindahan (*transfer*). Tetapi secara umum, deportasi didefinisikan sebagai “memaksa orang-orang untuk melewati batas negara” dan pemindahan (*transfer*) sebagai “memaksa orang-orang untuk berpindah dari suatu tempat ke tempat lain tanpa melintasi batas negara”. Sedangkan untuk istilah “paksa” dan “dipaksa” harus diartikan secara luas dan konsisten sesuai dengan tujuan dari Statuta yang meliputi setiap bentuk dari pemaksaan yang membuat perginya orang-orang dari suatu daerah tempat tinggalnya.

Berdasarkan penjelasan Pasal 9 UU 26/2000, yang dimaksud dengan “pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa” adalah pemindahan orang-orang secara paksa dengan cara pengusiran atau tindakan pemaksaan yang lain dari daerah di mana mereka bertempat tinggal secara sah, tanpa didasari alasan yang diizinkan oleh hukum internasional.

5. perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lainnya secara sewenang-wenang (Pasal 9 huruf e)

Unsur-unsurnya :

1. Pelaku memenjarakan (*imprisonment*)⁸¹ satu orang atau lebih atau secara kejam (*severe*) mencabut kebebasan fisik orang atau orang-orang tersebut.
2. Tingkat keseriusan tindakan tersebut termasuk dalam kategori tindakan pelanggaran terhadap aturan-aturan fundamental dari hukum internasional.
3. Pelaku menyadari keadaan-keadaan faktual yang turut menentukan kadar keseriusan tindakan tersebut.

Hukum dan standar internasional melarang perampasan kemerdekaan dan perampasan fisik lain sebagai bagian dari hukum HAM baik dalam kerangka kejahatan terhadap kemanusiaan atau sebagai pelanggaran terhadap perjanjian-perjanjian internasional, standar HAM dan juga bagian dari aturan dalam hukum humaniter. Larangan melakukan penahanan sewenang-wenang dan hak untuk mendapatkan pengadilan yang adil (*fair trial*) telah diatur dalam banyak instrumen HAM⁸². Hal ini juga

⁷⁹ Pasal 49 Konvensi Jenewa IV melarang “ pemindahan-pemindahan paksa perorangan atau masal, demikian pula deportasi orang-orang yang dilindungi dari wilayah yang diduduki ke wilayah kekuasaan pendudukan atau ke wilayah negara manapun, baik yang diduduki maupun tidak” serta “apabila keamanan penduduk atau alasan militer yang mendesak menghendakinya”.

⁸⁰ Pasal 13 (1) Deklarasi Universal HAM mengakui hak untuk bebas berpindah dan menetap dalam suatu wilayah negara. Pasal 12 para.1 dan 3 dari ICCPR mengatur hak setiap orang untuk berpindah dan menetap secara sah dalam wilayah suatu negara.

⁸¹ Istilah memenjarakan di sini termasuk juga pengurungan (kurungan)

⁸² Lihat Pasal 9., 10, 11 Deklarasi Universal HAM 1948 serta pasal 9, 14, 15 ICCPR.

diatur dalam Statuta ICTY 1993, ICTR 1994 dan Statuta Roma⁸³. Hak untuk mendapatkan pengadilan yang layak secara jelas telah dinyatakan sebagai hak yang tidak dapat dikurangi dalam hukum humaniter (Konvensi Jenewa dan Protokolnya). Konsep dari kesewenang-wenangan berdasarkan hukum internasional mencakup pemenjaraan yang tidak sah dan pencabutan kebebasan yang bertentangan baik dengan hukum internasional walaupun diperkenankan dalam hukum nasional.

Kelompok Kerja PBB (*UN Working Group*) yang menangani penahanan sewenang-wenang mendefinisikan beberapa kategori dari perampasan kemerdekaan secara sewenang-wenang berdasarkan standar internasional :

“(a) Kategori I : Sama sekali tidak ada dasar hukum yang membenarkan tindakan perampasan kemerdekaan (misalnya ketika seseorang tetap ditahan ketika masa tahanannya selesai, atau ketika ia telah diberi amnesti)

(b) Kategori II : Perampasan kemerdekaan merupakan akibat dari dilakukannya hak dan kebebasan seperti yang diatur dalam Pasal 7, 13, 14, 18, 19, 20 dan 21 dari Deklarasi Universal HAM dan kemudian diatur dalam Pasal 12, 18, 21, 22, 25, 26, dan 27 dari ICCPR)

(c) Kategori III : Semua atau sebagian norma-norma HAM internasional yang berhubungan dengan pengadilan yang adil (*fair trial*) sebagaimana diatur dalam Deklarasi Universal HAM, dan juga dalam instrumen internasional lain yang berkaitan dan yang telah diterima oleh negara-negara, untuk lebih menekankan karakter kesewenang-wenangan dari tindakan perampasan kemerdekaan.”⁸⁴

Kategori lain yang dapat menimbulkan tindakan penahanan sewenang-wenang adalah ketika terhadap tahanan tersebut dilakukan penyiksaan, atau tindakan tidak berperikemanusiaan lainnya.

a. perampasan kemerdekaan

Para penyusun Statuta Roma menginginkan kata “pemenjaraan” (*imprisonment*) diartikan dalam arti sempit sebagai pemenjaraan setelah putusan pengadilan, atau dalam arti luas sebagai penahanan (*detention*) seperti yang diatur dalam *Allied Control Council No.10*. Akhirnya diputuskan bahwa “perampasan kemerdekaan fisik” diartikan dalam arti sempit. Dalam perkembangannya, istilah ini memiliki arti yang sangat luas dan dapat mencakup berbagai bentuk dari pembatasan kemerdekaan fisik termasuk penahanan rumah, penahanan kota atau pembatasan lainnya. Tidak ada penjelasan lebih lanjut dalam Statuta maupun UU ini mengenai arti dari kata “mendalam” (*severe*). Sehingga, sudah menjadi hak dari Pengadilan untuk menentukan secara kasus per kasus apakah tindakan pencabutan kebebasan fisik itu “mendalam” (*severe*) atau tidak, dan sebagai pertimbangan dapat dilihat dari berbagai keadaan misalnya :

- apakah tahanan tersebut menjadi objek dari penyiksaan, intimidasi atau tindakan tidak berperikemanusiaan lainnya;
- apakah hubungan tahanan dengan dunia luar dihentikan atau tahanan diisolasi;

⁸³ Pasal 18, 20-23, dan 25 Statuta ICTY 1993; Pasal 17, 19-22, dan 24 Statuta ICTR ; Rule of Procedure dari kedua Statuta di atas; serta Pasal 55, 63-69 Statuta Roma.

⁸⁴ Laporan dari *UN Working Group on Arbitrary Detention*, UN Doc.E/CN.4/1998/44, para.8

- apakah penahanan tersebut merupakan rangkaian dari penahanan yang dilakukan berulang-ulang.

Walaupun beberapa anggota dari Kelompok Kerja PBB menginginkan digunakannya istilah “penahanan” (*detention*) yang definisinya sudah jelas diatur dalam hukum internasional, namun istilah “perampasan kemerdekaan” (*deprivation of liberty*) dapat diartikan lebih luas dari istilah “penahanan” (*detention*)

b. ketentuan pokok hukum internasional

Aturan-aturan hukum internasional mempunyai arti yang luas, tidak hanya mencakup perjanjian, namun juga hukum kebiasaan internasional serta prinsip-prinsip umum hukum⁸⁵. Bukti-bukti tentang adanya prinsip-prinsip umum hukum dapat dilihat dalam berbagai instrumen termasuk mengenai hak-hak para tahanan. Pengadilan diberi kebebasan untuk menentukan aturan-aturan fundamental tentang hak-hak tahanan ini, namun tentu saja ada batas-batas minimum dari hak tahanan yang harus dihormati yakni :

- hak tahanan untuk bebas dari penahanan sewenang-wenang
- hak tahanan untuk mendapatkan pengadilan yang adil (*fair trial*), di mana hampir semua perjanjian, piagam maupun aturan beracara pengadilan internasional sudah mengaturnya, misalnya :
 1. akses untuk mendapatkan keadilan
 2. keputusan bersalah atau tidaknya tahanan harus ditentukan oleh pengadilan
 3. membebaskan tahanan apabila penahanan itu tidak sah.
 4. pengadilan yang tidak berpihak dan kompeten

6. penyiksaan (Pasal 9 huruf f)

Unsur-unsurnya :

1. Pelaku membuat seseorang atau orang-orang mengalami rasa sakit atau penderitaan yang mendalam (*severe*) baik secara fisik maupun mental.
2. Orang atau orang-orang itu berada dalam tahanan atau berada di bawah kontrol pelaku bersangkutan.
3. Rasa sakit atau penderitaan tersebut bukan akibat yang ditimbulkan dan tidak inherent atau diakibatkan oleh penghukuman yang sah.

Penyiksaan telah diakui sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan sejak tahun 1919. Hak untuk bebas dari Penyiksaan juga telah dinyatakan oleh hampir seluruh aturan instrumen HAM internasional sebagai hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

Konvensi tentang Penyiksaan memberikan definisi penyiksaan sebagai berikut :

”Setiap perbuatan dengan sengaja yang menimbulkan rasa sakit atau penderitaan-penderitaan yang luar biasa terhadap jasmani atau rohani, yang dilakukan oleh atau karena hasutan, persetujuan, sepengetahuan aparat negara yang bertujuan untuk memperoleh keterangan, pengakuan atau sebagai penghukuman, atau ancaman atau

⁸⁵ M.N.Shaw, International Law, 4th edition, 1997.

alasan-alasan yang berdasarkan diskriminasi. Tidak termasuk penyiksaan apabila rasa sakit atau penderitaan tersebut timbul sebagai akibat dari penghukuman yang sah”⁸⁶

Selanjutnya, berdasarkan penjelasan Pasal 9 huruf f UU 26/2000, yang dimaksud dengan “penyiksaan” adalah dengan sengaja atau melawan hukum menimbulkan kesakitan atau penderitaan yang berat, baik fisik maupun mental, terhadap seorang tahanan atau seseorang yang berada di bawah pengawasan.

7. perkosaan atau bentuk kekerasan seksual lainnya (Pasal 9 huruf g)

a. perkosaan

Unsur-unsurnya:

1. Pelaku menyerang (*invade*)⁸⁷ badan seseorang dengan tindakan yang berakibat pada penetrasi, bahkan dengan begitu kasar, pada bagian apa saja dari badan korban atau dari badan pelaku dengan organ seksual, atau pada bagian lubang dubur atau organ genital korban dengan menggunakan benda atau objek apa pun atau bagian apa pun dari badan pelaku.
2. Penyerangan itu dilakukan dengan kekuatan memaksa, atau dengan tindakan paksaan atau tekanan atau tindakan yang membuat seseorang mau tidak mau harus mengikuti kemauan yang memerintahkan itu; hal ini bisa disebabkan oleh misalnya takut akan tindakan kekerasan yang akan menimpanya, pemaksaan kehendak, penyekapan, serangan psikologis atau penyalagunaan kekuasaan terhadap orang atau orang-orang atau seorang lain, atau dengan mengambil keuntungan dari lingkungan yang memaksa (*coersive*), atau penyerangan itu dilakukan terhadap orang yang tidak memiliki kemampuan dalam memberikan kerelaan atau menyatakan kesediaan sesungguhnya.⁸⁸

Pada awalnya, kejahatan perkosaan dan kekerasan seksual lain belum diatur dalam berbagai perjanjian mengenai *Jus in Bello* serta perjanjian mengenai kejahatan terhadap kemanusiaan sebelum perang Dunia II. Hal ini terlihat dari Pasal 50 Konvensi Jenewa I, pasal 51 Konvensi Jenewa II, pasal 14,52, dan 130 Konvensi Jenewa III, pasal 27 Konvensi Jenewa IV. Perkosaan juga belum diatur dalam Piagam Nuremberg dan Tokyo walaupun tindakannya sudah masuk dalam “...tindakan tidak berperikemanusiaan lain...”. Tindakan perkosaan pernah dituntut kepada beberapa terdakwa di pengadilan Tokyo ketika terjadi tindak pidana yang meluas yang dilakukan oleh tentara Jepang terhadap penduduk Nanking tahun 1937-1938.⁸⁹

Definisi pertama dari kejahatan terhadap kemanusiaan yang secara jelas memasukan tindakan perkosaan di dalamnya adalah *Control Council No.10*, namun tidak ada satu pun yang dituntut atas tindakan perkosaan berdasarkan aturan ini. Pasal 5 (g)

⁸⁶ Lihat Pasal 1 Konvensi Anti Penyiksaan 1984

⁸⁷ Konsep “penyerangan” (*invasion*) dimaksudkan untuk bercakupan luas sehingga bersifat netral-gender.

⁸⁸ Perlu dipahami bahwa seseorang bisa dikatakan tidak memiliki atau tidak mampu untuk menyatakan kesediaan atau kerelaan sejati jika hal itu telah disebabkan oleh ketidakcakapan alamiah, faktor lain diluar dirinya, atau berkenaan dengan umur. Catatan ini hanya berlaku untuk unsur-unsur yang berkaitan yaitu dalam pasal 7 (1) (g) – 3,5 dan 6.

⁸⁹ B.V.A Rolling/C.F Rutern (eds), *The Tokyo Judgment : The International Military Tribunal of The Far East*, April 29, 1946, November 12, 1948, p.389. Kasus ini kemudian terkenal dengan istilah “Rape of Nanking”.

Statuta ICTY dan Pasal 3 (g) Statuta ICTR, telah memasukkan perkosaan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan tanpa diembel-embeli bentuk kekerasan seksual lain. Beberapa keputusan kedua Pengadilan di atas menyatakan bersalah atas tindakan perkosaan yang dilakukan terdakwa sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan. Sementara dalam keputusan yang lain, terdakwa dinyatakan bersalah atas tindakan perkosaan sebagai bagian dari pelanggaran berat terhadap Konvensi Jenewa dan pelanggaran hukum dan kebiasaan perang.

Perkosaan juga diatur secara khusus sebagai tindakan melawan hukum dalam komentar dari *ILC Draft Statute*.⁹⁰ Pasal 18 (j) dari *ILC Draft Code 1996* adalah instrumen pertama yang menyatakan bahwa prostitusi secara paksa dan kekerasan seksual lain sebagai perkosaan yang merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Dimasukkannya tindakan perkosaan sebagai salah satu yurisdiksi dari Pengadilan Pidana Internasional dapat dikatakan sebagai kritik terhadap hukum humaniter yang secara eksplisit tidak menyebutkan kejahatan ini sebagai tindak pidana. Norma yang ada dalam hukum humaniter memperkenankan tuntutan atas tindakan perkosaan dan prostitusi paksa, namun norma ini mendasarkan tindakan itu sebagai pelanggaran terhadap kehormatan dan reputasi perempuan, dan bukan sebagai tindak pidana terhadap integritas fisik dan mental seseorang. Aturan ini berlaku baik bagi perempuan maupun pria.

Tidak ada definisi mengenai perkosaan baik dalam hukum humaniter maupun hukum HAM internasional. Pelapor Khusus PBB (*Special Rapporteur*) mengenai situasi ketika terjadi perkosaan, perbudakan seks, dan perbudakan yang sistematis pada saat perang termasuk sengketa internal menjelaskan bahwa perkosaan adalah "memasukkan secara paksa, suatu benda, misalnya penis kepada vagina atau anus korban; atau memasukkan secara paksa penis ke dalam mulut korban".

Dalam keputusan kasus *Akayesu*, ICTR menyatakan perkosaan sebagai "invasi fisik secara seksual, yang dilakukan seseorang secara paksa."⁹¹ Dalam beberapa hukum nasional perkosaan didefinisikan sebagai persetubuhan tanpa kerelaan (*non-consensual intercourse*), namun beberapa variasi tindakan perkosaan juga mencakup memasukkan suatu benda dan/atau penggunaan mulut yang bukan merupakan peruntukan seksual. ICTR menyatakan bahwa "ancaman, intimidasi, pemerasan dan berbagai bentuk paksaan yang menimbulkan keputusan dan ketakutan, dan paksaan tersebut harus melekat dalam keadaan tertentu, misalnya konflik bersenjata atau adanya kehadiran militer".

Dalam keputusan kasus *Furundzija*, ICTY menyatakan beberapa unsur dari perkosaan yakni :

- “(a) Penetrasi seksual walaupun ringan:
 - i. terhadap vagina atau anus korban oleh penis pelaku atau benda lain yang digunakan oleh pelaku; atau
 - ii. terhadap mulut korban oleh penis pelaku
- (b) dengan tekanan ,paksaan atau kekerasan atau ancaman kepada korban atau orang ketiga”.

⁹⁰ ILC Report, 1994, p. 76.

⁹¹ *Akayesu Judgment*, supra note 7, para.596-598.

Perkosaan juga bisa dikategorikan sebagai penyiksaan. Dalam kasus *Akayesu*, ICTR menyatakan bahwa “sama halnya dengan penyiksaan, perkosaan adalah pelanggaran terhadap martabat manusia, perkosaan itu sendiri dapat dikatakan sebagai penyiksaan apabila dilakukan atau atas hasutan dari pejabat pemerintah atau orang memiliki kapasitas sebagai pejabat pemerintah.”⁹²

Menurut Pasal 285 KUHP, perkosaan adalah: ”Barangsiapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa perempuan yang bukan isterinya bersetubuh dengan dia, dihukum, karena memperkosa.”.

Bulan Juli 2003, Pengadilan Militer di Lhoksmawe, Aceh Utara, memvonis hukuman penjara antara 2,5 - 3,5 tahun terhadap 6 anggota TNI dalam kasus perkosaan di Aceh. Tentu saja hukuman terhadap mereka terlalu rendah jika dibandingkan dengan tingkat penderitaan korban. Pengadilan Militer tampaknya masih belum berpandangan bahwa kejahatan perkosaan saat konflik bersenjata merupakan kejahatan yang serius. Pada situasi konflik bersenjata kejahatan ini dapat digolongkan sebagai kejahatan perang maupun kejahatan terhadap kemanusiaan.⁹³

b. perbudakan seksual

Unsur-unsurnya:

1. Pelakunya menggunakan kekuasaan apa pun yang melekat pada hak atas kepemilikan terhadap seseorang atau lebih, semisal dengan membeli, menjual, meminjamkan atau mempertukarkan orang atau orang-orang itu, atau dengan mengambil keuntungan dari mereka karena tercerabutnya kebebasan mereka.⁹⁴
2. Pelaku menyebabkan orang atau orang-orang itu terlibat dalam satu atau lebih tindakan yang bersifat seksual.

Dalam paragraf 1 (g), perbudakan seks termasuk ke dalam kejahatan tersendiri, namun harus dianggap sebagai bentuk lain dari perbudakan. Kata “seksual” diartikan sebagai akibat dari tindakan perbudakan, khususnya pembatasan terhadap: otonomi seseorang, kebebasan bergerak dan kekuasaan untuk menentukan hal-hal yang berkaitan dengan kegiatan seksual seseorang.

Perbudakan seksual adalah tindakan pemaksaan mengeksploitasi seksualitas orang lain (pada umumnya namun tidak selalu perempuan) yang dilakukan oleh seseorang atau sekelompok orang (pada umumnya namun tidak selalu laki-laki) demi

⁹² *ibid*, para. 597.

⁹³ Rudi Rizki, *Kekerasan Seksual Terhadap Perempuan di Daerah Konflik : Peluang Pertanggungjawabannya di Indonesia*, dikutip dari Laporan Pelapor Khusus PBB mengenai Kekerasan terhadap Perempuan : *Kekerasan Terhadap Perempuan yang dilakukan Dan/Atau Dibiarkan oleh Negara Selama Berlangsungnya Konflik Bersenjata (1997-2000)*, Publikasi KOMNAS Perempuan, Oktober 2004, p. 97-98.

⁹⁴ Perlu dipahami bahwa tercaploknya atau tercerabutnya kebebasan semacam itu bisa, dalam beberapa hal tertentu, mencakupi kerja paksa yang berat atau sebaliknya menurunkan derajat seseorang sehingga ia memiliki kepatuhan yang berlebihan sebagaimana dinyatakan dalam Konvensi Pelengkap tentang Penghapusan Perbudakan, Perdagangan Budak, dan Institusi-Institusi dan Praktik-Praktik yang Sama dengan Perbudakan tahun 1956 (*Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery of 1956*). Juga perlu dipahami bahwa tindakan yang digambarkan di dalam unsur-unsur ini mencakupi perdagangan orang, khususnya wanita dan anak-anak

memuaskan nafsu seks-nya secara repetitif dalam kurun tertentu. Jugun Ianfu (*Comfort Women*) merupakan contoh dari praktik perbudakan seksual.⁹⁵

Perbudakan seksual juga meliputi situasi dimana wanita dan anak-anak dipaksa untuk “menikah”. Pelapor Khusus Kelompok Kerja PBB mengenai Bentuk-bentuk Perbudakan menyatakan “tindakan memperkosa wanita dan anak-anak di tenda, pemaksaan pernikahan sementara dengan tentara atau praktek-praktek lain yang menjadikan wanita dan anak-anak sebagai objek adalah merupakan bentuk perbudakan”.

Dalam kasus di *Foca*, ICTY berpendapat bahwa perkosaan dianggap memenuhi kualifikasi perbudakan seksual karena memenuhi unsur-unsur berdasarkan Statuta ICTY. Korban-korban yang merupakan perempuan Muslim Bosnia dan Croatia Bosnia tersebut dikurung dalam sebuah rumah yang serupa dengan rumah bordil, mereka diperlakukan sebagai hak milik pribadi pelaku dan menjadi sasaran perkosaan orang-orang Serbia Bosnia dan tentara Yugoslavia, di mana serangan seksual dilakukan berulang kali.⁹⁶ Luka-luka korban akibat perkosaan dan pemukulan yang diderita korban dibiarkan tanpa perawatan medis. Anak perempuan usia 12 tahun ditahan 10 hari dan diperkosa sebanyak 10 kali. Di Uganda Utara, anak-anak perempuan diculik oleh anggota LRS (*the Lord's Resistance Army*) untuk dikawini dan diperkosa secara institusional.⁹⁷

Di Rwanda, beberapa perempuan dipaksa untuk menikah sementara dan memberikan layanan seksual terhadap “suami” mereka untuk menyelamatkan anak-anak mereka dari tindakan genosida. Beberapa perempuan ini dikurung dan atau dibatasi gerakannya, sementara yang lain tetap tinggal di rumah untuk melindungi diri dan anggota keluarganya dari bahaya yang diancam oleh “suami” mereka bila mereka melarikan diri.⁹⁸

c. pelacuran secara paksa / prostitusi paksa

Unsur-unsurnya:

1. Pelaku menyebabkan orang atau orang-orang itu terlibat dalam satu atau lebih tindakan yang bersifat seksual dengan cara memaksa atau dengan tindakan paksaan, atau menekan, atau dengan tindakan yang membuat seseorang mau tidak mau harus mengikuti kemauan yang memerintahkan itu. Hal ini bisa disebabkan oleh misalnya rasa takut akan tindakan kekerasan yang akan menimpanya, pemaksaan kehendak, penyekapan, serangan psikologis atau penyalagunaan kekuasaan terhadap orang atau orang-orang atau seorang lain, atau dengan mengambil keuntungan dari lingkungan yang memaksa (coersive) atau dengan memanfaatkan ketidakcakapan orang atau

⁹⁵ Definisi ini dikembangkan oleh Tim Ad Hoc Aceh Komnas HAM.

⁹⁶ Ifdhal Kasim, “Elemen-Elemen Kejahatan dari Crimes Against Humanity” : Sebuah Penjelasan Pustaka”, Jurnal HAM, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Vol.2 No,2 November 2004, p. 58

⁹⁷ Rudi Rizki, *Kekerasan Seksual Terhadap Perempuan di Daerah Konflik : Peluang Pertanggungjawabannya di Indonesia*, dikutip dari Laporan Pelapor Khusus PBB mengenai Kekerasan terhadap Perempuan : *Kekerasan Terhadap Perempuan yang dilakukan Dan/Atau Dibiarkan oleh Negara Selama Berlangsungnya Konflik Bersenjata (1997-2000)*, Publikasi KOMNAS Perempuan, Oktober 2004, p. 97-98.

⁹⁸ *ibid.*

orang-orang itu dalam memberikan atau menyatakan kesediaan dan kerelaan yang sesungguhnya.⁹⁹

2. Pelaku atau seorang lain memperoleh atau berharap untuk memperoleh imbalan uang atau keuntungan dalam bentuk lain sebagai balasan untuk atau berkenaan dengan dilakukannya tindakan yang bersifat seksual itu.

Prostitusi paksa adalah suatu keadaan di mana seseorang menguasai orang lain secara paksa agar terikat untuk melakukan kegiatan seksual.¹⁰⁰ Walaupun tidak jauh berbeda dengan perbudakan paksa, prostitusi paksa diatur secara terpisah untuk mencakup situasi yang tidak merupakan perbudakan tetapi untuk situasi di mana seseorang terpaksa untuk melakukan aktivitas seksual untuk mendapat imbalan keuangan (*pecuniary*), memperoleh sesuatu yang penting untuk kehidupannya, misalnya makanan, atau untuk menghindari suatu kerusakan atau kerugian yang lebih besar lagi. Keadaan tersebut tidak dapat dikatakan sebagai perkosaan karena sulit untuk memenuhi unsur paksaan, tekanan atau ancaman.

d. pemaksaan kehamilan

Unsur-unsurnya penghamilan paksa adalah di mana pelaku menyekap satu atau lebih perempuan untuk dibuat hamil secara paksa, dengan maksud untuk mempengaruhi komposisi etnik dari suatu populasi atau dengan maksud untuk melakukan pelanggaran serius terhadap hukum internasional.

Kata "paksa" menunjukkan bahwa penghamilan itu dilakukan dengan melibatkan kekerasan, ancaman dan paksaan. Segala bentuk kekerasan itu tentunya menghilangkan kerelaan dari korban untuk menjadi hamil. Penghamilan paksa tidak mensyaratkan bahwa korban harus berada di bawah kekuasaan pelaku atau dalam tahanan, namun tindakan ini dapat juga melibatkan tindakan perkosaan, atau juga termasuk dalam kategori "bentuk lain dari kekerasan seksual yang kekejiannya setara". Dimasukkannya kejahatan ini ke dalam salah satu yurisdiksi dari ICC mengundang kontroversi karena dikhawatirkan kebijakan untuk tidak melakukan aborsi akan diinterpretasikan sebagai penghamilan paksa padahal definisi tidak dapat ditafsirkan sebagai "mempengaruhi hukum nasional berkaitan dengan kehamilan". Penghamilan paksa sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan bukan berarti memberikan hak universal untuk melakukan aborsi, dan apalagi untuk membatasi kompetensi negara menerapkan kebijakan pembatasan kelahiran.¹⁰¹

Pemaksaan kehamilan (*forced pregnancy*) adalah tindakan paksa yang dilakukan oleh seseorang atau sekelompok orang terhadap perempuan dengan maksud untuk

⁹⁹ Perlu dipahami bahwa "persetujuan atau kerelaan sejati" (*genuine consent*) tidak mencakupi persetujuan atau kerelaan yang didapatkan melalui tipu daya atau rayuan untuk menggauli seseorang.

¹⁰⁰ 1998 Slavery Rapporteur Report, para. 31. Istilah "prostitusi paksa" telah dicantumkan dalam berbagai konvensi kemanusiaan internasional namun pengertian ini telah diterapkan secara tidak konsisten dan sering menimbulkan dalah pengertian. Hal ini dikarenakan Special Rapporteur dalam laporannya menggunakan istilah "forced" bukan "enforced" prostitution yang berlawanan dengan Statuta Roma, sehingga kata "forced prostitution" di sini ditulis menggunakan tanda kutip

¹⁰¹ Lihat M.H Arsanjani, "The Rome Statute of the International Criminal Court", *America Journal of International Law*, 93, 1999.

membuat orang perempuan tersebut hamil, baik dengan penetrasi (*penis-vaginal*) maupun dengan cara-cara lainnya, misalnya, namun tidak terbatas pada, inseminasi.¹⁰²

e. sterilisasi secara paksa

Unsur-unsurnya:

1. Pelaku menghilangkan kemampuan reproduksi biologis dari satu atau lebih orang.¹⁰³
2. Tindakan tersebut tidak sah baik dari perlakuan medis terhadap orang atau orang-orang yang disteril itu maupun karena kenyataan bahwa hal itu dilakukan dengan persetujuan atau kesediaan mereka yang sesungguhnya.

Bentuk kejahatan seperti ini terjadi dalam konteks eksperimen medis khususnya yang dilakukan terhadap para tawanan perang dan penduduk sipil di kamp konsentrasi.¹⁰⁴ Tindakan sterilisasi paksa dapat dikatakan sebagai genosida jika dilakukan dengan niat untuk menghancurkan kelompok tertentu baik seluruhnya maupun sebagian. Secara khusus, sterilisasi paksa adalah bentuk “upaya pemaksaan dengan maksud untuk mencegah kelahiran dari suatu kelompok” seperti yang diatur dalam Pasal 6(e) Statuta Roma.

Cina mengajukan keberatan dengan rumusan tersebut karena negara ini memiliki kebijakan satu anak (*one-child policy*) dalam usaha mengendalikan pertumbuhan pendudukannya. Cina menyarankan agar alat-alat pengendalian yang tidak dianggap alat sterilisasi paksa yang dikriminalisasi berdasarkan Statuta Roma adalah yang memiliki “dampak tidak permanen” bukan semata-mata “dampak jangka pendek”. Usul ini mendapat dukungan dari beberapa negara lain. Sehingga pada akhirnya istilah dampak yang tidak permanen dalam praktek” (*a non-permanent effect in practice*), sehingga memberikan fleksibilitas kepada ICC untuk menentukan apakah tindakan pengendalian kelahiran yang dipermasalahkan dalam praktiknya mencabut kapasitas reproduksi biologis korban secara permanen atau tidak.

f. bentuk kekerasan seksual lain yang setara

Unsur-unsurnya :

1. Pelaku melakukan suatu tindakan yang bersifat seksual terhadap satu atau lebih orang atau menyebabkan orang atau orang-orang semacam itu terlibat atau terkait dalam suatu tindakan yang bersifat seksual dengan cara memaksa atau dengan tindakan paksaan, atau tekanan, atau dengan tindakan yang membuat seseorang mau tidak mau harus mengikuti kemauan yang memerintahkan itu; hal ini bisa disebabkan oleh misalnya takut akan tindakan kekerasan yang bakal menimpanya, pemaksaan kehendak, penyekapan, serangan psikologis atau penyalagunaan kekuasaan terhadap orang atau orang-orang atau seorang lain, atau dengan mengambil keuntungan dari lingkungan yang memaksa atau dengan memanfaatkan ketidakcakapan orang atau

¹⁰² Definisi ini dikembangkan oleh Tim Ad Hoc Aceh Komnas HAM.

¹⁰³ Penghilangan itu tidak dimaksudkan untuk mencakupi tindakan-tindakan menyangkut kontrol kelahiran [atau program keluarga berencana, dalam konsep Indonesia] yang tidak memiliki pengaruh permanen dalam praktiknya.

¹⁰⁴ Dalam kasus *Medical*, beberapa tersangka dinyatakan bersalah karena telah melakukan kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan dengan melakukan berbagai macam eksperimen medis misalnya sterilisasi eksperimen. Lihat *TRIALS of WAR CRIMINAL BEFORE NUREMBERG MILITARY TRIBUNAL*, Vols.1 dan 2, Kasus No. 1, United States vs Karl Brandt.

orang-orang itu dalam memberikan atau menyatakan kesediaan dan kerelaan yang sesungguhnya.

2. Tindakan semacam itu merupakan suatu tindakan yang tingkat keseriusannya dapat dibandingkan dengan tindakan-tindakan penyerangan lain dalam Statuta Roma pasal 7, ayat 1 (g).
3. Pelaku menyadari keadaan-keadaan faktual yang turut menentukan kadar keseriusan tindakan tersebut.

”Kekerasan seksual” memiliki arti yang lebih luas dari perkosaan. Istilah ini digunakan untuk menggambarkan segala bentuk pelanggaran yang dilakukan untuk tujuan seksual. Menurut ICTR dalam kasus *Akayesu*, kekerasan seksual di mana perkosaan masuk di dalamnya, adalah semua tindakan seksual yang dilakukan secara paksa oleh seseorang.¹⁰⁵ Kekerasan seksual tidak hanya terbatas pada invasi fisik terhadap tubuh manusia namun juga termasuk tindakan yang tidak menyebabkan penetrasi atau bahkan kontak fisik (misalnya memaksa perempuan telanjang di depan umum)¹⁰⁶. Kata “yang (kekejiannya) setara” tidak diartikan sebagai pengecualian terhadap tindakan yang tidak menyebabkan penetrasi atau melibatkan kontak fisik. Kekerasan seksual meliputi kekerasan secara fisik dan psikologi terhadap karakteristik seksual seseorang.

Dalam kasus *Furundzija*, ICTY menyatakan:

“...aturan hukum internasional tidak hanya menghukum perkosaan namun juga kekerasan seksual serius yang tidak disertai penetrasi nyata. Larangan itu mencakup semua tindakan kekerasan seksual yang merusak integritas fisik dan moral seseorang dan dilakukan dengan paksa, mengancam dengan kekerasan atau intimidasi yang merendahkan martabat seseorang.”¹⁰⁷

8. penganiayaan (Pasal 9 huruf h)

Unsur-unsurnya:

1. Pelaku dengan kejam (*severely*) mencabut hak-hak fundamental dari satu orang atau lebih., bertentangan dengan ketentuan hukum internasional,¹⁰⁸
2. Pelaku menjadikan orang atau orang-orang itu sebagai target dengan alasan identitas suatu kelompok atau menargetkan tindakannya pada suatu kelompok.
3. Penargetan semacam itu didasarkan pada alasan politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, gender sebagaimana dinyatakan dalam Statuta Roma Pasal 7, ayat 3, atau dasar-dasar lain yang diakui secara universal sebagai tindakan yang tidak dibolehkan dalam hukum internasional.
4. Tindakan itu dilakukan dalam kaitan dengan berbagai perbuatan yang dimaksudkan dalam Statuta Roma pasal 7, ayat 1, atau berbagai jenis kejahatan lain yang termasuk dalam yurisdiksi Mahkamah.

Sebelum membahas lebih jauh mengenai definisi dari “penganiayaan”, perlu dijelaskan bahwa istilah penganiayaan yang diatur dalam undang-Undang 26 tahun 2000

¹⁰⁵ *Akayesu Judgment*, supra note 7, para.688.

¹⁰⁶ *Akayesu Judgment* dalam putusan No.14 ICTR.

¹⁰⁷ *Prosecutor vs Furundzija, Judgment, Case.IT-97-17/I-T 10 December 1998.* para. 186

¹⁰⁸ Persyaratan ini adalah tanpa prejudis atau tidak melanggar ketentuan ayat 6 dari Pengantar Umum dari Unsur-Unsur Kejahatan ini.

ini adalah penganiayaan dalam arti “*persecution*” sebagaimana dimaksud dalam Statuta Roma. Bukan dalam konteks “penganiayaan” dalam KUH Pidana Indonesia.

Definisi persekusi selain telah diatur dalam berbagai instrumen HAM sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan, juga diatur dalam Piagam Nuremberg, Piagam Tokyo serta *Control Council No.10*. Dalam setiap instrumen di atas, dijelaskan mengenai perbedaan antara “pembunuhan” sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan, dengan “persekusi”.

a. definisi penganiayaan

Dalam komentar Pasal 21 dari *Draft Code* 1991, ILC menyatakan bahwa persekusi (*persecution*) adalah : “berhubungan dengan pelanggaran HAM yang tidak disebutkan dalam paragraf sebelumnya...(di mana) sebagai subjeknya adalah individu atau kelompok individu yang tidak bisa lagi menikmati hak-hak dasar mereka sebagai manusia”¹⁰⁹. Dalam komentar *Draft Code* di atas, beberapa negara menyatakan bahwa tidak ada definisi yang baku tentang persekusi di semua instrumen internasional, walaupun ada satu negara yang menyatakan bahwa kejahatan “persekusi dengan dasar sosial, politik, ras agama dan budaya” adalah sangat samar dan artinya sangat luas sehingga dapat mencakup kejahatan apapun.

Persecution dalam Statuta Roma adalah “..perampasan hak-hak fundamental secara sengaja dan kasar yang bertentangan dengan hukum internasional karena alasan identitas kelompok atau kolektivitas.”

b. kelompok-kelompok yang teridentifikasi atau kolektivitas

Statuta Roma tidak membatasi persekusi sebagai kejahatan yang hanya dilakukan terhadap bangsa, etnisitas, ras atau kelompok agama, berbeda dengan kejahatan genosida. Kelompok atau kolektivitas dan anggotanya harus dapat “diidentifikasi (*identifiable*)”, baik berdasarkan kriteria objektif atau berdasarkan pikiran tersangka. Dalam paragraf 1 (h) juga dijelaskan adanya maksud diskriminatif dari pelaku untuk melakukan persekusi. Paragraf 2 (g) menyatakan persekusi sebagai “...pencabutan hak-hak fundamental...karena alasan identitas dari suatu kelompok atau kolektivitas”. Kelompok atau kolektivitas harus dapat diidentifikasi oleh tersangka, baik berdasarkan kriteria objektif maupun karena kelompok atau kolektivitas itu berbeda dengan kelompok atau kolektivitas dari pelaku.

c. alasan

Beberapa instrumen yang mengatur mengenai persekusi sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan mencantumkan syarat persekusi harus dilakukan berdasarkan salah satu alasan/dasar. Piagam Nuremberg mencantumkan persekusi “dengan dasar politik, ras, dan agama”, sedangkan Piagam Tokyo menyatakan persekusi dilakukan atas dasar agama. Dalam *Draft Code* 1945, baik “pembunuhan” maupun persekusi dinyatakan sebagai “tindakan tidak berperikemanusiaan”, yang dilakukan atas “dasar sosial, politik, agama, dan budaya”.

Statuta ICTR tidak hanya menyebutkan beberapa dasar tersebut sebagai alasan kejahatan persekusi (atas dasar politik, ras dan agama), namun dasar tersebut juga sebagai

¹⁰⁹ U.N Doc A/50/22 (1995), p.17 ; ILC Special Rapporteur Report, 1995, p. 20

alasan dilakukannya kejahatan terhadap kemanusiaan (atas dasar bangsa, politik, etnis, ras dan agama), sehingga disyaratkan harus adanya “maksud diskriminatif” bagi kejahatan terhadap kemanusiaan.

Walaupun adanya “maksud diskriminatif” belum diatur dalam Pasal 5 Statuta ICTY, namun keputusan ICTY dalam kasus *Tadic* menyatakan “...karena syarat adanya maksud diskriminatif atas dasar bangsa, politik, etnis, ras dan agama bagi semua jenis kejahatan terhadap kemanusiaan sudah diatur dalam Laporan Sekretaris Jenderal, dan sejak beberapa negara anggota Dewan Keamanan menginterpretasikan Pasal 5 sebagai tindak pidana yang dilakukan dengan dasar diskriminatif, Pengadilan kemudian mengadopsi syarat tersebut bagi seluruh kejahatan terhadap kemanusiaan yang diatur dalam pasal 5.”¹¹⁰

d. alasan politis, ras, bangsa, etnis, budaya, agama, jenis kelamin

“Alasan politis” dapat diinterpretasikan sebagai “alasan negara dan pemerintahan, atau hubungan masyarakat pada umumnya” dan tidak hanya terbatas pada anggota partai politik tertentu atau ideologi tertentu. Sehingga, kata “politik” dapat diartikan sebagai masalah hubungan dalam masyarakat seperti masalah lingkungan hidup dan kesehatan. Jadi, kejahatan persekusi bisa juga dilakukan atas dasar adanya perbedaan opini mengenai masalah kesehatan dan lingkungan hidup.

Persekusi “dengan alasan ras” sudah diatur dan diakui negara-negara semenjak hal ini diatur dalam Pasal 1 Konvensi mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Ras yakni “segala perbedaan, pengecualian, atau pembatasan terhadap ras, warna kulit, bangsa atau asal usul etnis”.¹¹¹

Konsep “bangsa” lebih luas dari warganegara dan dapat mencakup kelompok yang dianggap merupakan suatu bangsa walaupun anggota dari kelompok tersebut berada di lebih dari satu negara.

Istilah “etnis” (*ethnic*) lebih sempit dari istilah “etnisitas” (*ethnicity*) dalam Pasal II Konvensi Genosida. Digunakannya istilah etnisitas (*ethnicity*) dimaksudkan untuk mencakup pengguna bahasa tertentu sehingga pertimbangan ras bukan karakteristik yang dominan tetapi lebih diartikan sebagai keseluruhan tradisi dan warisan budaya.¹¹²

Istilah “budaya” walaupun terdapat dalam berbagai instrumen hukum internasional tetapi tidak ada kesepakatan mengenai definisi ini menurut hukum internasional. Untuk tujuan perlindungan yang dikehendaki oleh Statuta Roma, diusulkan agar digunakan pengertian yang lebih luas yang mencakup kebiasaan-kebiasaan, kesenian, lembaga-lembaga kemasyarakatan, dan lain-lain dari suatu kelompok/bangsa tertentu.

Persekusi yang didasari oleh “agama” seharusnya juga mencakup persekusi terhadap kelompok yang tidak beragama atau berpandangan atheis.

¹¹⁰ *Prosecutor vs Tadic*, Opinion and Judgment, Case No. IT-94-I-T, 7 May 1997, para. 652

¹¹¹ *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, diadopsi dalam Resolusi Majelis Umum 2106 A (XX), 21 Desember 1965, mulai berlaku tanggal 4 Januari 1969, Pasal. 1

¹¹² Sweden Proposal, E/794.U.N.DOC.A/C.6/230/Corr.1 (1948) atas kutipan Machteld Boot/Rodney Dixon/Christopher K.Hall, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observer's Note, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999

Istilah “jenis kelamin” pengertiannya mengacu kepada pengertian umum yang biasa digunakan dalam berbagai instrumen HAM internasional tentang diskriminasi berdasarkan jenis kelamin.

e. alasan-alasan lain yang diakui secara universal

Istilah “diakui secara universal” harus diartikan sebagai “diakui secara luas” (*widely recognized*) bukan diartikan bahwa semua negara harus mengakui bahwa alasan-alasan khusus / tertentu tersebut tidak diperkenankan. Dalam hal ini standar – standar yang tercantum dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia dan Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik dianggap sebagai telah diakui secara universal dan pelanggaran terhadapnya tidak diperkenankan oleh hukum internasional. Terlebih lagi Deklarasi Universal HAM telah dianggap sebagai hukum kebiasaan internasional, sehingga dapat diterapkan secara langsung oleh Pengadilan (lihat Pasal 21 Statuta Roma).

f. hubungan antara persekusi dengan perbuatan-perbuatan kejahatan terhadap kemanusiaan atau kejahatan-kejahatan lain yang berada dalam yurisdiksi Pengadilan Hak Asasi Manusia

Persekusi harus dikaitkan terhadap perbuatan-perbuatan yang tercantum dalam pasal 9, pasal 8 Undang-undang No.26 tahun 2000 atau kejahatan-kejahatan lain seperti perang dan agresi. Sebagai perbuatan yang termasuk dalam kejahatan terhadap kemanusiaan, persekusi harus memenuhi unsur meluas atau sistematis dengan mengaitkan salah satu dari perbuatan-perbuatan kejahatan terhadap kemanusiaan seperti pembunuhan, perkosaan atau perbuatan diskriminasi sebagai bagian dari kejahatan apartheid, walaupun masing-masing perbuatan tersebut merupakan kejahatan yang independen menurut Undang-Undang ini.

9. penghilangan orang secara paksa (Pasal 9 huruf i)

Unsur-unsurnya:

1. Pelaku:
 - (a) Menangkap (*arrested*), menahan (*detained*)^{113,114} atau menculik (*abducted*) satu orang atau lebih; atau
 - (b) Menolak untuk mengakui penangkapan, penahanan atau penculikan, atau menolak memberikan informasi menyangkut nasib atau keberadaan orang atau orang-orang itu.
2. (a) Penangkapan, penahanan atau penculikan tersebut, diikuti atau disertai dengan suatu penolakan untuk mengakui pencabutan kebebasan atau menolak memberikan informasi tentang nasib atau keberadaan orang atau orang-orang itu; atau
(b) Penolakan semacam itu dilakukan atau disertai dengan dicabutnya kebebasan yang dimaksud.
3. Pelakunya menyadari bahwa:¹¹⁵

¹¹³ Kata “menahan” (*detain*) akan mencakup pelaku yang melanggengkan penahanan yang sudah dilakukan.

¹¹⁴ Perlu dipahami bahwa dalam kondisi-kondisi tertentu, penangkapan atau penahanan bisa bersifat legal atau mendapatkan pembenaran secara hukum.

¹¹⁵ Unsur ini, yang disisipkan karena adanya kompleksitas kejahatan ini, adalah tanpa prejudis atau tidak dimaksudkan untuk melanggar ketentuan dalam Pengantar Umum dari Unsur-Unsur Kejahatan ini.

- (a) Penangkapan, penahanan atau penculikan tersebut akan diikuti dengan suatu rangkaian tindakan yang biasanya dilakukan dengan penolakan untuk mengakui adanya pencabutan kebebasan semacam itu atau untuk memberikan informasi tentang nasib atau keberadaan orang atau orang-orang itu;¹¹⁶ atau
 - (b) Penolakan semacam itu dilakukan atau disertai dengan dicabutnya kebebasan yang dimaksud.
4. Penangkapan, penahanan atau penculikan tersebut dilakukan dengan, atau melalui pengesahan, dukungan atau bantuan dari suatu negara atau organisasi politik.
 5. Penolakan untuk mengakui dicanutnya kebebasan tersebut atau untuk memberikan informasi tentang nasib atau keberadaan orang atau orang-orang itu yang dilakukan dengan, atau melalui pengesahan, dukungan atau bantuan dari suatu negara atau organisasi politik.
 6. Pelaku bermaksud untuk menghilangkan perlindungan hukum orang atau orang-orang itu untuk suatu jangka waktu lama yang tak tentu.

Dengan mengacu kepada Deklarasi PBB ttg Penghilangan Orang Secara Paksa 1992, unsur –unsur “penghilangan orang secara paksa” adalah ketika seseorang dicabut kebebasannya baik dengan cara penangkapan, penahanan, penculikan ataupun dengan cara-cara lain, yang berlawanan dengan kehendaknya, yang dilakukan oleh aparat pemerintah dari berbagai tingkatan atau cabang-cabang pemeritahan, atau oleh kelompok yang tergorganisir maupun perorangan yang bertindak atas, atau dengan dukungan, atau secara langsung maupun tidak langsung atas izin atau persetujuan dari pemerintah, yang diikuti dengan perahasiaan atau penolakan pemberitahuan mengenai nasib dan keberadaan korban, atau suatu penolakan untuk memberitahukan pencabutan kebebasannya sehingga menempatkannya di luar jangkauan perlindungan hukum.

Dari hal diatas dapat disimpulkan bahwa salah satu unsur terpenting dari penghilangan orang secara paksa adalah dicabutnya kebebasan seseorang yang dilakukan dengan cara-cara penangkapan, penahanan dan penculikan. Cara-cara tersebut setidak-tidaknya dianggap telah cukup meliputi berbagai cara pencabutan kebebasan seseorang. Namun cara-cara tersebut memang harus dimaksudkan untuk mencabut hak korban untuk mendapatkan perlindungan hukum.

Komisi Hukum Internasional memasukan penghilangan orang secara paksa sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan karena kekejamannya yang sangat ekstrim. Sedangkan Konvensi Inter Amerika tentang Penghilangan Orang Secara Paksa menegaskan bahwa praktik sitematik penghilangan orang merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Berdasarkan penjelasan Pasal 9 UU 26/2000 huruf i, yang dimaksud dengan penghilangan orang secara paksa” yakni 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.

¹¹⁶ Perlu dipahami bahwa, dalam hal seorang pelaku yang melanggengkan penahanan yang dilakukan itu, unsur ini akan memenuhi persyaratan jika pelakunya menyadari atau mengetahui bahwa penolakan semacam itu telah terjadi atau telah dilakukan.

10. kejahatan apartheid (Pasal 9 huruf j)

Unsur-unsurnya :

1. Pelaku melakukan tindakan-tindakan yang tidak manusiawi terhadap satu orang atau lebih.
2. Tindakan semacam itu adalah suatu tindakan yang dimaksudkan dalam Stautu pasal 7, ayat 1, atau merupakan suatu tindakan yang berkarakter sama dengan tindakan-tindakan yang dimaksudkan itu.¹¹⁷
3. Pelaku menyadari mengenai keadaan-keadaan faktual yang turut menentukan karakter tindakan tersebut.
4. Tindakan tersebut dilakukan dalam konteks suatu rezim terinstitusionalisasi dari suatu opresi atau kelaliman dan dominasi atau kesewenangan yang sistematis oleh suatu kelompok ras tertentu terhadap kelompok atau kelompok-kelompok ras lainnya.
5. Melalui tindakan tersebut pelaku bermaksud untuk melanggengkan rezimnya .

Yang dimaksud dengan kejahatan apartheid adalah perbuatan-perbuatan yang tidak manusiawi yang memiliki karakteristik sama dengan kejahatan terhadap kemanusiaan pada umumnya, yang dilakukan dalam konteks suatu rejim yang menindas dan mendominasi secara sistematis yang dilakukan oleh suatu kelompok ras terhadap kelompok atau kelompok-kelompok ras lainnya, dengan maksud untuk melanggengkan rejim tersebut. Afrika Selatan pada saat menganut politik apartheid (dan juga Amerika Serikat) sistem hukumnya mengatur pemisahan ras dalam hal perumahan, pendidikan, pelayanan kesehatan, ketenagakerjaan, dan pada kenyataannya meliputi semua sektor kehidupan publik dan privat yang melibatkan pelanggaran hak asasi manusia secara sistematis dan meluas. Diakuinya apartheid sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan telah berlangsung pada tahun 60an ketika Majelis Umum PBB secara berulang-ulang mengutk apartheid. Konvensi tentang Tidak Belakunya Daluwarsa bagi Kejahatan Perang dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan tahun 1968 mendefinisikan kejahatan terhadap kemanusiaan “termasuk perbuatan-perbuatan tidak manusiawi yang ditimbulkan dari kebijakan apartheid”.

Konvensi Apartheid tahun yang disahkan PBB tahun 1973 secara tegas menyatakan bahwa apartheid merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan (Pasal 1). Kemudian Protokol Tambahan I Konvensi Jenewa 1949 juga menyatakan bahwa praktik-praktik apartheid, dan perbuatan tidak manusiawi dan merendahkan martabat yang melibatkan pelanggaran terhadap harkat martabat seseorang yang didasarkan kepada diskriminasi ras merupakan pelanggaran berat (*grave breaches*) terhadap instrumen ini jika dilakukan dengan sengaja dan melanggar Konvensi atau Protokol tersebut (Pasal 85 par 4(c)).

¹¹⁷ Perlu dipahami bahwa istilah “karakter” (*character*) mengacu pada kadar atau tingkat keseriusan tindakan tersebut.

IV. PERTANGGUNGJAWABAN KOMANDO

A. PENGANTAR

Istilah “pertanggungjawaban komando” merupakan terjemahan dari istilah “*command responsibility*” yang dalam perkembangan selanjutnya dalam kepustakaan internasional seringkali digunakan istilah “pertanggungjawaban atasan” (“*superior responsibility*”) yang dimaksudkan agar sekaligus dapat mencakup atasan dari kalangan non-militer (sipil). Untuk kebutuhan praktis baik di bidang perundang-undangan dan peradilan, bagi kalangan militer lebih tepat jika digunakan istilah “pertanggungjawaban komandan”.

Konsep pertanggungjawaban komandan/atasan berlaku bagi seorang atasan dalam pengertian yang luas termasuk komandan militer, kepala negara dan pemerintahan, menteri dan pimpinan perusahaan. Artinya, bentuk pertanggungjawaban ini tidak terbatas pada tingkat atau jenjang tertentu, komandan atau atasan pada tingkat tertinggi pun dapat dikenakan pertanggungjawaban ini apabila terbukti memenuhi unsur-unsurnya. Hal ini tampak pada putusan-putusan pengadilan sejak Perang Dunia II (*Yamashita, Toyoda, Hirota*), ICTY (*Karadzic, Mladic*, bahkan hingga *Slobodan Milosevic* yang jelas-jelas merupakan seorang Kepala Negara/Pemerintahan), dan ICTR (*Akayesu, Kambanda*).

Doktrin hukum internasional mengenai pertanggungjawaban komando adalah doktrin yang berhubungan dengan pertanggungjawaban pidana secara individual yang dikembangkan melalui kebiasaan dan praktek-praktek pengadilan kejahatan perang, terutama sesuai Perang Dunia II. Hugo Grotius¹¹⁸, menggunakan analogi “tanggung jawab orang tua” (*Parental Responsibility*) untuk menggambarkan pertanggungjawaban komandan.¹¹⁹

Akar dari doktrin ini dapat ditelusuri melalui sejarah kemiliteran dimana syarat untuk menempatkan tanggung jawab yang paling besar ada di tangan komandan militer. Misalnya, seorang komandan militer yang profesional harus selalu: menjalankan fungsi pengendalian terhadap anak buahnya; mengarahkan dan memberi petunjuk terhadap anak buahnya mengenai pelaksanaan tugas-tugas yang berbahaya; mengawasi pelaksanaan tugas hingga selesai; dan mengambil tindakan disiplin apabila ada anak buahnya yang tidak atau lalai dalam menyelesaikan tugas.

Kerangka konsep pertanggungjawaban komandan setelah PD II terdiri dari 3 aspek¹²⁰ sebagai berikut:

¹¹⁸ Hugo Grotius (1615/1964), p. 524

¹¹⁹ *Parental Responsibility* menurut Hugo Grotius : Orang tua bertanggungjawab terhadap kesalahan anaknya sepanjang anaknya masih ada dalam kekuasaan mereka. Di sisi lain, walaupun orang tua memiliki anak yang berada di bawah kekuasaannya namun orang tua tersebut tidak mampu lagi untuk mengendalikan mereka, maka orang tua tersebut tidak lagi harus bertanggungjawab kecuali jika ia memiliki pengetahuan. Jadi dalam hal ini, seseorang dapat dikenakan pertanggungjawaban atas tindakan yang dilakukan oleh orang lain apabila memenuhi dua elemen : (1) pengetahuan, (2) gagal untuk mencegah.

¹²⁰ E. van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violation of IHL*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2003 p.135

1. Aspek Fungsional : Bahwa kedudukan seorang komandan harus menimbulkan kewajiban untuk bertindak.
2. Aspek kognitif : Seorang komandan ‘harus memiliki pengetahuan’ (*must have known*) atau ‘seharusnya memiliki pengetahuan’ (*should have known*) tentang kejahatan;
3. Aspek Operasional : Harus ada kegagalan (*failure*)¹²¹ untuk bertindak yang dilakukan komandan.

Doktrin ini kemudian menjadi dasar hukum bagi komandan militer atau individu lain yang berada dalam posisi atasan atau pemegang kekuasaan komando lainnya untuk bertanggungjawab secara pidana atas kelalaian atau kegagalannya untuk melaksanakan pengendalian terhadap anak buahnya sehingga terjadi kejahatan internasional. *Failure to act* (kegagalan bertindak) harus diartikan sebagai tidak melakukan tindakan sama sekali atau tidak melakukan tindakan yang layak (*ommission*) sehingga komandan harus bertanggung jawab.

Bentuk pertanggungjawaban komando ini berbeda dengan bentuk pertanggungjawaban pidana secara individu yang dapat dikenakan kepada komandan atau atasan (atau bahkan individu manapun) apabila ia ikut merencanakan, menghasut, memerintahkan, melakukan, membantu dan turut serta melakukan kejahatan. Apabila komandan melakukan salah satu dari tindakan di atas, maka komandan telah melakukan tindakan penyertaan (*joint criminal enterprise*) dan statusnya disamakan sebagai pelaku¹²². Pada umumnya, kasus-kasus pasca Perang Dunia II tentang pertanggungjawaban komando menyangkut komandan dari kalangan militer.¹²³ Namun, dalam suatu instrumen hukum humaniter internasional yang pertama yaitu *The Regulation Annexed to 1907 Hague Convention IV* mengenai Penghormatan terhadap Hukum dan Kebiasaan Perang di Darat, diindikasikan bahwa sebagian dari hukum, hak-hak dan kewajiban dalam perang yang berlaku bagi angkatan bersenjata juga berlaku bagi para milisi dan sukarelawan. Misalnya syarat bagi milisi dan korps sukarelawan adalah “dipimpin oleh orang yang bertanggung jawab terhadap anak buahnya”, dan “melaksanakan operasi militer berdasarkan hukum dan kebiasaan perang”.

Dalam Pengadilan Tokyo, atasan non-militer didakwa pertanggungjawaban komando karena tidak dilakukannya tindakan pencegahan atas tindak pidana yang dilakukan anak buahnya (Kasus *Hirota*¹²⁴). Hal ini memperlihatkan bahwa doktrin pertanggungjawaban komando dalam situasi tertentu juga berlaku bagi atasan non-

¹²¹ Pengertian “kegagalan/*Failure*” hendaknya diartikan secara luas mencakup pengertian “tidak melakukan/tidak melakukan tindakan yang layak”.

¹²² International Law Commission, *Draft Article on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act Adopted by The Drafting Committee on Second Reading*, Geneva 2001, dalam Pasal 11 Control Council No10 menyatakan bahwa tiap orang, tanpa didasarkan pada kebangsaan dan kapasitasnya, dianggap melakukan suatu kejahatan yang didefinisikan dalam pasal 11 paragraf 1, jika ia adalah ; (a) pelaku utama, (b) seorang kaki tangan yang melakukan kejahatan atau memerintahkan atau bersekongkol atas kejahatan tersebut; (c) mengizinkan untuk mengambil bagian pelaksanaan kejahatan; (d) berkenaan dengan perencanaan atau inisiatif untuk melakukan kejahatan tersebut; dan (e) anggota dari suatu organisasi atau kelompok yang berhubungan dengan kejahatan tersebut. Lihat : Pasal 55 KUH Pidana dan Pasal 41 UU 26/2000.

¹²³ Lihat kasus *Yamashita, High Command, Medina*.

¹²⁴ Uraian mengenai kasus *Hirota* ini dapat dilihat di halaman 58 dalam pembahasan mengenai “hubungan atasan dan bawahan”.

militer. Sebagai salah satu dasar hukum yang menjelaskan bahwa pertanggungjawaban komando juga berlaku bagi atasan non-militer adalah Pasal 86 dan 87 Protokol Tambahan I Konvensi Jenewa 1949 tahun 1977. Pasal 86 memberlakukan tanggungjawab terhadap semua atasan karena tidak dilakukannya tindakan pencegahan tindak pidana dan menghukum pelaku yang merupakan bawahannya. Sedangkan Pasal 87 memberlakukan tugas khusus bagi komandan militer berdasarkan kewenangan mereka untuk melakukan pengendalian. Pasal 7 ayat (3) dari Statuta ICTY (*International Criminal tribunal for The Former Yugoslavia*)¹²⁵ juga tidak hanya menyebutkan komandan militer tapi juga atasan non-militer. Misalnya, dalam keputusan kasus *Celebici*¹²⁶ disebutkan bahwa atasan tidak hanya harus dari kalangan militer. Pasal 28 Statuta Roma 1998¹²⁷ juga secara jelas menyebutkan mengenai atasan baik dari kalangan militer maupun non-militer. Demikian pula Pasal 42 ayat (2) Undang-undang No 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM menyebutkan bahwa komandan bukan hanya dari militer tetapi juga berlaku bagi atasan non-militer.

Pengadilan HAM Ad Hoc di Indonesia telah menerapkan pertanggungjawaban komandan ini dalam mengadili kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat di Timor-Timur, di mana sebagian besar para pelaku dituntut berdasarkan Pasal 42 UU No 26 Tahun 2000 tentang pertanggungjawaban komando, baik militer maupun sipil. Para terdakwa yang diadili dalam pengadilan tersebut tidak hanya terdiri dari petinggi militer saja tetapi juga gubernur dan para bupati.¹²⁸

Walaupun doktrin ini berawal dari instrumen hukum humaniter di mana hukum ini hanya berlaku pada situasi konflik bersenjata, namun dalam perkembangannya, doktrin ini juga diterapkan dalam kasus-kasus yang tidak mengandung konflik bersenjata, seperti dalam kasus kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi di luar konflik bersenjata.¹²⁹ Pasal 1 Konvensi Anti Penyiksaan 1984 juga menganut prinsip pertanggungjawaban atasan ini.

B. UNSUR-UNSUR PERTANGGUNGJAWABAN KOMANDO (Pasal 42 Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia)

B. 1. Pasal 42 ayat (1)

1. komandan militer atau orang-orang yang bertindak sebagai komandan militer

a. komandan militer

Komandan militer adalah seorang anggota angkatan bersenjata yang ditugaskan memimpin satu atau lebih satuan dalam angkatan bersenjata. Komandan memiliki

¹²⁵ Statuta ICTY yang dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB No.808 tanggal 22 Februari 1993 dan No.827 tanggal 25 Mei 1993

¹²⁶ ICTY, *Celebici Case*, In the Appeal Chamber, Case No.IT-96-21-A, 20 Februari 2001

¹²⁷ Sebagai dasar hukum pendirian International Criminal Court (ICC) yang mulai berlaku sejak Juli 2002

¹²⁸ Contohnya beberapa terdakwa dalam Pengadilan HAM Ad Hoc Timor-Timur yang bukan militer adalah : Abilio Soares, Euriko Guiteres, Hulman Gultom, Timbul Silaen, dkk.

¹²⁹ Lihat Kasus Akayesu, Kambanda.

kewenangan untuk mengeluarkan perintah langsung kepada anak buahnya atau kepada satuan bawahannya dan mengawasi pelaksanaan dari perintah tersebut. Dalam suatu rantai komando umumnya terdapat lebih dari satu komandan. Rantai komando terdiri dari komandan regu, komandan pleton, komandan kompi, komandan batalion, komandan brigade, panglima divisi dan komandan atas lain. Dalam kepustakaan hukum humaniter internasional, instrumen hukum internasional, peraturan perundang-undangan Indonesia maupun dalam keputusan kasus-kasus kejahatan perang, tidak ada pembatasan tingkatan tertentu seorang komandan dapat dipersalahkan. Yurisprudensi berbagai pengadilan internasional dalam berbagai kasus pelanggaran hukum perang menunjukkan tidak adanya pembatasan tingkat pertanggungjawaban komandan militer. Dengan demikian, pemahaman di lingkungan militer selama ini mengenai adanya pembatasan tanggung jawab seorang komandan hanya dua tingkat ke atas atau ke bawah (*two step up two step down*) tidak berdasar dan tidak sesuai dengan yurisprudensi internasional maupun nasional.

b. orang-orang yang bertindak sebagai komandan militer

Orang-orang yang bertindak sebagai komandan militer adalah mereka yang bukan anggota angkatan bersenjata suatu negara namun, karena kekuasaan dan kewenangan *de facto*-nya yang begitu besar, ia mampu memerintahkan dan mengendalikan pasukan angkatan bersenjata. Di negara-negara tertentu seorang kepala negara/pemerintahan atau tokoh politik lainnya dimungkinkan untuk memiliki kewenangan komando. Contohnya, Presiden Republik Indonesia berdasarkan UUD 1945 adalah Pemegang kekuasaan tertinggi atas Angkatan Darat, Angkatan Laut, dan Angkatan Udara.¹³⁰ Kedudukan Presiden sebagai pimpinan tertinggi angkatan bersenjata (sekarang TNI dan POLRI) diberi pengertian sebagai kewenangan efektif, bukan sekedar simbolik. Memang terdapat dua pandangan mengenai kedudukan Presiden (kepala negara) sebagai pimpinan tertinggi angkatan perang. Pandangan pertama menganggapnya sebagai bersifat simbolik untuk menunjukkan bahwa militer ada di bawah kendali pemerintahan sipil. Pandangan lain mengatakan bahwa kedudukan Presiden sebagai pimpinan tertinggi angkatan bersenjata atau angkatan perang tidak hanya simbolik tetapi efektif. Presiden dengan kuasa sendiri dapat mengerahkan angkatan perang untuk melakukan tindakan tertentu.¹³¹ Salah satu terdakwa di ICTR¹³² yakni *Jean Paul Akayesu*¹³³, seorang Walikota dan tokoh penting di kota Taba, Rwanda, terbukti memiliki kekuasaan *de facto* yang lebih besar daripada kekuasaannya sebagai seorang walikota. Ia memiliki kewenangan untuk memerintahkan angkatan bersenjata untuk melakukan pembunuhan terhadap penduduk suku Tutsi.

c. dapat dipertanggungjawabkan

Pasal 42 Undang-Undang ini menggunakan istilah ‘dapat’ dan menghilangkan kata ‘secara pidana’ sedangkan dalam teks asli Pasal 28 (a) Statuta Roma menggunakan

¹³⁰ Pasal 10 UUD 1945 menyatakan bahwa : Presiden memegang kekuasaan yang tertinggi atas Angkatan Darat, Angkatan Laut, dan Angkatan Udara.

¹³¹ Bagir Manan, *Lembaga Kepresidenan*, FH UII Press, Yogyakarta, 2003.

¹³² *International Criminal Tribunal for Rwanda*, Pengadilan yang dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB No.955 tanggal 8 November tahun 1994 untuk mengadili pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida di Rwanda.

¹³³ *Prosecutor vs Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), September 2, 1998

istilah *'shall be criminally responsible'* yang padanan katanya adalah 'harus bertanggung jawab secara pidana'. Hal ini dapat menimbulkan penafsiran ganda bagi kalangan penegak hukum karena dapat diartikan bahwa seorang komandan tidak 'selalu harus' dipertanggungjawabkan dan tidak selalu harus dipertanggungjawabkan secara pidana atas tindakan bawahannya. Penggunaan istilah 'dapat' dan penghilangan kata 'secara pidana' ini tidak sejalan dengan maksud dari Pasal 28 (a) Statuta Roma, juga dengan pasal 42 (b) Undang-Undang ini dan Pasal 28 (b) Statuta Roma.

2. pasukan

Berdasarkan pasal 43 Protokol Tambahan I Konvensi Jenewa, pasukan bersenjata dari suatu pihak peserta konflik terdiri dari semua pasukan angkatan bersenjata, kelompok-kelompok, satuan-satuan, yang terorganisir yang berada di bawah komando yang bertanggung jawab terhadap bawahannya, bahkan jika pihak yang bersengketa mewakili suatu pemerintahan ataupun otoritas yang tidak diakui oleh pihak lawan. Pasukan juga termasuk satuan polisi bersenjata dan satuan para militer. Angkatan bersenjata seperti itu harus tunduk pada peraturan hukum disiplin militer, yang sejalan dengan hukum humaniter internasional. Yang juga termasuk dalam pasukan non-militer adalah gerakan bersenjata yaitu gerakan sekelompok warga negara suatu negara yang bertindak melawan pemerintahan yang sah dengan melakukan perlawanan bersenjata.¹³⁴

3. komando dan pengendalian yang efektif

Pasukan di bawah komando pengendalian yang bertanggungjawab adalah pasukan yang berada di bawah komando baik dalam rantai komando secara *de facto* maupun *de jure* di mana setiap komandannya berwenang untuk mengeluarkan perintah. Perintah itu harus dijabarkan langsung atau melalui komandan yang langsung berada di bawahnya. Dalam kasus *Celebici* dijelaskan bahwa: "*Pengendalian yang efektif*" dimaksudkan bahwa seorang komandan harus memiliki kemampuan untuk mencegah dan menghukum anak buahnya yang melakukan tindak pidana.

Perlu dipertimbangkan bahwa pengertian "efektif" yang berarti "berhasil guna" dalam bahasa Indonesia berbeda dengan "*effective*" yang berarti "nyata/benar-benar" dalam arti bahasa Inggris. Mengingat Pasal 42 UU ini adalah merupakan adopsi dari Statuta Roma dalam teks Inggris, maka sudah selayaknya lah apabila "pengendalian efektif" dalam pasal ini diartikan sebagai adanya tindakan pengendalian yang nyata/benar atau dengan kata lain merupakan pengendalian secara *de facto* (nyata).

Untuk mengetahui seseorang bertindak sebagai komandan *de facto* diperlukan pengetahuan mengenai kebiasaan-kebiasaan serta kepatuhan-kepatuhan bawahan terhadap komandan di lingkungan tersebut. Misalnya kebiasaan untuk memberikan perintah-perintah lisan yang menggunakan peristilahan-peristilahan tertentu yang melawan hukum yang dikembangkan dalam praktek di lingkungan militer (contoh: "wipe them", "no prisoners", "transfer", "sekolahkan", "sukabumikan", "selesaikan", dll). Hal ini diperlukan mengingat sulitnya pembuktian di pengadilan mengenai adanya komandan *de facto* dalam bentuk dokumen tertulis.

¹³⁴ Lihat Pasal 1 para. 25 Undang-undang tentang Tentara Nasional Indonesia No.34 tahun 2004

Persoalan yang seringkali timbul ketika doktrin ini diterapkan ke dalam kasus yang melibatkan lebih dari satu rantai komando di luar situasi konflik bersenjata. Misalnya ketika satuan militer disisipkan (atau istilah yang biasa digunakan di Indonesia adalah BKO : Bawah Kendali Operasi) kepada satuan polisi maka yang memiliki kewenangan *de jure* sebagai komandan adalah komandan dari satuan kepolisian¹³⁵. Permasalahan timbul ketika komandan dari satuan militer yang di-BKO-kan masih melakukan pengendalian efektif terhadap bawahannya. Dalam hal ini komandan militer masih memiliki kewenangan secara *de facto* terhadap anak buahnya sehingga ketika anak buahnya melakukan tindak pidana maka pertanggungjawaban komandan berlaku baik terhadap komandan *de jure* maupun *de facto*.

Dalam kasus *Krnojelac* di ICTY¹³⁶ dinyatakan bahwa dua atau lebih atasan dapat dikenakan pertanggungjawaban pidana atas kejahatan yang sama yang dilakukan oleh pelaku yang sama apabila pelaku utama kejahatan tersebut berada di bawah komando atasan-atasan yang sama dalam waktu yang bersangkutan (*at the relevant time*). Selanjutnya dinyatakan pula dalam Keputusan *Blaskic*¹³⁷ bahwa pengendalian yang efektif dapat digunakan sebagai petunjuk untuk menentukan bahwa lebih dari satu orang dapat dikenakan pertanggungjawaban atas kejahatan yang sama yang dilakukan oleh seorang bawahannya.

Ketidakmampuan seorang komandan untuk mengendalikan bawahannya, dikarenakan alasan pribadi atau keadaan lainnya, tidak dapat dijadikan alasan bahwa seorang komandan tidak lagi memiliki pengendalian efektif. Jenderal Yamashita¹³⁸, seorang Komandan Jenderal Angkatan Darat Jepang di Filipina yang diadili oleh Pengadilan Militer Amerika telah dituntut karena :

“kegagalannya sebagai seorang komandan untuk melakukan pengendalian terhadap bawahan yang berada di bawah komandonya, mengizinkan mereka untuk melakukan tindakan brutal, dan kejahatan besar lainnya terhadap rakyat Amerika Serikat dan sekutunya termasuk anggota keluarganya, khususnya rakyat Filipina. Untuk itu Jenderal Tomoyuki Yamashita telah melakukan pelanggaran hukum perang”.

Putusan ini mengundang kontroversi mengingat pada saat itu “pengendalian efektif” yang dimiliki oleh Yamashita sudah dirusak oleh pasukan Amerika Serikat, sedangkan Yamashita dijatuhi hukuman atas kegagalannya untuk melaksanakan “pengendalian efektif”.¹³⁹

4. kekuasaan dan pengendalian yang efektif

Dalam keadaan tertentu, seorang komandan dapat melaksanakan pengendalian kepada satuannya yang tidak berada di bawah rantai komandonya yang langsung. Dalam

¹³⁵ Istilah BKO ini tidak hanya lazim digunakan jika ada satuan militer diperbantukan ke satuan polisi, namun juga digunakan apabila ada satuan militer yang diperbantukan ke satuan militer lain.

¹³⁶ *Prosecutor vs Krnojelac*, Case IT-97-25 (Trial Chamber), March 15, 2002, para. 93

¹³⁷ *Prosecutor vs Blaskic*, Case IT-95-14 (Trial Chamber), March 3, 2000, para. 303

¹³⁸ *US vs Tomoyuki Yamashita*, TWC, Vol.IV, p. 3-4, diambil dari E van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violation of IHL*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2003

¹³⁹ E van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violation of IHL*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2003 p.120-123

konteks hukum humaniter, ketika terjadi konflik bersenjata internasional seorang komandan yang memiliki kewenangan sebagai komandan di daerah pendudukan dapat memberikan perintah kepada semua satuan yang berada dalam wilayah pendudukannya. Satuan-satuan seperti ini akan berada dalam kekuasaan dan pengendalian efektif dari komandan apabila menyangkut kepentingan umum dan keselamatan daerah pendudukan tersebut. Demikian pula ketika terjadi konflik bersenjata internal atau ketegangan dan kerusuhan dalam negeri, penguasa teritorial berwenang untuk melakukan pengendalian terhadap semua satuan yang berada di wilayahnya.

5. Tidak melakukan tindakan pengendalian yang layak

Pengertian tindakan layak adalah tindakan berdasarkan kemampuan dalam batas-batas kewenangan, kekuasaan, ketersediaan sarana dan kondisi yang memungkinkan.

Seperti yang telah dijelaskan dalam Pasal 87 Protokol Tambahan I 1977, bahwa seorang komandan memiliki tugas untuk mengambil langkah-langkah untuk menjamin bahwa anak buahnya tahu dan memahami hukum humaniter internasional.

Khususnya, seorang komandan harus :

- menjamin bahwa anak buahnya telah mendapatkan pelatihan mengenai hukum humaniter internasional
- menjamin bahwa hukum humaniter internasional dihormati khususnya dalam pembuatan rencana operasi
- menjamin sistem pelaporan yang efektif sehingga ia selalu terinformasi atas segala tindak pidana yang mungkin telah dilakukan oleh anak buahnya
- mengambil tindakan pencegahan ketika ia mulai mengetahui bahwa suatu tindak pidana sedang atau akan dilakukan oleh anak buahnya

Komandan tidak secara otomatis bertanggungjawab atas tindak pidana yang dilakukan anak buahnya. Namun demikian, ia dapat diminta pertanggungjawabannya apabila dalam situasi tertentu ia “seharusnya mengetahui” bahwa satuannya sedang melakukan atau akan melakukan tindak pidana dan komandan tidak melakukan tindakan yang layak untuk mencegah/menghentikan tindak pidana tersebut walaupun pada saat dilakukannya tindak pidana komandan tidak mengetahuinya. Komandan memiliki tugas untuk selalu mendapatkan informasi yang relevan dan mengevaluasinya. Apabila komandan gagal untuk memperoleh informasi atau secara sengaja mengabaikan informasi tersebut, maka syarat komandan “seharusnya mengetahui” akan terpenuhi olehnya.

6. Unsur Mental dan Unsur Materiil dari Pertanggungjawaban bagi Komandan Militer

(i) *Unsur mental (mens rea) : “mengetahui atau seharusnya mengetahui”*

Beberapa hal/situasi dapat dijadikan pertimbangan untuk memutuskan bahwa komandan mengetahui atau tidak tentang tindak pidana yang dilakukan anak buahnya, seperti:

- jumlah dari tindak pidana yang dilakukan
- tipe-tipe tindak pidana
- lingkup tindak pidana
- waktu ketika tindak pidana dilakukan
- jumlah dan tipe dari pasukan yang terlibat
- logistik yang terlibat, jika ada
- lokasi geografis dari tindak pidana
- tindak pidana yang meluas
- waktu taktis operasi
- modus operandi dari tindak pidana yang serupa
- perwira dan staff yang terlibat
- tempat komandan berada pada saat tindak pidana dilakukan

Dalam kasus *Akayesu* (Trial Chamber), September 2, 1998 para 479, 489 :¹⁴⁰

“Komandan tidak harus memiliki pengetahuan untuk membuatnya bertanggungjawab secara pidana, tetapi cukup dengan ia ‘seharusnya mengetahui’ bahwa bawahannya sedang atau telah melakukan kejahatan, dan komandan gagal (*fail*) untuk mengambil tindakan yang layak atau diperlukan untuk mencegah perbuatan tersebut atau untuk menghukum pelaku. Jadi dalam hal ini, komandan harus bertanggungjawab karena tindakan pembiaran (*ommission*) atau karena tidak berbuat apapun. Kelalaian komandan yang berakibat sangat serius sama halnya dengan menyetujui terjadinya kejahatan tersebut atau dapat juga disetarakan dengan adanya niat jahat”.

Kayishema dan Ruzindana (Trial Chamber) May 21, 1999, para 225 :¹⁴¹

Unsur niat (*mens rea*) mensyaratkan bahwa seorang komandan harus bertanggungjawab atas perbuatan bawahannya karena ia ‘harus mengetahui’ atau ‘seharusnya mengetahui’ perbuatan-perbuatan pidana yang dilakukan oleh anak buahnya.

Dalam kasus *Bagilishema* (Trial Chamber), June, 7, 2001, para. 6 dinyatakan bahwa seorang komandan / atasan dianggap memenuhi unsur adanya niat, apabila ia memiliki pengetahuan yang aktual yang dibuktikan dari adanya bukti langsung maupun bukti karena keadaan pada waktu itu (*circumstantial*) mengetahui bahwa bawahannya sedang atau telah melakukan kejahatan, atau ia memiliki informasi yang membuatnya ia mengetahui adanya resiko dari kejahatan tersebut. Hal ini memerlukan penyelidikan tambahan untuk menentukan apakah kejahatan itu akan, sedang atau telah dilakukan oleh bawahannya. Ketiadaan pengetahuan yang merupakan kelalaian dari kewajiban komandan berarti komandan gagal untuk melaksanakan sarana yang ia miliki untuk mengetahui adanya kejahatan.

Kata-kata ‘akan, sedang atau telah dilakukan’ mengacu kepada kata-kata ‘sedang melakukan atau baru saja melakukan’ padahal dalam Pasal 28 (a) (i) Statuta Roma kata-kata yang digunakan adalah ‘*were committing or about to committ*’ (sedang melakukan

¹⁴⁰ Human Rights Watch, *Genocide War Crimes and Crimes Against Humanity, Topical Gigest of the Case Law of The International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, p.70

¹⁴¹ Human Rights Watch, *Genocide...Ibid*, p.70

atau akan segera melakukan). Hal ini lagi-lagi menunjukkan adanya penerjemahan yang kurang tepat dari Pasal 28 Statuta Roma.

(ii) *Unsur materiil (actus reus)* : “tidak mengambil tindakan yang perlu dan langkah-langkah yang layak berdasarkan kewenangannya”

Komandan dapat dikenakan pertanggungjawaban akibat kegagalannya untuk mengambil tindakan dalam lingkup kewenangannya. Ukuran kemampuan seorang komandan dalam melakukan pengendalian efektif, termasuk kemampuan material komandan untuk mengendalikan anak buahnya, dapat dijadikan pedoman bagi Pengadilan untuk menentukan apakah komandan telah mengambil langkah-langkah yang perlu dan yang layak untuk mencegah, menghentikan, atau menghukum tindak pidana yang dilakukan anak buahnya. Kemampuan material komandan semacam ini tidak dapat dilihat secara abstrak, namun harus dilihat secara kasuistik dengan mempertimbangkan keadaan-keadaan pada saat itu. (*Bagilishema*, ICTR, 2001, par 47-50)

Apabila tindak pidana belum dilakukan, komandan yang ada dalam rantai komando harus mengeluarkan perintah untuk menjamin bahwa tindak pidana tidak dilakukan dan menjamin bahwa perintah tersebut dilaksanakan. Langkah-langkah pencegahan yang dilakukan oleh komandan bisa tergantung kepada posisinya dalam suatu rantai komando. Setiap komandan harus menjamin bahwa penyelidikan dan penyidikan telah dilakukan untuk menentukan fakta-fakta, dan laporan tentang tindak pidana yang dilakukan bawahannya tersebut telah diteruskan kepada komandan atas. Jika tindak pidana belum dilakukan, maka contoh langkah pencegahan yang bisa dilakukan oleh komandan adalah dengan memberikan pelatihan yang patut tentang hukum humaniter internasional. Jika tindak pidana telah terjadi, maka memberikan hukum disiplin militer adalah hal yang penting, namun kemampuan seorang komandan untuk menindak pelaku sangat dipengaruhi oleh posisi si komandan dalam rantai komando. Komandan senior dapat mengajukan ke pengadilan militer, namun komandan junior hanya dapat memberikan rekomendasi kepada komandan atas mengenai tindakan hukum disiplin yang dapat diberlakukan.

Komandan memiliki tugas untuk mengambil segala tindakan yang perlu dan yang layak untuk mencegah terjadinya tindak pidana. Jika tindak pidana telah terjadi, komandan memiliki tanggung jawab untuk mengambil segala tindakan yang perlu dan yang layak dalam lingkup kewenangannya untuk dilakukan penyelidikan dan penyidikan terhadap kejahatan tersebut dan untuk membawa pelaku yang diduga melakukannya ke pengadilan.

Tindakan yang perlu dan yang layak adalah merupakan tindakan-tindakan yang harus dilakukan oleh atasan, yang terbatas kepada hal-hal yang memungkinkan dalam segala situasi yang termasuk ke dalam lingkup kewenangannya. Seorang atasan tidak diwajibkan untuk melakukan sesuatu yang tidak mungkin. Namun demikian, atasan memiliki kewajiban untuk melaksanakan tugas sesuai dengan batas-batas kewenangannya (*Krnojelac ICTY*, March 15, 2002, para.95)

Dalam beberapa sistem kemiliteran, komandan tingkat atas harus memerintahkan dilakukannya penyelidikan dan diadilinya pelaku, namun demikian dalam sistem militer ini pun para pelaku berhak untuk mendapatkan pengadilan yang adil dan tidak memihak (*imparsial*). Seorang komandan tidak dapat memerintahkan bahwa pelaku bersalah dan harus dihukum. Komandan harus memenuhi tanggung jawabnya untuk menjamin bahwa

pelaku yang diduga melakukan tindak pidana diperiksa secara layak dan mendapatkan pengadilan yang adil (*fair trial*).

Dalam hal tindak pidana yang dilakukan anak buahnya merupakan pelanggaran HAM yang berat (seperti yang dimaksud dalam Pasal 42) maka merupakan kewajiban komandan militer untuk meneruskan perkara tersebut ke Komisi Hak Asasi Manusia. Apabila perkara itu sudah terlanjur diproses melalui pengadilan pidana militer dan kemudian ada indikasi bahwa tindak pidana itu merupakan pelanggaran HAM yang berat maka KOMNAS HAM memiliki kewenangan untuk menghentikan proses yang sedang berjalan di pengadilan militer. Hal yang sama juga berlaku di pengadilan umum.

B.2. Pasal 42 ayat (2)

1. hubungan antara atasan dan bawahan

Ayat (1) di atas menggambarkan mengenai hubungan dalam militer di mana seseorang memiliki kewenangan untuk mengendalikan pasukannya. Ayat (2) menggambarkan hubungan antara atasan dan bawahan misalnya hubungan dalam komponen-komponen non-militer di pemerintahan, partai-partai politik dan perusahaan-perusahaan. Esensi dari hubungan atasan dan bawahan ini adalah bahwa seorang atasan memiliki kewenangan secara *de jure* atau *de facto* untuk melakukan pengendalian terhadap tindakan bawahannya. Kewenangan ini juga harus berlaku bagi pejabat-pejabat tinggi. Atasan harus memiliki kewenangan pengendalian terhadap pekerjaan yang dilakukan bawahannya dan dapat memberikan perintah kepada bawahannya.

Komandan militer dapat dikenakan tanggungjawab komandan, demikian pula pimpinan politik atau atasan sipil yang mempunyai posisi sebagai penguasa dapat juga dikenakan pertanggungjawaban yang sama. Dalam Pengadilan Tokyo, yang mengadili Jenderal Iwane Matsui yang bertanggungjawab atas kasus yang cukup terkenal “*Rape of Nanking*”, Pengadilan menyatakan bahwa ¹⁴²: “Ia (*Iwane Matsui*) memiliki kekuasaan, dan kewajiban untuk mengawasi Angkatan Bersenjataanya dan melindungi warganegara Nanking”. Selanjutnya Pengadilan juga menempatkan tanggungjawab yang sama secara pidana terhadap Menteri Luar Negeri pada saat itu, yaitu *Koki Hirota*, karena tidak melaksanakan kewajibannya untuk mengambil langkah-langkah mengamankan dan mencegah dilakukannya pelanggaran terhadap hukum perang.

Dalam paragraf ini, Undang-Undang 26/2000 mengikuti prinsip-prinsip yang dianut dalam Statuta Roma. Hal ini berarti, semua otoritas sipil atau milisi-milisi akan tetap bertanggungjawab untuk semua perbuatan anak buahnya yang berada di bawah

¹⁴² The Tribunal declared : “*As Foreign Minister, he received reports of these atrocities immediately after the entry of the Japanese Forces into Nanking. According to the defence evidence, credence was given to these report and the matter was taken up with War Ministry that the atrocities would be stoped. After these assurances had been given reports of atrocities continued to come in for at least a month. The tribunal is in the opinion that Hirota was derelict in his duty in not insisting before the Cabinet that immediate action be taken to put an end to atrocities, failing any other action open to him to bring about the same result. He was content to rely on assurances which he knew were not being implemented while hundreds of murders, violation of women, and other atrocities were being committed daily. His in action amounted to criminal negligence.*”

perintahnya. Pimpinan sipil ini juga mempunyai kewenangan dan fungsi sebagaimana seorang komandan militer tanpa harus berada dalam jenjang militer. Perbedaannya terletak pada kemampuan atau sumber daya untuk memperoleh informasi di mana komandan militer dianggap mempunyai cukup daya untuk itu dan karenanya ia tidak dapat mengatakan bahwa ia tidak tahu. Sementara bagi pimpinan sipil, mereka diharapkan bertindak sesuai dengan pengetahuan yang mereka peroleh.¹⁴³

2. atasan

Atasan adalah seseorang yang berhak memberikan perintah kepada bawahannya dan mengawasi/mengendalikan pelaksanaan perintah tersebut. Kategori dari atasan dapat mencakup pemimpin politik, pemimpin perusahaan, dan pegawai negeri senior. Sedangkan dalam organisasi militer, komandan memiliki derajat pertanggungjawaban yang berjenjang.

Mengenai kewenangan atasan non-militer ini, Pengadilan Banding dalam kasus *Compare Aleksovski*¹⁴⁴ menyatakan :

“ Seorang sipil harus mencakup karakteristik seorang atasan berdasarkan Pasal 7(3) Statuta ICTY jika ia memiliki kewenangan secara *de facto* maupun *de jure* untuk mengeluarkan perintah untuk mencegah tindak pidana dan menjatuhkan sanksi kepada pelaku. Kewenangan atasan sipil untuk menghukum ini harus diinterpretasikan secara luas. Atasan sipil tidak bisa dikatakan memiliki kewenangan disiplin yang sama kepada bawahannya seperti halnya kewenangan yang dimiliki oleh komandan militer. Kemampuan atasan sipil secara *de jure* atau *de facto* untuk memaksakan sanksi adalah tidak esensial. Kewenangan atasan sipil adalah untuk menindaklanjuti laporan kepada atasan yang lebih berhak berdasarkan posisinya sebagai atasan ketika terjadi tindak pidana yang dilakukan anak buahnya. Dan laporan ini akan menjadi pemicu diadakannya investigasi atau tindakan disiplin atau bahkan upaya pidana lain jika ada.”

3. bawahan

Setiap orang yang memiliki atasan yang dapat mengarahkan pekerjaannya dikatakan sebagai seorang bawahan. Dalam organisasi yang besar, seseorang dimungkinkan untuk menjadi atasan sekaligus juga bawahan.

4. komando dan pengendalian yang efektif

Seorang atasan memiliki komando pengendalian yang efektif terhadap anak buahnya untuk tujuan seperti yang tercantum di ayat (2) ketika ia memiliki kewenangan secara *de jure* atau *de facto* untuk mengeluarkan petunjuk terhadap anak buahnya untuk melaksanakan pekerjaan tertentu.

Dalam kasus *Kordic and Cerkez*¹⁴⁵ dengan mengacu kepada keputusan Pengadilan Banding (dalam kasus *Mucic et al.*) dinyatakan bahwa “derajat kewenangan

¹⁴³ Tentang Tanggung Jawab Komando : Mengembalikan Kehormatan Komandan, diambil dari *Komisi Nasional Hak Asasi Manusia*. Laporan Lokakarya Internasional : Kejahatan terhadap Kemanusiaan, Jakarta 20-21 Juni, 2002, p. 48

¹⁴⁴ *Prosecutor vs Compare Aleksovski*, (Trial Chamber), ICTY,

dan kekuasaan untuk melakukan pengendalian secara *de facto* berdasarkan doktrin pertanggungjawaban komandan adalah sama dengan derajat kewenangan secara *de jure*. Walaupun bentuk kewenangan pengendalian secara *de facto* dan *de jure* berbeda, namun komandan secara *de facto* tetap memiliki kekuasaan yang sama untuk mengendalikan bawahannya sehingga ia dapat dikenakan pertanggungjawaban pidana atas tindakan bawahannya.”

5. gagal untuk melaksanakan pengendalian secara layak

a. dengan sengaja mengabaikan informasi

Terdapat perbedaan dalam hal unsur mental (*mens rea*) yang diatur dalam pasal 42(2) bagi komandan militer dan sipil. Dalam pasal 42 (2) unsur mental (*mens rea*) bagi atasan sipil adalah apabila ia “mengabaikan informasi” bukan “mengetahui atau seharusnya mengetahui” seperti yang berlaku bagi komandan militer. Struktur organisasi sipil memang tidak sama dengan militer yang memiliki hierarki yang begitu teratur sehingga memungkinkan komandan militer untuk dapat membangun sistem pelaporan yang efektif yang menjadikan komandan militer harus selalu mengetahui apa yang dilakukan anak buahnya.

Hal-hal yang penting untuk dibangun oleh seorang atasan non-militer adalah :

- adanya informasi yang jelas mengenai resiko yang signifikan bahwa bawahan telah melakukan atau akan melakukan tindak pidana
- informasi ini sudah diketahui oleh atasan dan atasan ketika mengetahui informasi tersebut menunjuk pada kategori dari informasi tersebut

b. kegiatan-kegiatan yang berada dalam lingkup kewenangan dan pengendalian atasan

Orang-orang yang masuk dalam kategori “pasukan” sebagaimana dimaksud dalam definisi “pasukan” dalam ayat (1) yang berada di bawah sistem disiplin internal militer dapat dianggap dia bertugas selama 24 jam. Sedangkan bawahan yang bukan militer hanya bertanggung jawab secara efektif terhadap atasannya selama menjalankan pekerjaan-pekerjaan/kegiatan yang berhubungan dengan pekerjaannya itu.

c. gagal untuk mengambil langkah-langkah yang perlu berdasarkan kewenangan yang dimilikinya

Atasan harus memiliki kewenangan untuk mengeluarkan petunjuk/perintah kepada bawahannya serta mengawasi pelaksanaan perintah tersebut agar bawahan tidak melakukan pelanggaran atau menghentikan pelanggaran jika terjadi. Atasan juga wajib melaporkan kepada atasan langsungnya atau lembaga penegak hukum lain mengenai tindak pidana tersebut.

Dengan demikian, kewajiban atasan sipil ketika terjadi tindak pidana oleh bawahannya adalah segera memberikan laporan tindak pidana tersebut kepada petugas yang berwenang untuk melaksanakan penyidikan dan penuntutan. Dan dalam hal tindak

¹⁴⁵ *Prosecutor vs Kordic and Cerkez*, ICTY Case No.IT-95-14/2 (Trial Chamber), February 26, 2001 para.416

pidana tersebut diduga atau terdapat indikasi merupakan pelanggaran hak asasi manusia yang berat maka atasan sipil harus segera meneruskannya ke Komisi Nasional Hak Asasi Manusia.