

Seri Position Paper Reformasi KUHP No. #5/2007

Tindak Pidana Hak Asasi Manusia dalam RKUHP

Penulis:

Sriwiyanti Eddyono
Zainal Abidin

ELSAM dan Aliansi Nasional Reformasi KUHP
Jakarta 2007



**Aliansi Nasional
Reformasi KUHP**

Tindak Pidana Hak Asasi Manusia dalam RKUHP

Penulis:

Sriwiyanti Eddyono

Zainal Abidin

Editor:

Suzzana Eddyono

Cetakan Pertama, Juni 2007

Penerbitan ini dimungkinkan dengan dukungan dari DRSP-USAID

Penerbit:

ELSAM dan Aliansi Nasional Reformasi KUHP

Alamat:

ELSAM: Jl. Siaga II No. 31, Pejaten Barat, Jakarta 12510; Tlp.: 021 – 7972662; 7919 2564; office@elsam.or.id; www.elsam.or.id.

Aliansi Nasional Reformasi KUHP (Sekretariat):

Jalan Siaga II No 31, Pasar Minggu, Jakarta Selatan

Telp/Fax: 7996681; email: **aliansi.rkuhp@gmail.com**

DAFTAR ISI

I. Pendahuluan

1. Latar Belakang	1
2. Tujuan dan Sistematika Penulisan	2
3. Perumusan Masalah	2
4. Metode Kajian	3
5. Sistematika Penulisan	4

II. Pengaturan Kejahatan Genosida, Kejahatan terhadap Kemanusiaan dan Kejahatan Perang dalam Hukum Internasional

1. Hukum Pidana Nasional dan Hubungannya dengan Hukum Internasional	5
2. Kejahatan Genosida, Kejahatan terhadap Kemanusiaan dan Kejahatan Perang sebagai Kejahatan yang Sangat Serius	6
3. Kewajiban Melakukan Penghukuman bagi Kejahatan Genosida, Kejahatan Kemanusiaan, dan Kejahatan Perang, Larangan Amnesti dan Kewajiban Pemberian Reparasi kepada Korban	9
4. Pertanggungjawaban Pidana Individual dalam Kejahatan Genosida, Kejahatan terhadap Kemanusiaan dan Kejahatan Perang	12
5. Penghukuman dan Pertimbangan Penjatuhan Hukuman	15
5.1. Peniadaan Hukuman Mati	15
5.2. Faktor yang Meringankan Hukuman	16
6. Pengaturan Khusus terhadap Kejahatan Genosida, Kejahatan terhadap Kemanusiaan dan Kejahatan Perang: <i>Nebis in Idem</i> dan Daluarsa Penuntutan	19

III. Pengaturan Kejahatan Genosida, Kejahatan terhadap Kemanusiaan, dan Kejahatan Perang dalam Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia

1. Pengaturan tentang Pelanggaran HAM yang Berat	21
2. Praktik Penuntutan Pelanggaran HAM yang Berat dan Hambatannya	24

IV. Kritik terhadap Pengaturan Pelanggaran HAM Berat dalam RKUHP

1. Pengantar	27
2. Prinsip-Prinsip Umum tidak Cukup Meliputi Kejahatan yang Berkategori Pelanggaran HAM yang Berat dan Penciptaan Keadilan bagi Korban	28
2.1. RUU KUHP Menggunakan Daluarsa Penuntutan dan Eksekusi	28
2.2. RUU KUHP Memberlakukan Asas <i>Ne Bis In Idem</i> Tanpa Pengecualian untuk Kejahatan Genosida, Kejahatan Perang, dan Kejahatan untuk Kemanusiaan	30
2.3. Gugurnya Tuntutan Karena Amnesti, Abolisi dan Penyelesaian di Luar Proses Peradilan	31
2.4. Pidana dan Pemidanaan yang Tidak Berpusat pada Keadilan untuk Korban	32
2.4.1. Tujuan Pemidanaan	32
2.4.2. Alasan Peringanan Hukuman	33
2.4.3. Ketentuan Penghapusan Pidana bagi Aparat Penegak Hukum	34
2.5. Tidak Ada Konsep Perlindungan Khusus bagi Korban	36
2.6. Pelanggaran terhadap Prinsip HAM: Pemberlakuan Hukuman Mati	37
3. Lemahnya Perumusan Pasal-Pasal dalam RUU KUHP	38
3.1. Tindak Pidana Genosida	38
3.1.1. Pengaturan yang Tidak Memadai	38
3.1.2. Tidak Jelasnya Unsur-Unsur Kejahatan	43
3.2. Tindak Pidana terhadap Kemanusiaan	44
3.2.1. Pengaturan yang Tidak Memadai	44
3.2.2. Ketidakjelasan Unsur-Unsur Kejahatan	50
3.2.3. Ketidakjelasan Pengaturan secara Khusus tentang Percobaan, Permufakatan Jahat, dan Pembantuan dalam Tindak Pidana terhadap Kemanusiaan	52
3.3. Kejahatan Perang	53

3.3.1. Perumusan yang Mendegradasi Kewajiban Negara untuk Melindungi Korban dalam Situasi Perang	53
3.3.2. Perumusan yang Tidak Memadai	56
3.3.3. Unsur-Unsur yang Tidak Jelas	57
3.4. Pidanaan	58
4. Kemungkinan Penerapan yang Sulit	59
V. Kesimpulan dan Rekomendasi	61

BAB I

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Rancangan Undang-undang (RUU) KUHP yang saat ini drafnya masih dibahas di Departemen Hukum dan HAM menuai banyak kritikan. Kritik yang utama adalah RUU ini dianggap “*over criminalization*”.¹ Sejumlah delik baru dan delik-delik yang tersebar dalam sebagian besar UU yang mencantumkan tindak pidana dimasukkan dalam RUU KUHP ini. Akibatnya RUU menjadi sangat luas dari sisi jumlah pasalnya maupun cakupan permasalahan yang akan dipidanakan.² Selain sangat luas, RUU KUHP memasukkan kejahatan-kejahatan dengan karakteristik khusus baik dari segi materi hukum pidananya maupun hukum acaranya. Hal ini diprediksikan berakibat tidak akan efektifnya penerapan RUU KUHP terhadap beberapa jenis kejahatan yang berkarakter khusus tersebut.³

Salah satu kejahatan yang akan dimasukkan ke dalam RUU KUHP adalah tindak pidana hak asasi manusia yang meliputi tindak pidana genosida, tindak pidana terhadap kemanusiaan, tindak pidana dalam masa perang atau konflik bersenjata dan tindak pidana penyiksaan. Tindak pidana tersebut tertera pada Bab IX Pasal 394-404 RUU KUHP.

Kejahatan-kejahatan tersebut dalam perkembangan hukum pidana internasional merupakan kejahatan khusus yang dikategorikan sebagai “*gross violation of human*

¹ Lihat Ifdhal Kasim, “Ke Arah Mana Pembaruan KUHP? Tinjauan Kritis atas RUU KUHP”, *Position Paper*, ELSAM, September 2005.

² Draft RUU KUHP terdiri dari 741 pasal yang dibagi dalam 36 Bab.

³ Lihat Ifdhal Kasim, “Kodifikasi Hukum Pidana dalam Kerangka Perlindungan Hak Asasi Manusia”, *Makalah* dalam Focus Group Discussion yang diselenggarakan ELSAM, Jakarta, 28 Oktober 2006.

rights”. Bahkan Statuta Roma 1998 menyebut kejahatan ini sebagai kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*). Beberapa tindak pidana tersebut merupakan jenis kejahatan yang telah diatur pula dalam berbagai konvensi internasional misalnya Konvensi tentang Pencegahan dan Penghukuman Genosida 1949, Konvensi Anti Penyiksaan dan jenis-jenis kejahatan sebagaimana yang diatur dalam Statuta Roma 1998. Berbagai pengadilan internasional telah digelar untuk mengadili kejahatan-kejahatan tersebut.

Dalam hukum nasional, sebagian dari tindak pidana ini; yaitu genosida dan tindak pidana terhadap kemanusiaan sudah diatur dalam pengaturan khusus yaitu Undang-undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.⁴ Dalam UU tersebut tindak pidana genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan masuk dalam kategori “pelanggaran HAM yang berat” yang mempunyai karakteristik berbeda dengan tindak pidana umum sebagaimana diatur dalam KUHP saat ini.

2. Tujuan dan Sistematika Penulisan

Tulisan ini bertujuan meninjau pengaturan dalam RUU KUHP dalam Bab mengenai Tindak Pidana Terhadap Hak Asasi Manusia dan melakukan analisis atas pengaturan tersebut dari perspektif perlindungan kepada korban dan hak asasi manusia.

Hasil tulisan ini diharapkan dapat digunakan sebagai masukan kepada pembentuk kebijakan untuk mengkaji ulang pengaturan Tindak Pidana terhadap Hak Asasi Manusia ke dalam RUU KUHP. Selain itu, tulisan ini pun dapat digunakan sebagai bahan melakukan kampanye dan advokasi adanya aturan pidana yang komperhensif yang memberi jaminan penuntutan terhadap para pelaku dan perlindungan kepada korban pelanggaran HAM.

3. Perumusan Masalah

Ada asumsi bahwa penyatuan tindak pidana khusus tentang pelanggaran berat HAM ke dalam RUU KUHP tidaklah pas. Tindak pidana ini memiliki karakteristik khusus,

⁴ Terminologi yang digunakan dalam UU No. 26 Tahun 2000 adalah “Kejahatan” dan bukan “tindak pidana” sebagaimana perumusan dalam RUU KUHP.

terutama dalam hal prinsip-prinsip khusus hukum pidana yang berlaku hanya untuk kasus-kasus tersebut.

Dengan asumsi sebagaimana di atas, ada tiga permasalahan yang ingin dikaji dalam paper ini:

- 1) Apakah perumusan genosida, kejahatan kemanusiaan, dan kejahatan perang yang dimasukkan ke dalam bab Tindak Pidana HAM memenuhi prinsip-prinsip dan standar hukum pidana internasional dan hukum hak asasi manusia?
- 2) Apakah perumusan genosida, kejahatan kemanusiaan dan kejahatan perang yang dimasukkan ke dalam Bab Tindak Pidana HAM secara teknis sudah tepat dan lengkap?
- 3) Apakah perumusan genosida, kejahatan dan kemanusiaan dan kejahatan perang tersebut akan berdampak lebih efektif terhadap penegakan HAM dan hak-hak korban?

4. Metode Kajian

Guna menjawab tiga permasalahan di atas, maka tim kajian memilih melakukan penelusuran literatur baik yang diterbitkan di dalam negeri maupun referensi internasional; paper-paper dan buku yang mengulas tentang pelanggaran HAM berat dan praktik-praktik peradilan internasional untuk kasus-kasus genosida, kejahatan perang dan kejahatan kemanusiaan (ICTY dan ICTR), maupun laporan-laporan tentang Pengadilan HAM di Indonesia.

Tim juga melakukan pembacaan kritis terhadap instrumen-instrumen hukum internasional dan yang berkaitan dengan ketiga bentuk kejahatan tersebut. Selanjutnya tim melakukan pembacaan kritis terhadap RUU KUHP dengan tahapan sebagai berikut:

Pertama, melihat ketentuan-ketentuan umum hukum pidana yang terkandung dalam Buku I RUU KUHP. Ketentuan ini dikaji untuk melihat apakah prinsip-prinsip yang dibutuhkan untuk menerapkan kejahatan berkarakteristik khusus sesuai dengan ketentuan-ketentuan umum hukum pidana dalam RUU KUHP.

Kedua, melihat ketentuan dalam Bab IX tentang tindak pidana HAM, pasal 394-404 apakah unsur-unsur delik dalam ketentuan tersebut telah memadai.

Ketiga, menganalisis kemungkinan penegakannya dengan perumusan sebagaimana tertera dalam RUU KUHP.

5. Sistematika Penulisan

Sistematika tulisan dibagi menjadi 5 (lima) bagian. Bagian pertama merupakan pengantar. Bagian kedua adalah landasan teoritik mengenai tindak pidana terhadap hak asasi manusia yang diatur dalam hukum internasional. Bagian ketiga adalah pengaturan dalam hukum nasional. Bagian keempat merupakan kritik dan analisis atas ketentuan RUU KUHP. Bagian kelima adalah penutup yang akan menguraikan kesimpulan dan sejumlah rekomendasi untuk perbaikan.

BAB II

PENGATURAN KEJAHATAN GENOSIDA, KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN DAN KEJAHATAN PERANG DALAM HUKUM INTERNASIONAL

1. Hukum Pidana Nasional dan Hubungannya dengan Hukum Internasional

Pembaruan hukum pidana yang sesuai dengan aspirasi masyarakat serta responsif terhadap kebutuhan sosial masa kini adalah kebutuhan penting yang dalam sistem hukum pidana Indonesia. KUHP sekarang adalah norma-norma yang berasal dari hukum asing dari zaman kolonial yang pada umumnya telah asing dan tidak adil (*obsolete and unjustice*) serta ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat saat ini.

Perlu adanya penyesuaian hukum nasional dengan norma-norma internasional terhadap kejahatan-kejahatan internasional juga merupakan salah satu alasan mengapa dilakukan upaya pembaharuan hukum pidana nasional.⁵ Pembaharuan hukum pidana telah dimulai sejak diadopsinya kejahatan pembajakan, kejahatan terrorisme dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam hukum nasional.⁶ Selain itu, pembaharuan hukum pidana terus berlanjut dengan dilansirnya RKUHP yang mencoba mengadopsi kejahatan-

⁵ Lihat paparan Muladi dalam ELSAM, Komnas HAM, dan PUSHAM UII, Seri Diskusi RKUHP 10, *Catatan Seminar*, Kejahatan Serius terhadap Hak Asasi Manusia (*Serious Crimes against Human Rights*).

⁶Lihat UU tentang Terrorisme dan UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

kejahatan baru dengan mengacu pada Konvensi Genewa, Konvensi Penghapusan dan Penghukuman Genosida 1949, dan Konvensi Penghapusan Penyiksaan.⁷

Pengadopsian tersebut perlu dilakukan guna memastikan bahwa ada pertanggungjawaban atas kejahatan-kejahatan internasional yang terjadi di Indonesia. Terlebih jika kejahatan tersebut merupakan kejahatan yang termasuk dalam *jus cogens* di mana, atas kejahatan tersebut, setiap negara mempunyai tanggung jawab untuk mengadilinya (*erga omnes obligatio*).⁸ Pertanggungjawaban dan penghukuman pidana, tidak saja untuk memberikan penjeratan (*deterrence*) bagi pelaku tetapi sekaligus juga untuk melakukan perlindungan bagi masyarakat (*social defence*). Lebih lagi, dalam hukum pidana internasional, tujuan pemidanaan ini adalah juga untuk memastikan adanya perlindungan bagi masyarakat dunia dari ancaman kejahatan yang langsung maupun tidak langsung (*direct maupun indirect*).⁹

2. Kejahatan Genosida, Kejahatan Terhadap Kemanusiaan dan Kejahatan Perang sebagai Kejahatan Yang Sangat Serious

Kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang adalah kejahatan-kejahatan yang didefinisikan dalam Statuta Roma sebagai kejahatan paling serius yang menyangkut masyarakat internasional secara keseluruhan (*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*).¹⁰ Istilah lain untuk mendefinisikan tentang kejahatan-kejahatan tersebut adalah sebagai kejahatan-kejahatan yang tergolong dalam pelanggaran HAM yang berat (*gross violation of human rights*).¹¹

⁷Indonesia telah meratifikasi konvensi anti-penyiksaan (*Convention Against Torture*) dengan UU No.5 Tahun 1998.

⁸ *Jus cogens* sebagai “*peremptory norm of general international law*,” yakni “norma yang diterima dan diakui seluruh komunitas negara-negara internasional sebagai norma yang tidak boleh ada pengurangan apa pun dan yang hanya dapat dimodifikasi oleh norma hukum internasional selanjutnya yang memiliki karakter yang sama (*no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character*). Lihat Pasal 53 Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, yang mulai berlaku pada 27 January 1980. *Jus cogens* adalah norma tertinggi dalam hukum internasional yang mengalahkan norma-norma lain (*overriding norms*). Sedangkan *Erga Omnes* artinya merupakan suatu kewajiban seluruh negara; yakni kewajiban yang dimiliki tidak hanya untuk para korban atau warga negara suatu negara melainkan juga untuk seluruh negara di dunia dan komunitas internasional.

⁹ Mengenai kategorisasi kejahatan yang memenuhi ancaman langsung maupun tidak langsung, lihat Romli Atmasasmita, Pengantar Hukum Pidana Internasional, Refika Aditama, 2003. hlm. 48.

¹⁰ Lihat Paragraf keempat dan Pasal 5 Statuta Roma.

¹¹ Istilah *gross violation of human rights* sendiri belum diformulasikan secara baku dan belum ada definisi yang disepakati secara umum mengenai istilah ini. Pengertian mengenai *gross violation of human rights* ini dijelaskan oleh Theo van Boven dan dalam Restatement UU Hubungan Luar Negeri Amerika

Kejahatan-kejahatan tersebut dikategorikan paling serius atau merupakan kejahatan yang paling buruk (*worst crimes*) karena dalam sejarahnya kejahatan ini telah menggoncangkan nurani umat manusia (*shocking consciousness of humanity*) dan para pelakunya kebanyakan adalah *state officials*. Kekejaman Nazi, kekejaman tentara Jepang pada perang dunia II, dan dalam abad modern ini adalah pembantaian di bekas Yugoslavia dan Rwanda menunjukkan potret kelam dalam peradaban manusia. Bukan saja jumlah korban yang mencapai ribuan, tetapi dilakukan secara sistematis dengan kebijakan politik tertentu.¹² Sejumlah pengadilan digelar untuk mengadili kejahatan-kejahatan serius tersebut. Sejumlah regulasi juga disiapkan untuk menuntut para pelakunya.

Berawal dari adanya Piagam Nurenberg, istilah kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang muncul dan untuk pertama kalinya dan juga mengakui dan menetapkan bahwa kejahatan tersebut harus diadili. Sementara, genosida pun merupakan kejahatan serius yang pada saat itu dimasukkan ke dalam kejahatan terhadap kemanusiaan. Berdasarkan Piagam ini, Pengadilan Militer Nurenberg diadakan, dan selanjutnya diikuti dengan penyelenggaraan Mahkamah pidana untuk Timur Jauh (*International Military Tribunal for Far East*) di Tokyo.

Konvensi Genosida tahun 1948 tentang Pencegahan dan Penghukuman bagi kejahatan genosida, disahkan, tak lama setelah keberadaan Pengadilan Nurenberg. Konvensi ini mendefinisikan bahwa genosida adalah tindakan yang dilakukan untuk menghancurkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, etnis, ras dan agama.¹³ Konvensi tidak hanya melarang kejahatan genosida, namun juga melarang segala bentuk tindakan yang “mengarahkan dan menghasut publik untuk melakukan genosida”.

Selanjutnya, keberadaan Konvensi Jenewa (I-IV) 1949, secara spesifik merumuskan pelanggaran berat, pelanggaran serius dan pelanggaran lainnya yang terjadi

Serikat. Lihat Ifdhal Kasim, Elemen-Elemen Kejahatan dari Crimes Against Humanity: Sebuah Penjelajahan Pustaka, *Jurnal HAM*, Komnas HAM, Vol 2, No. 2, tahun 2004, hlm. 43.

¹² 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 suku Tutsi adalah tindakan yang tentu saja sangat bertentangan dengan hukum internasional. Hampir semua korban adalah penduduk sipil yang berdasarkan hukum humaniter “orang-orang yang tidak ikut serta secara aktif dalam permusuhan (penduduk sipil) harus diperlakukan manusiawi tanpa membedakan ras, suku, agama, jenis kelamin, atau status ekonomi dalam segala keadaan”.

¹³ Tindakan itu mencakup antara lain pembunuhan; mengakibatkan penderitaan serius terhadap jiwa dan mental; sengaja menciptakan kondisi kehidupan yang bertujuan untuk melakukan kemusnahan secara fisik baik sebagian maupun seluruhnya.

dalam konteks peperangan, menguatkan apa yang sudah dipraktikkan dalam Piagam Nurenberg dan pengadilan militernya. Dengan keberadaan Protokol Tambahan Konvensi Jenewa 1949 (1977), maka istilah kejahatan perang kembali dimunculkan.

Rumusan formal kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan kejahatan genosida kemudian muncul kembali dalam Statuta untuk Pengadilan Pidana Internasional untuk bekas negara Yugoslavia (ICTY) dan Rwanda (ICTR).¹⁴ Pengertian terhadap kejahatan-kejahatan tersebut merupakan pertautan dari Piagam Nurenberg,¹⁵ Statuta untuk ICTY¹⁶ maupun Statuta untuk ICTR¹⁷. Ada beberapa kesamaan pengaturan meskipun dengan perumusan yang berbeda-beda.

Dalam perkembangannya, pengaturan yang lebih baru tentang kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang diatur dalam Statuta Roma 1998 dengan disyahnkannya dokumen dasar pembentukan Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court*). Statuta ini merupakan rujukan paling akhir dalam mendefinisikan kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan genosida dan kejahatan perang. Terlebih, dalam Statuta tersebut juga telah diatur secara detail tentang unsur-unsur kejahatan (*element of crimes*) dan hukum acara dan pembuktiannya (*rules of procedures and evidences*).

Tabel 1
Perkembangan hukum international
Berkaitan dengan Pelanggaran HAM yang Berat

¹⁴ Lihat Statute of the International Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY) dan Statute of the International Tribunal for Rwanda (ICTR).

¹⁵ Piagam Nurenberg menyatakan: “ ... *Crimes against humanity: murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against civilian populations, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.*”

¹⁶ Statuta ICTY merumuskan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai “...Perbuatan-perbuatan yang dilakukan pada saat konflik bersenjata, baik internasional maupun internal, dan ditujukan terhadap penduduk sipil: a. pembunuhan; b. pemusnahan; c. perbudakan; d. deportasi; e. pemenjaraan atau perampasan kemerdekaan sewenang-wenang; f. penyiksaan; g. perkosaan; h. Persekusi (penganiayaan) yang didasari oleh politik, ras dan agama; i. Tindakan tidak manusiawi lainnya. Lihat *Statute of the International Tribunal (Adopted 25 May 1993)*.

¹⁷ Statuta ICTR merumuskan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai “...Perbuatan-perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang ditujukan terhadap penduduk sipil yang berdasarkan kebangsaan, politik, etnis, rasial atau agama: a. pembunuhan; b. pemusnahan; c. perbudakan; d. deportasi; e. pemenjaraan atau perampasan kemerdekaan sewenang-wenang; f. penyiksaan; g. perkosaan; h. persekusi yang didasari oleh politik, ras dan agama; i. tindakan tidak manusiawi lainnya. Lihat *Statute of the International Tribunal for Rwanda*.

No	Instrumen	Pengaturan
1.	<i>Charter of the International Military Tribunal 1945 (Nuremberg Charter).</i>	Kejahatan Perang dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan.
2.	Konvensi Genosida 1948.	Kejahatan Genosida.
2.	Konvensi Jenewa 1949.	Pelanggaran Berat, Pelanggaran Serius dan Pelanggaran lainnya dalam konteks perang.
3.	Protokol Tambahan Konvensi Jenewa 1949 (1977).	Pelanggaran Berat Konvensi dan Pelanggaran hukum dan kebiasaan perang sebagai Kejahatan Perang
4.	ICTY.	Genosida, Kejahatan atas Kemanusiaan dan Kejahatan Perang.
5.	ICTR.	Genosida, Kejahatan atas Kemanusiaan dan Kejahatan Perang.
7.	Statuta Roma.	Pelanggaran Berat HAM yang meliputi: Genosida, Kejahatan Kemanusiaan, Kejahatan Perang dan Agresi.

3. Kewajiban Melakukan Penghukuman bagi Kejahatan Genosida, Kejahatan Kemanusiaan, dan Kejahatan Perang, Larangan Amnesti dan Kewajiban Pemberian Reparasi Kepada Korban

Sebagai kejahatan yang dikategorikan *gross violation of human rights* yang merupakan musuh umat manusia (*hostis humanis generis*), berbagai literatur hukum dan praktiknya menyatakan bahwa kejahatan ini tidak dapat diabaikan. Penghukuman atas kejahatan-kejahatan tersebut telah pula dilakukan sejak adanya Pengadilan Nuremberg dan Pengadilan Tokyo pada tahun 1948. Selanjutnya, pada tahun 1993 digelar Pengadilan Pidana Internasional Ad hoc untuk mengadili pelaku berbagai pelanggaran serius terhadap hukum humaniter internasional di negara bekas Yugoslavia. Pada tahun 1994 juga dibentuk Pengadilan Pidana Internasional ad hoc untuk mengadili kejahatan Genosida, Pelanggaran Konvensi Jenewa dan Kejahatan Terhadap Kemanusiaan yang terjadi di Rwanda.

Setiap negara kemudian mempunyai kewajiban untuk menghukum pelaku dan memberi kompensasi terhadap korban.¹⁸ Negara wajib menghukum kejahatan-kejahatan tersebut dengan melakukan penuntutan dan menghukum secara setimpal para pelakunya serta tidak memberikan amnesti kepada para pejabat atau aparat negara sampai mereka dituntut di depan pengadilan.¹⁹ Pemberian kompensasi terhadap korban pun menjadi kewajiban negara, dan pemberian kompensasi tidak dapat digunakan sebagai alasan untuk tidak menghukum pelaku.

Kewajiban untuk memberikan reparasi kepada korban merupakan tanggung jawab negara yang telah terangkai dalam berbagai instrumen hak asasi dan ditegaskan dalam putusan-putusan (jurisprudensi) komite-komite hak asasi manusia internasional maupun regional.²⁰ Kewajiban yang diakibatkan oleh pertanggungjawaban negara atas pelanggaran hukum hak asasi manusia internasional memberikan hak kepada individu atau kelompok yang menjadi korban dalam wilayah negara itu untuk mendapatkan penanganan hukum yang efektif dan pemulihan yang adil, sesuai dengan hukum internasional.²¹

Konvensi Pencegahan dan Hukuman atas kejahatan genosida menyatakan bahwa orang-orang yang melakukan genosida atau suatu perbuatan yang disebutkan dalam Pasal III akan dihukum, baik mereka itu penguasa yang bertanggungjawab secara konstitusional, pejabat publik atau perseorangan.²² Konvensi juga menyatakan bahwa orang-orang yang dituduh melakukan genosida atau suatu perbuatan yang disebutkan dalam Pasal III akan diadili oleh suatu mahkamah yang berwenang dari negara di wilayah di mana perbuatan itu dilakukan atau oleh suatu mahkamah hukum internasional yang

¹⁸ Ini juga berkaitan dengan ILC, *draft article* tentang *a states responsibility* tentang tanggung jawab negara apabila terjadi pelanggaran HAM yang berat, yang pada intinya adalah hukum pelaku dan bayar kompensasi terhadap korban. Itu sudah dituangkan dalam suatu konvensi dan ini juga sudah kita anggap sudah mengikat sebagai tadi *customary international law*. *Customary international law* ini *binding to all states*, mengikat semua Negara. Apakah telah diratifikasi ataupun bukan ratifikasi dari konvensi.

¹⁹ *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law; General Comment 31, Update Set of Principles to Combat Impunity* dalam Prinsip 1, 19, 22 and 24.

²⁰ Setidaknya regulasi yang dapat dirujuk adalah ketentuan dalam deklarasi prinsip-prinsip dasar keadilan bagi para korban kejahatan dan penyalahgunaan kekuasaan, pasal 3 Konvensi Den Haag mengenai hukum dan adat istiadat bidang pertahanan, pasal 68 Konvensi Jenewa tentang Perlakuan terhadap tawanan perang, pasal 55 Konvensi Jenewa tentang Perlindungan terhadap warga sipil pada waktu perang dan protokol I (protokol tambahan pada konvensi Jenewa).

²¹ Lebih jauh mengenai hak-hak korban, lihat Theo van Boven, *Mereka yang Menjadi Korban, Hak Korban atas Restitusi, Kompensasi, dan Rehabilitasi*, ELSAM, 2002.

²² Pasal IV Konvensi Penghukuman dan Pencegahan Genosida 1948.

mungkin mempunyai yurisdiksi berkenaan dengan para pihak yang melakukan perjanjian yang telah menerima yurisdiksinya.²³

Konvensi Jenewa 1949 menegaskan bahwa terhadap setiap bentuk pelanggaran yang terjadi dalam konteks perang, negara harus mengambil langkah-langkah hukum; menyiapkan pengadilan untuk menuntut, mengadili dan menghukum pelaku, tidak terbatas hanya pada pelanggaran berat konvensi.²⁴ Sementara Protokol Tambahan Konvensi Jenewa 1949 (1977) menegaskan bahwa di samping bertanggungjawab untuk mengadili dan menghukum pelaku, negara juga berkewajiban untuk memberi kompensasi jika diminta oleh korban. Atas pemberian kompensasi ini, tidak hanya terhadap kejahatan perang tapi pelanggaran lainnya di mana korban merasa dirugikan²⁵

Dalam Statuta Roma juga disebutkan bahwa tidak ada ketentuan berkaitan dengan tanggung jawab pidana individual yang mempengaruhi tanggung jawab negara berdasarkan hukum internasional.²⁶ Hal ini berarti bahwa kebijakan memberikan amnesti sebuah negara tidak menghalangi Mahkamah Pidana Internasional untuk melakukan penuntutan dan penghukuman.

Perkembangan dalam praktik menunjukkan semakin meningkatnya kecenderungan badan-badan hak asasi manusia PBB mengancam pemberian amnesti termasuk yang diberikan oleh pemerintahan-pemerintahan transisi. Misalnya Komisi Hak Asasi manusia PBB pada saat memeriksa laporan berkala dari pemerintahan Uruguay berkenaan dengan kewajibannya dalam melaksanakan persetujuan Internasional Hak Sipil dan Politik. Komisi menyatakan keprihatinan yang mendalam terhadap undang-undang berakhirnya kewenangan menghukum dari negara yang menghindari penuntutan terhadap para perwira militer dan mewajibkan pencabutan tuntutan pidana terhadap mereka. Komisi merekomendasikan undang-undang itu untuk dicabut untuk memastikan para korban memperoleh ganti rugi yang efektif.²⁷

Selain larangan amnesti, kepada para korban pelanggaran HAM yang berat juga harus diberikan hak untuk pemilihan. Berdasarkan *Universal Declaration of Human Rights*, *International Covenant on Civil and Political Rights* dan *Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat*

²³ Pasal V Konvensi Penghukuman dan Pencegahan Genosida 1948.

²⁴ Pasal 49 dan 54 Konvensi Jenewa 1949 (I), Pasal 50 Konvensi Jenewa (II),

²⁵ Pasal 91 Protokol Tambahan I, 1977.

²⁶ Pasal 25 ayat (4) Statuta Roma.

²⁷ Lihat Ifdhal Kasim, "Menghadapi Masa Lalu: Mengapa Amnesti?", *Position Paper*, ELSAM, 2000.

Impunity, para korban berhak atas pemulihan yang efektif. Hak-hak korban pelanggaran HAM yang berat tersebut meliputi hak atas restitusi, kompensasi, rehabilitasi, *satisfaction* dan jaminan ketidakberulangan (*non recurrence*).

Berdasarkan pada berbagai ketentuan internasional tersebut, kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang mewajibkan setiap negara untuk melakukan penuntutan dan penghukuman. Tidak diperkenankan memberikan amnesti terhadap kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Hukum domestik yang dirumuskan tentang kejahatan tersebut juga tidak boleh memberikan peluang pada adanya amnesti atau tanpa penghukuman. Korban kejahatan-kejahatan tersebut juga diberikan perhatian khusus dengan mendapatkan reparasi yang dibebankan kepada negara.

4. Pertanggungjawaban Pidana Individual dalam Kejahatan Genosida, Kejahatan terhadap Kemanusiaan dan Kejahatan Perang

Pertanggungjawaban pidana secara individual terhadap kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang telah muncul sejak adanya Pengadilan Militer Nurenberg.²⁸ Konvensi-konvensi sebelumnya, khususnya yang menyangkut pelanggaran dalam konteks perang, memegang prinsip pertanggungjawaban atasan, di mana pemegang komando militer memegang tanggungjawab terhadap tidak dijalankan hukum dan kebiasaan perang. Oleh karena itu, perintah atasan tidak menjadi alasan pembenar untuk dapat membebaskan orang-orang yang dituntut melakukan kejahatan perang.²⁹

Pertanggungjawaban pidana secara individual ini pun berlanjut dipakai dalam hukum pidana internasional dan hukum internasional lainnya. Konvensi Jenewa 1949 dan Protokol Tambahannya (1977) memegang pertanggungjawaban individual. Seorang bawahan yang melakukan pelanggaran tidak dapat menggunakan alasan perintah atasan untuk membebaskannya dari tuduhan dan pemidanaan. Malah, komandan atau pemangku komando tertinggi memiliki tanggung jawab yang berlipat terhadap penegakan hukum dan kebiasaan perang. Seorang atasan tidak dapat dibebaskan dari tuntutan hukuman atas apa yang dilakukan oleh bawahannya³⁰.

²⁸ Lihat *Constitutional/Charter of the International Military Tribunal 1945*, Pasal 6.

²⁹ *Ibid.*, Pasal 8.

³⁰ Pasal 85 Protokol Tambahan I, 1977, Repression of Breaches of this Protocol.

Pertanggungjawaban individual di samping pertanggungjawaban komando juga dijadikan prinsip dalam Statuta Pengadilan Pidana Internasional untuk Yugoslavia. Dalam mengadili kasus kejahatan genosida, kejahatan perang dan kejahatan untuk kemanusiaan, maka Statuta meletakkan prinsip pertanggungjawaban individual bagi siapapun yang merencanakan, menghasut, memerintahkan, melakukan atau bahkan membantu dan bersekongkol baik dalam perencanaan, persiapan maupun pelaksanaan kejahatan.³¹ Dengan demikian perintah atasan tidak bisa dijadikan alasan untuk membebaskan seorang dari tuntutan. Sebaliknya, atasan pun tidak bisa mengelak dan lepas dari tuntutan karena kejahatan yang dilakukan oleh bawahannya jika atasan mengetahui atau memiliki alasan untuk mengetahui apa yang dilakukan oleh bawahannya.³²

Aturan yang senada terdapat pada Statuta Pengadilan Pidana Internasional untuk Rwanda. Bahkan Statuta tersebut menegaskan bahwa kedudukan resmi sebagai Kepala Negara atau pemerintah yang bertanggungjawab tidak bisa dijadikan alasan untuk lepas dari pertanggungjawaban pidana maupun alasan untuk meringankan hukuman³³.

Peneguhan prinsip pertanggungjawaban individual ini terdapat pada Statuta Roma. Statuta Roma menegaskan bahwa untuk pelaku kejahatan yang dikategorikan pelanggaran berat HAM, pertanggungjawabannya merupakan pertanggung jawaban pidana secara individual (*individual criminal responsibility*). Para pelaku yang bertanggung jawab tidak terbatas pada pelaku langsung tetapi orang-orang yang memerintahkan, mengusahakan atau menyebabkan terjadinya kejahatan dalam kenyatannya atau terjadinya percobaan,³⁴ termasuk harus bertanggung jawab adalah mempermudah dilakukannya kejahatan, pembantuan, bersekongkol atau bahkan menolong dilakukannya atau percobaan untuk melakukan termasuk menyediakan sarannya.³⁵ Khusus untuk kejahatan genosida, pertanggungjawaban pidana juga dapat dibebankan kepada orang-orang yang secara langsung atau tidak langsung menghasut (*incites others*) untuk melakukan kejahatan tersebut.³⁶

Statuta Roma diberlakukan pada semua orang tanpa ada perbedaan mengenai jabatan resmi dan jabatan tersebut bukan merupakan alasan untuk mengurangi hukuman. Selain itu, kekebalan atau prosedur khusus yang terkait dengan jabatan resmi pelaku tidak

³¹ Pasal 7(1), Statuta ICTY.

³² Pasal 7 (3), Statuta ICTY.

³³ Pasal 6 (1,2), Statuta ICTR.

³⁴ Pasal 25 ayat (3) huruf b Statuta Roma.

³⁵ Pasal 25 ayat (3) huruf c Statuta Roma.

³⁶ Pasal 25 ayat (3) huruf e Statuta Roma.

menghalangi untuk melakukan yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional.³⁷ Demikian pula dengan seorang komandan militer ataupun atasan sipil tidak bisa melepaskan diri dari tanggungjawab pidana jika mengetahui atau seharusnya mengetahui bahwa anak buahnya melakukan kejahatan dan tidak melakukan tindakan-tindakan yang layak dalam kewenangannya.³⁸

Peluang untuk adanya penghapusan pertanggungjawaban pidana diberikan oleh Statuta Roma dengan beberapa pertimbangan tertentu.³⁹ Namun, Statuta Roma juga menegaskan bahwa perintah atasan atau komandan tidak membebaskan tanggung jawab pidananya karena ketidaktahuan bahwa perintah tersebut melanggar hukum atau tidak nyata-nyata melanggar hukum. Perintah untuk melakukan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan jelas-jelas melanggar hukum.⁴⁰ Sehingga dalih bahwa perbuatan itu dilakukan karena perintah jabatan atau ketidaktahuan bahwa tindakan yang dilakukan bukan merupakan pelanggaran hukum tidak melepaskan tanggung jawab pidana pelakunya. Hanya saja, pengaturan ini tidak mengikat untuk Kejahatan Perang, melainkan hal ini mengikat khusus untuk Genosida dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan.⁴¹ Sehingga ada kritik bahwa terdapat kemunduran prinsipil dalam Statuta Roma khususnya untuk kasus kejahatan perang.⁴²

5. Penghukuman dan Pertimbangan Penjatuhan Hukuman

5.1. Peniadaan Hukuman Mati

Hukuman mati senantiasa menimbulkan perdebatan yang hangat di kalangan pegiat hak asasi manusia. Para aktivis HAM agaknya cukup solid menentang keberadaan hukuman mati, yang dianggap bertentangan dengan prinsip hak asasi manusia, sementara dalam praktiknya, di beberapa negara hukuman pidana mati masih eksis. Namun demikian, ada kecenderungan semakin berkurangnya negara-negara yang menganut sanksi pidana mati.

³⁷ Pasal 27 Statuta Roma.

³⁸ Pasal 28 Statuta Roma.

³⁹ Pasal 31 Statuta Roma.

⁴⁰ Pasal 33 Statuta Roma.

⁴¹ Pasal 33 ayat 1 dan 2.

⁴² Jerry Fowler, "Statuta Roma tentang Mahkamah Pidana Internasional: Keadilan bagi Generasi Mendatang", dalam *Statuta Roma, Mahkamah Pidana Internasional*, ELSAM, 2000.

Bagi negara-negara yang masih menganut sanksi pidana mati, negara-negara tersebut membuat kriteria-kriteria khusus untuk pelaksanaan hukuman mati dan hanya digunakan untuk kasus-kasus yang dianggap sangat khusus.

Dalam perkembangan hukum pidana internasional, hukuman mati pernah dipraktikkan, namun secara perlahan dan pasti, praktik tersebut dipersulit dan pada akhirnya hilang sejak keberadaan Peradilan Pidana Internasional untuk Yugoslavia dan Rwanda.⁴³ Dalam Statuta Peradilan Pidana Internasional untuk Bekas Negara Yugoslavia dan Rwanda, ditegaskan bahwa hukuman yang dijatuhkan harus dibatasi pada pemenjaraan. Sebagai tambahan pemenjaraan, pengembalian pelbagai hak milik kepada orang-orang yang berhak memilikinya dapat diperintahkan atau dipaksa untuk diberikan oleh majelis hakim.⁴⁴

Ketidakterlaksanaan hukuman mati semakin ditegaskan dalam Statuta Roma. Statuta Roma meletakkan hukuman penjara sebagai sanksi yang diberikan terhadap para pelaku pelanggaran berat HAM. Hukuman penjara tersebut meliputi (i) hukuman penjara pada tahun-tahun tertentu yang tidak melebihi 30 tahun; dan (ii) hukuman penjara seumur hidup apabila dianggap kejahatan yang luar biasa atau keadaan-keadaan pribadi dari orang yang dihukum. Di samping penjara, denda dan penebusan hasil, kekayaan dan aset yang berasal dari kejahatan tersebut dapat diputuskan pula oleh Majelis Hakim.⁴⁵

5.2. Faktor yang Meringankan Hukuman

Faktor yang memberatkan dan yang meringankan yang dapat menjadi pertimbangan hakim dalam menghukum adalah hal yang lazim dan sudah menjadi prinsip umum dalam hukum pidana. Hanya saja, faktor-faktor tersebut, khususnya faktor yang meringankan menjadi penting untuk dilihat berkaitan dengan upaya untuk menghapus impunitas para pelaku dan dalam konteks memberikan keadilan terhadap korban.

⁴³ Tercatat bahwa Peradilan Militer Nuremberg dan piagam Nuremberg memberlakukan hukuman mati (Pasal 27 Piagam Nuremberg). Selain itu, pengaturan dalam Konvensi Jenewa menyebutkan bahwa hukuman mati dimungkinkan namun ditekankan adanya penundaan eksekusi (setidaknya 6 bulan sesudah ada pemberitahuan kepada pihak negara asal). Lihat Pasal 99 – 101 Konvensi (III) Jenewa, 1949. Selain itu, Protokol Tambahan mengalami perkembangan terhadap pengaturan hukuman mati. Meskipun masih menganut prinsip penghukuman yang sama dengan Konvensi Jenewa di mana pemberian sanksi disesuaikan dengan sistem pidana di negara yang bersangkutan, Protokol menekankan hukuman tersebut tidak dapat dilaksanakan terhadap anak di bawah umur dan perempuan hamil atau perempuan sebagai ibu dari anak kecil. Lihat pasal 6 ayat (4), Protokol Tambahan II.

⁴⁴ Pasal 24 (1) dan (2), Statuta ICTY, dan Pasal 23 (1) dan (2), Statuta ICTR.

⁴⁵ Pasal 77, Statuta Roma.

Ada perkembangan rumusan hukum pidana internasional dan praktiknya berkaitan dengan alasan untuk keringanan hukuman terhadap pelaku genosida, kejahatan perang, dan kejahatan untuk kemanusiaan. Pada Piagam Nurenberg untuk kasus Kejahatan Perang dan Kejahatan Kemanusiaan, misalnya, 'perintah atasan' dapat dijadikan alasan untuk meringankan hukuman. Hal yang sama diatur oleh Protokol Tambahan Konvensi Jenewa 1949 (1977), khususnya untuk pelaku Kejahatan Perang.

Pada Statuta Peradilan Pidana Internasional untuk Negara Bekas Yugoslavia, rumusan tentang faktor-faktor yang dapat meringankan hukuman terhadap pelaku sangat umum dan tidak menitik pada satu alasan tertentu. Statuta menyatakan bahwa dalam menjatuhkan hukuman, majelis hakim di Pengadilan harus mempertimbangkan faktor-faktor antara lain daya tarik dari serangan dan dari keadaan-keadaan individu, tanpa menyebutkan keadaan-keadaan individu seperti apa yang bisa jadi pertimbangan.⁴⁶ Namun, di dalam hukum acara pembuktiannya, disebutkan bahwa faktor-faktor yang meringankan perkara yang harus menjadi pertimbangan majelis hakim pengadilan adalah termasuk kerjasama terdakwa dengan Penuntut Umum sebelum dan setelah dakwaan.⁴⁷ Sementara dalam praktiknya, ada banyak alasan yang diberikan oleh hakim dalam pemberian keringanan hukuman tergantung kasus perkasus. Tercatat setidaknya sekitar dua belas alasan yang telah pernah dipakai hakim untuk memberi keringanan hukuman terhadap terdakwa pidana kejahatan perang, yang antara lain adalah:

- a) Kerja sama terdakwa dan penuntut hukum.
- b) Pengakuan bersalah termasuk penyesalan dan rekonsiliasi.
- c) Paksaan/tekanan yang melawan hukum.
- d) Partisipasi tidak langsung atau terpaksa.
- e) Kelemahan mental untuk bertanggungjawab.
- f) Menyerahkan diri secara suka rela.
- g) Tindakan paska konflik.
- h) Usia.
- i) Kondisi pribadi/keluarga.
- j) Karakter terdakwa.
- k) Kondisi yang sakit-sakitan (hanya pada kondisi tertentu).
- l) Bantuan terhadap para tahanan atau korban.

⁴⁶ Pasal 24 (2) Statuta ICTY.

⁴⁷ Aturan 101, Hukum Acara dan Pembuktian ICTY.

Bervariasinya alasan pemberian keringanan hukuman tersebut, didasarkan pada keadaan yang berbeda dari satu kasus ke kasus lainnya. Alasan tersebut tidak dimaksudkan untuk mengurangi keseriusan dari kejahatan yang dilakukan oleh si terhukum⁴⁸.

Pada Pengadilan Pidana Internasional untuk Rwanda, pemberian keringanan hukuman menjadi lebih terbatas. Statuta Pengadilan Pidana Internasional untuk Rwanda relatif tidak memberikan peluang untuk hal yang meringankan pemberian hukuman melainkan memberi penekanan pada hal yang memberatkan pemberian hukuman. Ini karena statuta menyebutkan bahwa faktor-faktor seperti tingkat kekejaman delik harus menjadi pertimbangan hakim dalam memberi vonis.⁴⁹ Walaupun demikian, peraturan tentang prosedur dan bukti menyatakan bahwa dalam pemberian vonis, Majelis Pengadilan harus mempertimbangkan faktor-faktor antara lain kondisi yang memberatkan, kondisi yang meringankan termasuk kerjasama tertuduh dengan penuntut, selama dan sesudah penghukuman⁵⁰. Pada praktiknya, alasan keringanan hukuman hanya pada satu alasan; kerjasama yang besar antara si tertuduh dan penuntut umum, terlebih jika ia mengaku bersalah dan menunjukkan penyesalan yang tulus.⁵¹ Selain itu, penyesalan yang mendalam terhadap korban,⁵² pandangan politik yang tidak bias etnis,⁵³ bantuan terhadap korban pada saat kejadian,⁵⁴ dapat dipertimbangkan sebagai hal yang meringankan hukuman setelah diperbandingkan dengan hal yang memberatkan hukuman. Jika hal yang meringankan dianggap tidak sepadan dengan hal yang memberatkan maka majelis hakim mengambil sikap hal yang meringankan tidak dapat dianggap sebagai hal yang meringankan.

Statuta Roma meletakkan landasan dalam penetapan hukuman oleh Mahkamah di mana Mahkamah harus memperhitungkan faktor-faktor seperti beratnya kejahatan dan keadaan-keadaan pribadi dari orang yang dihukum. Rumusan yang sangat umum tersebut,

⁴⁸ Lihat Roy S. Lee (editor), *The International Criminal Court-Element of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Inc, 2000, hlm. 561.

⁴⁹ Pasal 23 (2) Statuta ICTR.

⁵⁰ Pasal 101, Peraturan mengenai Prosedur dan Bukti, ICTR.

⁵¹ Human Right Watch, *Genocide, War Crimes, and Crimes Against Humanity: Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, edisi terjemahan, ELSAM, 2007, hlm. 65.

⁵² *Ibid.*, Pertimbangan hakim pada putusan kasus Kayishema dan Ruzindana, para 19-23, 1999, ELSAM, hlm. 66.

⁵³ *Ibid.*, Pertimbangan hakim pada putusan Ntakirutimana dan Ntakirutimana, 21 Feb 2003.

⁵⁴ *Ibid.*

kemudian dijabarkan pada Elemen Kejahatan dan Aturan Prosedur dan Pembuktian yang menyebutkan bahwa perlu dipertimbangkan faktor-faktor yang memberatkan dan meringankan secara seimbang. Faktor-faktor yang dianggap meringankan sifatnya tidak dibatasi, tapi aturan ini memberi contoh seperti; (i) hal-hal yang dianggap dapat menghapuskan pertanggungjawaban pidana yakni kapasitas mental dan keadaan terpaksa; (ii) pengakuan bersalah, termasuk setiap langkah yang dilakukan untuk memberi kompensasi kepada korban dan kerja sama dengan pengadilan.

6. Pengaturan Khusus terhadap Kejahatan Genosida, Kejahatan terhadap Kemanusiaan dan Kejahatan Perang: *Ne bis in Idem* dan Daluarsa Penuntutan

Statuta Roma 1998 menempatkan pelanggaran HAM berat sebagai kejahatan dengan karakteristik khusus yang dalam hal-hal tertentu prinsip-prinsip hukum pidana dan acaranya berbeda dengan kejahatan pidana biasa. Statuta ini juga dilengkapi dengan perumusan tentang unsur-unsur kejahatan dan prosedur beracara dan pembuktian tersendiri.

Beberapa penyimpangan berkaitan dengan asas hukum juga diatur dalam Statuta Roma. Asas *ne bis in idem*⁵⁵ diakui namun dalam hal terjadi peradilan yang hanya dengan tujuan untuk melindungi orang pelaku atau peradilan tidak dilakukan secara mandiri atau tidak memihak dan tidak sesuai dengan maksud untuk membawa pelaku ke depan peradilan maka asas *ne bis in idem* ini tidak berlaku.⁵⁶ Pengadilan kembali dapat diberlakukan dalam kondisi-kondisi sebagaimana tersebut di atas dan tidak dianggap melanggar asas *ne bis in idem*.

Kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan memberikan kewajiban bagi semua bangsa untuk melakukan penuntutan terhadap para pelakunya. Dari beberapa dokumen dan praktik hukum pidana yang berkaitan dengan kejahatan-kejahatan tersebut, tidak dikenal adanya batas waktu penuntutan. Sampai kapan pun para kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan tidak bisa melepaskan diri dari pertanggungjawaban

⁵⁵ Pengertian tentang *ne bis in idem* dapat dilihat dari ketentuan dalam UU No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia. Pasal 18 UU No. 39/1999 ayat (5): *Setiap orang tidak dapat dituntut untuk kedua kalinya dalam perkara yang sama atas suatu perbuatan yang telah memperoleh putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.*

⁵⁶ Pasal 20 ayat (3) Statuta Roma.

dan mendapatkan tempat yang aman (*no save haven*). Dengan ada prinsip *no save haven* maka terhadap kejahatan ini juga berlaku yurisdiksi universal (*universal jurisdiction*).⁵⁷

⁵⁷ Yurisdiksi universal adalah kewenangan Negara menerapkan yurisdiksi terhadap kejahatan yang mempengaruhi kepentingan seluruh Negara dan didasarkan dari tekanan internasional, sekalipun melawan kehendak Negara yang memiliki teritorial atau yurisdiksi dalam bentuk apapun. Lihat, Bhatara Ibnu Reza, "Yurisdiksi Universal: Praktik, Prinsip dan Realitas", *Jurnal Komnas HAM*, 2004, hlm. 79.

BAB III

PENGATURAN KEJAHATAN GENOSIDA, KEJAHATAN TERHADAP KEMANUSIAAN DAN KEJAHATAN PERANG DALAM PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DI INDONESIA

1. Pengaturan tentang Pelanggaran HAM yang Berat

Istilah genosida pertama kali muncul dalam leksikon hukum Indonesia dan dinyatakan sebagai kejahatan dalam hukum nasional pada UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Penjelasan Pasal 104 UU No. 39 Tahun 1999 menyatakan bahwa yang dimaksud dengan pelanggaran HAM yang berat adalah pembunuhan massal (*genocide*), pembunuhan sewenang-wenang atau diluar putusan pengadilan (*arbitrary/extrajudicial killing*), penyiksaan, penghilangan orang secara paksa, perbudakan atau diskriminasi yang dilakukan secara sistematis (*systematic discrimination*). Sementara, kejahatan terhadap kemanusiaan tidak didefinisikan secara spesifik namun disebutkan kejahatan-kejahatan tertentu. UU No. 39 Tahun 1999 memandatkan terbentuknya Pengadilan HAM yang memiliki yurisdiksi pengadilan Pelanggaran HAM yang berat paling lambat 4 (empat) tahun sejak UU disahkan.⁵⁸

Tidak sampai 4 (empat) tahun, pada tahun 2000, muncul Undang-undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang mempunyai yurisdiksi untuk memeriksa dan mengadili pelanggaran HAM yang berat yakni kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan.⁵⁹ Dalam merumuskan kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, UU No. 26 tahun 2000 menyatakan bahwa pengertian kejahatan genosida

⁵⁸ Pasal 104 ayat (2) UU No. 39 Tahun 1999.

⁵⁹ Pasal 4 UU No. 26 Tahun 2000.

dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam UU ini sesuai dengan "*Rome Statute of The International Criminal Court*" (Pasal 6 dan Pasal 7). Hal ini berarti bahwa apa yang dimaksud dengan kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam UU No. 26 Tahun 2000 adalah juga merupakan kejahatan-kejahatan yang paling serius sebagaimana dimaksud dalam Statuta Roma 1998.

Pengadopsian secara diam-diam⁶⁰ terhadap ketentuan dalam Statuta Roma 1998 ke dalam UU No. 26 Tahun 2000 ini mempunyai beberapa kelemahan. *Pertama*, berkaitan dengan tidak lengkapnya jenis kejahatan yang diadopsi, kejahatan yang dikategorikan sebagai pelanggaran berat HAM, yang dicakup oleh Statuta Roma ada empat: genosida, kejahatan kemanusiaan, kejahatan perang dan agresi. Akan tetapi, UU No. 26 Tahun 2000 hanya mengambil dua jenis kejahatan, yaitu: genosida dan kejahatan atas kemanusiaan. Indonesia tidak mengadopsi kejahatan perang sebagai bagian dari pelanggaran HAM yang berat.

Sikap ini sesungguhnya mengaburkan tanggung jawab Indonesia untuk mengadili kejahatan perang sebagai negara yang sudah meratifikasi Konvensi Jenewa 1949 (I-IV) sejak tahun 1958 melalui UU No 59 tahun 1958. Pada Konvensi Jenewa memang tidak menyebutkan secara langsung istilah kejahatan perang, namun menggunakan istilah pelanggaran berat (*grave breach*) dan pelanggaran serius (*serious breach*) dalam konteks perang. Namun, dengan adanya Protokol Tambahan Konvensi Jenewa 1949 (1977), apa yang disebut sebagai pelanggaran berat dan pelanggaran serius secara tegas dinyatakan sebagai kejahatan perang. Meskipun Indonesia belum meratifikasi Protokol Tambahan tersebut, esensi untuk mengadili pelanggaran berat dan pelanggaran serius menjadi kewajiban Indonesia.

Kedua, ditemui pula adanya kesalahan menerjemahkan ketentuan dalam Statuta Roma. Hal-hal tersebut mempunyai implikasi serius atas penafsiran ketentuan tersebut. Akibatnya, pengaturan tentang kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam UU No. 26 tahun 2000 dalam beberapa bagiannya merupakan ketentuan yang tidak sesuai dengan maksud aslinya.

Ketiga, perumusan kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan juga tidak dilengkapi dengan *element of crimes* untuk menjelaskan maksud dan tafsir resmi atas ketentuan tersebut.

⁶⁰ Indonesia belum meratifikasi Statuta Roma 1998.

UU No. 26 Tahun 2000 secara tegas menyatakan bahwa pelanggaran HAM yang berat adalah kejahatan luar biasa (*extraordinary crimes*) dan berdampak secara luas baik pada tingkat nasional maupun internasional dan bukan merupakan tindak pidana yang diatur di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana.⁶¹ Pendefinisian inilah yang menunjukkan bahwa kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan adalah berbeda dengan perumusan dalam kejahatan-kejahatan dalam KUHP dan karenanya perlu dilakukan langkah-langkah khusus. Berdasarkan karakteristik kejahatannya yang sangat khusus dan berbeda dengan kejahatan “biasa” lainnya, maka Pengadilan HAM merupakan pengadilan khusus. Kekhususan itu menyebabkan keperluan untuk adanya langkah-langkah penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan yang bersifat khusus pula.

Kekhususannya juga terletak pada asas dan prinsipnya yang diatur secara berbeda. Asas-asas yang diatur secara berbeda dengan tindak pidana biasa sebagaimana diberlakukan dalam tindak pidana biasa adalah: *pertama*, tidak berlakunya ketentuan mengenai kadaluarsa dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat.⁶² *Kedua*, dapat digunakannya asas non-retroaktif untuk kejahatan kemanusiaan dan kejahatan genosida.⁶³ *Ketiga*, tindakan percobaan, permufakatan jahat dan pembantuan terhadap kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, hukumannya disamakan ancaman pidananya dengan pelaku (langsung).⁶⁴

Meskipun tidak merupakan kekhususan, UU No. 26 Tahun 2000 juga memberikan penekanan pada ketentuan-ketentuan tertentu misalnya perlindungan terhadap saksi dan korban⁶⁵ dan kewajiban untuk adanya kompensasi, restitusi dan rehabilitasi bagi korban pelanggaran HAM yang berat.⁶⁶ Kemudian, untuk melengkapi regulasi mengenai operasional dari ketentuan mengenai perlindungan saksi dan hak-hak kompensasi, restitusi dan rehabilitasi kepada korban, pemerintah mengeluarkan 2 (dua) peraturan pemerintah.⁶⁷

⁶¹ Penjelasan umum UU No. 26 Tahun 2000.

⁶² Pasal 46 UU No. 26 Tahun 2000.

⁶³ Penjelasan umum UU No. 26 Tahun 2000.

⁶⁴ Pasal 41 UU No. 26 Tahun 2000.

⁶⁵ Pasal 34 UU No. 26 Tahun 2000.

⁶⁶ Pasal 35 UU No. 26 Tahun 2000.

⁶⁷ Peraturan Pemerintah No. 2 Tahun 2002 tentang Perlindungan Saksi dan Korban dan Peraturan Pemerintah No. 3 Tahun 2002 tentang Kompensasi, Restitusi dan Rehabilitasi Korban Pelanggaran HAM yang berat.

Pengaturan tentang pengadilan HAM dalam UU No. 26 Tahun 2000 yang mempunyai yurisdiksi atas kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan meskipun terdapat berbagai kelemahan tampaknya berupaya memenuhi ketentuan hukum internasional. Dalam UU tersebut diciptakan suatu sistem pengadilan yang akan memastikan adanya proses pengadilan untuk penuntutan pelaku dan pemberian mekanisme reparasi korban.

2. Praktik Penuntutan Pelanggaran HAM yang Berat dan Hambatannya

Praktik penuntutan terhadap perkara pelanggaran HAM yang berat di Indonesia telah dilakukan dalam memeriksa dan mengadili perkara pelanggaran HAM yang berat di Timor-Timur, Tanjung Priok dan Abepura Papua. Perkara yang diadili adalah kejahatan terhadap kemanusiaan dan sampai saat ini belum ada perkara terkait dengan kejahatan genosida.

Hasil Pengadilan HAM jauh dari apa yang diharapkan karena hampir kesemua terdakwa yang diajukan ke pengadilan dibebaskan dari hukuman. Demikian pula dengan para korban tidak ada satupun yang sampai saat ini mendapatkan reparasi (pemulihan) yakni adanya kompensasi, restitusi dan rehabilitasi sebagaimana diatur dalam UU No. 26 Tahun 2000. Selama berlangsungnya pengadilan, perlindungan yang diberikan kepada saksi dan korban juga jauh dari memadai di mana banyak korban yang takut untuk bersaksi di pengadilan dan para saksi yang mengalami intimidasi selama memberikan kesaksian di pengadilan.⁶⁸

Berbagai analisis dan penelitian mengenai kegagalan pengadilan HAM ini telah dilakukan dan menunjukkan sejumlah faktor yang membuat pengadilan tersebut tidak mampu menghukum pelaku dan memberikan keadilan kepada korban.⁶⁹ Pengadilan ini gagal menghadirkan dua keadilan prinsipil dalam pengadilan yakni kegagalan untuk menetapkan pertanggungjawaban komando yang jelas di tingkat kelembagaan dan tidak sekedar kebersalahan individual dan kegagalan dalam menjalankan “fungsi kebenaran” yang merupakan mandat pengadilan HAM. Di samping peran penuntut umum yang

⁶⁸ Lihat “Progress Report ELSAM I – IX”.

⁶⁹ Salah satu hasil studi ini adalah yang ditulis oleh David Cohen, “*Intended to Fail, The Trials Before the Ad Hoc Human Rights Courts in Jakarta*”, International Center for Transitional Justice, Juli 2004. Studi ini menganalisis proses Pengadilan HAM Ad Hoc kasus pelanggaran HAM yang berat di Timor-Timur.

memungkinkan kegagalan penuntutan, pengadilan juga dirancang untuk tidak mandiri. Selain itu, kerangka legal pengadilan dengan UU No. 26 Tahun 2000 membutuhkan revisi, khususnya yang berkaitan dengan bukti-bukti dan hukum acaranya.

Hasil pengadilan HAM berdasarkan pemantauan menunjukkan adanya 3 kelemahan utama yakni 1) kegagalan dalam membuktikan adanya pelanggaran HAM yang berat; 2) bebasnya para terdakwa; dan 3) kompensasi yang tidak pernah diterima oleh korban.⁷⁰ Kelemahan regulasi ini mengakibatkan pengadilan HAM yang telah berjalan dianggap tidak berjalan sesuai dengan standar internasional sebagaimana pengadilan internasional mengadili kejahatan-kejahatan internasional, misalnya kejahatan terhadap kemanusiaan. Norma dan praktik peradilan internasional menunjukkan bahwa penuntutan terhadap kejahatan terhadap kemanusiaan menghasilkan penghukuman kepada pelaku dan reparasi kepada korban (lihat bagian II).

Analisis atas kegagalan untuk melakukan penuntutan yang efektif tersebut telah disadari sejak semula bahwa untuk mengadili kejahatan-kejahatan yang tergolong serius seperti kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan perlu suatu pengaturan yang khusus. Pengaturan khusus ini bukan saja berkaitan dengan hukum materialnya tetapi juga harus mencakup hukum acara pidananya yang berbeda dengan pengaturan dalam tindak pidana umum sebagaimana diatur dalam KUHP. Ditinjau dari sisi hukum materialnya, masih banyak ketentuan yang menimbulkan kerancuan dan ketidaklengkapan sehingga sulit diukur kepastiannya dan cenderung multiinterpretasi. Dari sisi hukum acaranya, meskipun ada pengecualian, tetapi masih mengacu pada hukum acara pidana biasa (KUHP) yang tidak sesuai dan menyulitkan pembuktian kasus-kasus dalam kategori kejahatan yang bersifat “luar biasa”. Kelemahan hukum formal dan material ini berakibat peradilan tidak berjalan secara *fair* dalam implementasinya.

⁷⁰ Lihat Kelompok Kerja Pemantau Pengadilan HAM, “Pengadilan yang Melupakan Korban”, ELSAM, KontraS dan PBHI, 24 Agustus 2004.

BAB IV

KRITIK TERHADAP PENGATURAN PELANGGARAN HAM BERAT DALAM RKUHP

1. Pengantar

Suatu ketentuan dalam hukum pidana, setidaknya yang tercantum dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana selalu mengatur tiga bagian penting. Ketiga bagian tersebut adalah mengatur tentang ketentuan mengenai asas-asas umum yang akan diberlakukan, tindak pidana yang akan diatur dan ancaman hukuman atas tindak pidana tersebut. Asas-asas hukum yang akan dirumuskan mengatur tentang kewenangan dan batasan dari penerapan suatu tindak pidana, termasuk acuan untuk menentukan pidana bagi pelaku dan tanggung jawab pelaku. Tindak pidana yang diatur haruslah dirumuskan secara jelas dan tidak menimbulkan banyak interpretasi (asas *lex certa*). Sementara ancaman pidana harus juga disesuaikan dengan tingkat kejahatannya (tindak pidana).

Ketiga bagian dalam suatu Kitab Undang-Undang Hukum Pidana sebagaimana disebutkan di atas, akan mempengaruhi efektifitas dalam penegakannya. Hal ini mengharuskan adanya kesesuaian antara tindak pidana yang diatur, ancaman pidana dan asas-asas hukumnya. Jika antara ketiga bagian tersebut tidak terdapat kesesuaian maka dalam implementasinya akan menimbulkan kesulitan. Setidaknya dalam hal rumusan tindak pidana yang tidak lengkap akan mengakibatkan ketiadaan kepastian hukum, ancaman hukuman yang ringan atau terlalu berat akan menimbulkan ketidakadilan bagi korban maupun pelaku, dan pengaturan asas-asas hukumnya yang tidak sejalan akan berakibat pada kegagalan dalam melakukan penuntutan terhadap para pelakunya.

Kritik atau analisis atas RUU KUHP dalam bagian ini akan menggunakan ketiga faktor di atas (asas-asas umumnya dalam bagian satu, rumusan tindak pidana dan ancaman pidana) yang disesuaikan dengan norma-norma dalam hukum internasional karena tindak pidana yang diatur merupakan kategori kejahatan internasional. Dengan demikian, analisis ini ditujukan untuk mengetahui sejauhmana kesesuaian antara ketiga faktor dalam merumusan dan mengatur tentang tindak pidana hak asasi manusia dalam RUU KUHP.

2. Prinsip-prinsip Umum Tidak Cukup Meliputi Kejahatan yang Berkategori Pelanggaran Berat HAM dan Penciptaan Keadilan bagi Korban

Tujuan untuk memastikan adanya penghukuman terhadap kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang memerlukan suatu pengaturan yang memadai dan lengkap, termasuk berkaitan dengan kecukupan penerimaan asas-asas hukum untuk memastikan bahwa penegakan hukum akan berjalan dengan efektif. Penanganan dan penyelesaian kejahatan-kejahatan luar biasa tersebut harus ditempatkan dalam konteks yang lebih lengkap, bukan hanya menghukum pelaku namun juga memberikan peluang kepada korban untuk mendapatkan hak reparasi kepada mereka. Kegagalan untuk memberikan *remedy* yang efektif bagi korban menyebabkan penyelesaian kejahatan belum dapat dikatakan adil.

Namun, dalam RUU KUHP yang mengatur tentang kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang belum menunjukkan adanya kesesuaian dengan prinsip-prinsip hukum internasional. Berikut ini akan dipaparkan beberapa ketidaktepatan asas dan prinsip berkaitan dengan pengaturan Pelanggaran Berat HAM ke dalam RUU KUHP, khususnya yang terdapat dalam Buku I RUU KUHP yang tidak cukup tepat untuk menghadapi kejahatan *extraordinary* tersebut.

2.1. RUU KUHP Menggunakan Daluarsa Penuntutan dan Eksekusi

Kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang memberikan kewajiban bagi semua bangsa untuk melakukan penuntutan terhadap para pelakunya. Kejahatan ini juga tidak mengenal batas waktu untuk penuntutannya. Sampai kapanpun para kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan tidak bisa melepaskan diri

dari pertanggungjawaban dan mendapatkan tempat yang aman (*no save haven*). Kenyataan ini menjadikan adanya satu prinsip tentang batas waktu penuntutan atau masa “daluarsa” yang tidak dapat diberlakukan. Dalam hukum nasional, ketentuan tidak berlakunya daluarsa terhadap kejahatan-kejahatan ini telah diakui dan dinyatakan secara tegas dalam UU No. 26 tahun 2000.⁷¹

Namun, dalam Buku I RKUHP Pasal 145 mengatur tentang gugurnya kewenangan penuntutan yang salah satunya adalah karena daluarsa. Pasal 149 RKUHP menyatakan bahwa gugurnya kewenangan penuntutan untuk kejahatan yang diancam pidana mati atau pidana seumur hidup adalah 18 (delapan belas) tahun. Dari dua ketentuan ini maka para pelaku kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan tidak dapat dituntut setelah melewati masa 18 (delapan belas tahun). Dengan demikian, RUU KUHP meletakkan prinsip daluarsa terhadap pidana, terkecuali terhadap tindak pidana pada masa perang atau konflik bersenjata.⁷²

Diberlakukannya ketentuan mengenai daluarsa dalam Buku I RKUHP di atas, termasuk untuk kejahatan genosida, dan kejahatan terhadap kemanusiaan, memperkuat kekhawatiran bahwa upaya penuntutan terhadap para pelaku kejahatan sulit dilakukan. Penuntutan untuk kasus yang serius tersebut biasanya membutuhkan waktu yang relatif lebih lama dan bisa jadi lebih dari masa 18 tahun. Sebab, dengan karakteristik kejahatan yang sering kali dilakukan oleh aparat negara yang sedang memegang kekuasaan, penuntutan terkadang baru bisa dilakukan setelah rezim yang mendukung adanya kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut tumbang. Pengalaman terhadap kasus Tanjung Priok misalnya, penuntutan baru dapat dilakukan setelah 19 tahun sejak kejahatan terjadi.

RKUHP juga menganut daluarsa dalam hal pemidanaan, di mana dinyatakan bahwa kewenangan pemidanaan gugur setelah melebihi tenggat waktu daluarsa penuntutan ditambahkan sepertiga dari tenggat waktu sepertiga dari tenggat waktu daluarsa. Daluarsa eksekusi ini berlaku khususnya untuk hukuman penjara yang bukan seumur hidup. RKUHP juga mengindikasikan setidaknya dua hal yang dapat

⁷¹ Pasal 46 UU No. 26 Tahun 2000 menyatakan bahwa pelanggaran HAM yang berat sebagaimana dimaksud dalam UU ini tidak berlaku ketentuan mengenai daluarsa.

⁷² Pasal 402 ayat (2) RUU KUHP.

menyebabkan daluarsa eksekusi: kemungkinana jika terdakwa melarikan diri dan adanya pencabutan pembebasan bersyarat.⁷³

Meskipun syaratnya berat untuk dapat terjadi daluarsa pemidanaan, kemungkinan terjadi tetap ada. Hal ini berarti membuka peluang untuk bebasnya para pelaku kejahatan genosida, kejahatan kemanusiaan dan kejahatan perang, misalnya jika mereka berhasil melarikan diri ketika eksekusi telah dijatuhkan dan tidak tertangkap selama masa tertentu.

2.2. RUU KUHP Memberlakukan Asas *Ne Bis In Idem* tanpa Pengecualian untuk Kejahatan Genosida, Kejahatan Perang dan Kejahatan untuk Kemanusiaan

Ne bis in idem merupakan asas hukum pidana yang bisa berlaku dalam berbagai kasus pidana termasuk kasus pelanggaran HAM yang berat. Pengertian *ne bis in idem* dipahami sebagai tidak adanya pengadilan lainnya atas perkara yang sama baik berdasarkan perkaranya/peristiwa (*tempus* dan *locus delictie*-nya) dan kesamaan pelaku, yang telah diadili sebelumnya dan mempunyai kekuatan hukum yang tetap. Penekanan prinsip *ne bis in idem* ini adalah peristiwanya sama, pelakunya sama dan telah diadili dan ada putusan yang mempunyai kekuatan hukum yang tetap (*inkracht*). Pengertian *ne bis in idem* antara lain dapat dilihat dari ketentuan dalam undang-undang UU No. 39/1999.⁷⁴ Pengertian ini sejalan dengan ketentuan yang diatur dalam pasal 18 ayat 5 UU No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia di atas.

Kejahatan genosida, kejahatan kemanusiaan dan kejahatan perang diberbagai pengalaman yang terjadi di negara-negara di dunia, banyak pelakunya adalah aparat negara. Oleh karena itu sangat sulit untuk diadili dimuka pengadilan yang adil dan sungguh-sungguh. Dalam konteks Indonesia, kesulitan mengadilipun bisa dialami dan pernah dialami. Dengan berlakunya beberapa proses pengadilan seperti pengadilan umum dan pengadilan militer bersamaan dengan pengadilan HAM, maka bisa jadi untuk menghindari diadili melalui peradilan HAM, para pelaku kemudian diadili dengan

⁷³ Pasal yang berkaitan dengan daluarsa pemidanaan; 153,155 dan 156.

⁷⁴ Pasal 18 UU No. 39/1999 ayat (5): Setiap orang **tidak dapat dituntut untuk kedua kalinya dalam perkara yang sama** atas suatu perbuatan yang telah memperoleh putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.

pengadilan umum atau militer.⁷⁵ Maka ketika peradilan khusus HAM digelar, asas *ne bis in idem* digunakan oleh para pelaku untuk menolak diadakan pengadilan terhadapnya.

Sebagai kejahatan yang dikategorikan bersifat *extra ordinary crimes* seharusnya kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang, membuka peluang adanya pengecualian terhadap asas *ne bis in idem* dalam hal pengadilan *unable* atau *unwilling*.

Pengecualian tersebut sesungguhnya pun telah diatur dalam ketentuan Statuta Roma yang menyatakan bahwa Pengadilan Internasional dapat mengadili ulang pelaku pelanggaran HAM berat jika dalam proses pengadilan yang sudah berjalan merupakan peradilan yang tidak mandiri dan memihak dan ditujukan untuk melindungi pelaku dari tanggung jawab pidana.⁷⁶ Jauh sebelumnya, hal ini juga telah diatur dalam *UN Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to War Crimes and Crimes Against Humanity 1968*.

RUU KUHP mengatur tentang putusan pemidanaan yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap dalam Pasal 2 ayat (2) namun tidak mengatur tentang *ne bis in idem* dan pengecualiannya terhadap kondisi pengadilan yang dilakukan tanpa niat baik. Seharusnya klausul ini diatur secara khusus untuk menjamin terselenggaranya pengadilan yang adil terhadap para pelaku kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang.

2.3. Gugurnya Tuntutan karena Amesti, Abolisi dan Penyelesaian di Luar Proses Peradilan

Rumusan dalam Buku I RKUHP kembali menentukan gugurnya kewenangan penuntutan karena adanya pemberian amnesti dan abolisi dari Presiden. Dalam penjelasannya dinyatakan bahwa amnesti dan abolisi adalah hak prerogatif Presiden setelah memperhatikan pertimbangan Dewan Perwakilan Rakyat, sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dengan pemberian amnesti, maka semua akibat hukum pidana terhadap seseorang yang telah melakukan

⁷⁵ Lihat Progress Report Pemantauan Pengadilan HAM, "Preliminary Conclusive Report", ELSAM, 2005.

⁷⁶ Pasal 20 ayat (3) Statuta Roma.

tindak pidana menjadi hapus.⁷⁷ Dengan pemberian abolisi, maka penuntutan terhadap seseorang yang telah melakukan tindak pidana ditiadakan.⁷⁸

Klausul ini memberikan peluang tidak dilakukannya penghukuman terhadap tindak pidana genosida, tindak pidana perang dan tindak pidana terhadap kemanusiaan karena adanya amnesti dan abolisi. Hal ini sangat bertentangan dengan hukum internasional yang mewajibkan setiap negara untuk melakukan penuntutan terhadap para pelaku kejahatan-kejahatan tersebut.⁷⁹

Selain pemberian amnesti, juga dibuka peluang untuk penyelesaian di luar proses sebagai alasan untuk gugurnya penuntutan.⁸⁰ Namun tidak ada penjelasan yang memadai tentang apa yang dimaksud dengan penyelesaian di luar proses sehingga ada kemungkinan bahwa kejahatan kemanusiaan dan genosida diselesaikan di luar proses. Seharusnya perlu adanya pengecualian, yaitu untuk tindak pidana genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, dan kejahatan perang tidak berlaku pemberian amnesti dan penyelesaian perkara di luar pengadilan.

2.4. Pidana dan Pemidanaan yang Tidak Berpusat pada Keadilan untuk Korban

2.4.1. Tujuan Pemidanaan

Dalam bagian pemidanaan di RUU KUHP ditentukan bahwa ada lima tujuan pidana.⁸¹ Dari lima tujuan yang tertera itu, tidak ada satupun tujuan yang mengarah pada penciptaan atau pemenuhan rasa keadilan untuk korban--tujuan yang sangat relevan dalam konteks penuntutan dan penghukuman terhadap pelaku kejahatan genosida, kejahatan perang dan kejahatan atas kemanusiaan. Malah, dua diantara tujuan

⁷⁷ Pasal 153 RUU KUHP.

⁷⁸ Lihat pasal 145 huruf (g) dan penjelasannya RUU KUHP.

⁷⁹ Berdasarkan *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law; General Comment 31, Update Set of Principles to Combat Impunity* dalam Prinsip 1, 19, 22 and 24 yang mengatur bahwa ketika terjadi genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan maka setiap negara memiliki tugas dan tanggung jawab untuk menuntut dan menghukum secara setimpal para pelakunya serta tidak memberikan amnesti kepada para pejabat atau aparat negara sampai mereka dituntut di depan pengadilan.

⁸⁰ Pasal 145 RUU KUHP.

⁸¹ Pasal 54 (1) Pemidanaan bertujuan a)mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat; b)memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;c) menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat;d) membebaskan rasa bersalah pada terpidana; dan; e) memaafkan terpidana.

pemidanaan itu lebih ditekankan pada kepentingan terhukum. Sementara kepentingan lainnya adalah untuk kepentingan masyarakat. Tujuan yang tidak berpusat pada kepentingan korban, tapi kepada pelaku, menjadi dasar perumusan lainnya yang berkaitan dengan pemidanaan.

2.4.2. Alasan Peringanan Hukuman

RUU KUHP meletakkan ketentuan tentang hal-hal yang dapat memperingan hukuman para pelaku. Ketentuan ini merupakan ketentuan yang sifatnya umum dan dapat ditafsirkan berlaku juga untuk kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang.

Pada Pasal 71 RUU KUHP dinyatakan bahwa pidana penjara sejauh mungkin tidak dijatuhkan jika dijumpai keadaan-keadaan, misalnya: terdakwa baru pertama kali melakukan kejahatan; kerugian dan penderitaan korban tidak terlalu besar; terdakwa telah membayar ganti kerugian kepada korban; tindak pidana terjadi karena hasutan yang sangat kuat dari orang lain; korban tindak pidana mendorong terjadinya tindak pidana tersebut; dan pidana penjara akan menimbulkan penderitaan yang besar bagi terdakwa atau keluarganya.

Lagi-lagi, ketentuan tersebut berpusat pada kepentingan terdakwa ketimbang kepentingan korban. Ketentuan-ketentuan tentang alternatif untuk menghindarkan pidana penjara ini, jika diberlakukan secara umum mungkin masih bisa diterima. Namun, untuk kejahatan genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan perang, ketentuan tersebut sangat tidak bisa diberlakukan karena karakteristik kejahatan dan apa yang ditimbulkan oleh kejahatan tersebut sangat luar biasa. Misalnya dalam hal kerugian korban tidak terlalu besar dan korban dianggap sebagai pihak yang mendorong terjadinya kejahatan, ketentuan ini sangat tidak relevan dengan kejahatan yang mungkin terjadi. Pembayaran kerugian oleh pelaku juga bukan alasan yang cukup untuk menghindarkan pelaku dari ancaman hukum penjara. Justru dalam hukum internasional dinyatakan bahwa untuk *gross violation of human rights* ada kewajiban bagi negara untuk mereparasi korban dan tidak ada sangkut pautnya dengan pertukaran dengan tidak dihukumnya pelaku. Penderitaan yang akan dialami oleh pelaku juga merupakan konsekuensi perbuatannya dan inilah yang menjadi sifat pokok pemidanaan yakni untuk penjeraman kepada pelaku.

2.4.3. *Ketentuan Penghapusan Pidana bagi Aparat Penegak Hukum*

RUU KUHP mengatur ketentuan mengenai penghapusan pidana bagi bawahan yang melakukan tindakan atas perintah jabatan. Hal ini setidaknya terdapat dalam pasal 32 RKUHP yang menyatakan bahwa seseorang tidak dipidana karena melakukan tindak pidana dalam melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh pejabat yang berwenang. Pasal 45 juga menentukan bahwa perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang tidak mengakibatkan hapusnya pidana, kecuali jika orang yang diperintahkan dengan itikad baik mengira bahwa perintah tersebut diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya.

Ketentuan pasal penghapusan pidana bagi bawahan ini kemudian dikuatkan dengan klausul khusus yang terdapat dalam Bab mengenai tindak pidana hak asasi manusia yakni pasal 401 yang menyatakan bahwa seorang bawahan yang melakukan tindak pidana bab ini (tindak pidana genosida, tindak pidana kemanusiaan, tindak pidana perang, tindak pidana penyiksaan dll) sesuai dengan perintah atasan tidak dapat dipertanggungjawabkan apabila perintah itu diyakininya dengan itikad baik telah diberikan dengan sah dan pelaksanaan perintah itu termasuk ruang lingkup wewengangnya sebagai bawahan. Selanjutnya ditegaskan bahwa perintah untuk melakukan genosida dan kejahatan kemanusiaan jelas-jelas melanggar hukum.⁸²

Ketentuan di atas menegaskan bahwa setiap perbuatan yang dilakukan pelakunya tidak dapat dipidana karena alasan perintah jabatan dan hapusnya pembedaan karena anggapan adanya perintah yang termasuk dalam lingkungan pekerjaannya. Ketentuan ini juga menggunakan alasan “itikad baik” di mana pengertian dari “itikad baik” tidak dijelaskan dan tidak ada penjelasan yang memadai. Sementara, dalam praktik Peradilan Internasional yang sudah terjadi, itikad baik yang dimaksud lebih pada itikad baik dalam arti obyektif di mana tidak terdapat unsur kesalahannya.⁸³

Ketentuan ini mengadopsi ketentuan yang terdapat dalam Statuta Roma namun tidak secara utuh. Statuta Roma mengatur tentang penghapusan pidana bagi pelaksanaan

⁸² Pasal 403 RUU KUHP.

⁸³ Jurisprudensi memperketat itikad baik sedemikian rupa sehingga pelaku harus betul-betul tidak bersalah. Bahwa kecenderungan terobjektifikasinya itikad baik pada akhirnya juga mengimplikasikan bahwa unsur etis akan diberi peran lebih besar. Dengan merujuk pada pertimbangan putusan Peradilan Militer Internasional di Nuremberg 1946 yang menetapkan bahwa yang bersifat menentukan bukanlah yang oleh undang-undang dirumuskan secara pasti melainkan *whether moral choice was in fact possible*. Lihat Jan Rammelink, *Hukum Pidana, Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2003, hlm.435.

perintah dari suatu pemerintahan atau atasan baik militer maupun sipil di mana orang tersebut berada dalam kewajiban hukum untuk menuruti perintah dan tidak mengetahui bahwa perintah itu melanggar hukum. Ketentuan ini dibatasi dengan klausul bahwa perintah melakukan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan jelas-jelas melawan hukum (*orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful*).⁸⁴

Meskipun terlihat sama dan relevan namun ketentuan RUU KUHP tidak diimbangi dengan ketentuan mengenai atasan atau pejabat resmi. Seharusnya ketentuan ini juga mengatur tentang tidak relevannya jabatan resmi untuk menghilangkan tuntutan pidana dan pengurangan hukuman. Demikian juga dengan kekebalan dan peraturan prosedural khusus (*immunity or special procedural rules*) tidak menghalangi yurisdiksi pengadilan atas orang tersebut.⁸⁵ Tanpa regulasi yang demikian, sebagaimana pengalaman pengadilan HAM ad hoc Kasus Timor-Timur, Hakim dapat dengan mudah menentukan terdakwa yang dinyatakan bersalah tidak segera masuk penjara karena tenaganya masih dibutuhkan oleh kesatuannya.

2.5. Tidak Ada Konsep Perlindungan Khusus bagi Korban

Kejahatan genosida, kejahatan kemanusiaan dan kejahatan perang sebagai kejahatan yang sangat serius dan biasanya dilakukan oleh aparat negara baik sipil maupun militer memunculkan kebutuhan untuk adanya sistem perlindungan saksi. Sebagaimana dalam pengaturan dalam Statuta Roma, perlindungan terhadap saksi dan korban menjadi perhatian penting.⁸⁶ Demikian pula dengan UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang memberikan klausul khusus tentang perlindungan saksi dan korban.⁸⁷

Saat ini dengan diundangkannya UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban sedikit banyak telah memberikan landasan normatif tentang perlindungan saksi dan korban. UU ini memberikan sejumlah hak kepada korban dan saksi untuk perlindungan dan adanya lembaga khusus untuk perlindungan saksi dan korban. Para korban kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan juga

⁸⁴ Pasal 33 Statuta Roma.

⁸⁵ Pasal 27 Statuta Roma.

⁸⁶ Lihat pasal 68 Statuta Roma.

⁸⁷ Lihat pasal 34 UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

mendapatkan kompensasi, restitusi dan rehabilitasi, yang sebelumnya juga diatur dalam pasal 35 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Justru dalam RUU KUHP tidak ada pengecualian dan prosedur khusus untuk pemberian hak-hak korban termasuk hak atas kompensasi, restitusi dan rehabilitasi. RUU KUHP dalam bagian pidana secara umum telah mencantumkan ketentuan tentang kewajiban terpidana untuk melaksanakan pembayaran ganti kerugian kepada korban atau ahli warisnya dan jika pembayaran tersebut tidak dilaksanakan, maka berlaku ketentuan pidana penjara pengganti untuk pidana denda.⁸⁸

Ketentuan ini justru lebih mundur karena tidak memberikan peluang pemberian kompensasi kepada korban, tanpa menghilangkan penghukuman yang berat terhadap pelaku. Kompensasi atas kerugian bagi korban sesungguhnya merupakan kewajiban negara yang harus diberikan tanpa ketergantungan dengan pihak pelaku apakah pelaku mau memberikan ganti rugi atau tidak.⁸⁹ Konteks reparasi harus diletakkan tidak semata-mata pada konsep ganti kerugian berupa uang tapi juga bentuk lainnya misalnya *non reccurrence* dan pemuasan (*satisfaction*).⁹⁰

2.6. Pelanggaran terhadap Prinsip HAM: Pemberlakuan Hukuman Mati

RKUHP meletakkan ancaman pidana mati bagi pelaku tindak pidana genosida, tindak pidana perang dan tindak pidana terhadap kemanusiaan. Hal ini tidak sejalan dengan tren dalam hukum internasional yang mulai menghapuskan hukuman mati. Dalam *international Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* misalnya terdapat jaminan hak untuk hidup, dan dalam *optional protocolnya* disebutkan tentang larangan hukuman mati.⁹¹ Bagi negara yang belum menghapuskan hukuman mati, pidana ini hanya dapat diterapkan dalam kejahatan yang sangat serius termasuk genosida. Namun dalam klausul lainnya ditentukan bahwa tidak ada satu pun dalam Pasal ini (Pasal 6) yang boleh dipakai untuk menunda atau mencegah penghapusan hukuman mati oleh Negara yang menjadi Pihak dalam Kovenan ini.

⁸⁸ Pasal 99 RUU KUHP.

⁸⁹ Secara lebih lengkap tentang hak-hak korban *gross violation of human rights* dapat dilihat dalam studi Theo van Boven.

⁹⁰ *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law* menyatakan bahwa para korban diberi lima hak reparasi yaitu restitusi, kompensasi, rehabilitasi, pemuasan, dan jaminan ketidakterulangan.

⁹¹ Lihat Pasal 6 ICCPR.

Indonesia pada tahun 2005 telah meratifikasi ICCPR⁹² yang hal ini berarti bahwa seharusnya menjadi prioritas atau agenda untuk menghapuskan hukuman mati. Namun, RUU KUHP justru masih menggunakan ancaman hukuman mati sebagai salah satu ancaman pidana meskipun sifatnya alternatif. Dalam konsep pidana bagi kejahatan yang berat, RUU KUHP berseberangan dengan norma-norma internasional dan praktik-praktik pengadilan internasional terkini.

3. Lemahnya Perumusan Pasal-Pasal dalam RUU KUHP

RUU KUHP dalam Bab IX tentang Tindak Pidana Hak Asasi Manusia membagi menjadi 4 bagian yang setiap bagiannya merumuskan tindak pidana yang diatur. Tindak pidana yang dicakup dalam kejahatan ini adalah tindak pidana genosida, tindak pidana kemanusiaan, tindak pidana dalam masa perang atau konflik bersenjata dan tindak pidana penyiksaan. Satu ketentuan mengenai tanggung jawab komandan dan tanggung jawab atasan juga menjadi bagian dalam Bab IX ini.

Dari rumusan RUU KUHP setidaknya ditemui dua hal yang menjadi kelemahan dari Bab IX tentang Tindak Pidana Hak Asasi Manusia; *pertama*, pengaturan atau rumusan yang dimasukkan tidak memadai, baik karena tidak lengkap dan hanya mencomot bagian-bagian tertentu dari norma-norma internasional, maupun karena penterjemahan yang tidak baik sehingga istilah yang digunakan tidak tepat. *Kedua*, ada banyak istilah-istilah yang digunakan tidak dijelaskan secara baik atau tidak ada penjelasannya.

3.1. Tindak Pidana Genosida

3.1.1. Pengaturan yang Tidak Memadai

Dalam RUU KUHPidana, tindak pidana genosida diatur dalam Pasal 394 yang menyatakan:

⁹² Ratifikasi dengan UU No. 12 tahun 2005 tentang *Pengesahan International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 Oktober 2005.

- (1) Dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun, setiap orang yang dengan maksud menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, etnis, atau agama melakukan perbuatan:
 - a. membunuh anggota kelompok tersebut;
 - b. mengakibatkan penderitaan fisik atau mental berat terhadap anggota kelompok;
 - c. menciptakan keadaan kehidupan yang bertujuan mengakibatkan kelompok tersebut musnah secara fisik baik seluruh atau sebagiannya;
 - d. memaksakan cara-cara yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok tersebut; atau
 - e. memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain.
- (2) Setiap orang yang melakukan permufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun.

Penjelasan Pasal 394: “Seperti halnya dengan terorisme, perbuatan yang dirumuskan dalam ketentuan Pasal ini juga telah dijadikan salah satu tindak pidana internasional berdasarkan konvensi internasional Convention on the Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (9 Desember 1948). Karena Indonesia merupakan anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa, maka melalui ketentuan dalam pasal ini ditetapkan perbuatan "genocide" sebagai tindak pidana.”

“Perbuatan yang dilarang dalam ketentuan ini adalah suatu perbuatan yang semata-mata bertujuan meniadakan eksistensi suatu kelompok masyarakat berdasarkan warna kulit, agama, jenis kelamin, umur, atau cacat mental atau fisik. Oleh karena itu, perbuatan yang bertujuan untuk mengasimilasikan kelompok tersebut ke dalam masyarakat Indonesia, seperti melalui pendidikan, pembinaan, dan lain-lain, sebagai usaha meningkatkan taraf hidup agar mereka dapat berperan secara wajar dalam kehidupan masyarakat pada umumnya, tidak termasuk dalam ketentuan ini.”

Rumusan tentang tindak pidana ini diambil dari ketentuan yang ada dalam pasal 8 UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Hanya saja perbedaan adalah pada ancaman pidana, di mana di RUU KUHP ancaman pidana 5 tahun, sedangkan dalam

dalam UU No. 26 Tahun 2000 ancaman pidana minimalnya adalah 10 tahun. Perbedaan lain adalah, RUU KUHP meletakkan pengaturan tentang “permufakatan jahat” dalam melakukan tindak pidana genosida, sementara UU No. 26 Tahun 2000 tidak mencantumkannya.

Berdasarkan pada ketentuan tersebut, perumusan kejahatan genosida dalam pasal 394 tidak sesuai dan konsisten dalam pengaturannya baik dikaitkan dengan hukum internasional, khususnya Statuta Roma, baik dalam menerjemahkan, memformulasi unsur-unsurnya maupun rumusan yang tidak sesuai dengan ancaman pidananya.

Pasal 6 Statuta Roma mengenai kejahatan genosida merumuskan sebagai berikut: *“acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial, or religious groups...”*.

Berdasarkan pada kesesuaian dengan rumusan yang diadopsi dalam Statuta Roma 1998, terdapat beberapa hal yang tidak tepat baik kesalahan penerjemahan atau pun maksudnya. Beberapa kekeliruan tersebut adalah:

Pertama, kata “to destroy” yang diterjemahkan menjadi memusnahkan atau menghancurkan yang seharusnya cukup dengan menghancurkan untuk mempermudah pembuktiannya. Penambahan kata “memusnahkan” yang berarti melenyapkan, membinasakan atau “menghilangkan” yang sama sekali tidak bersisa, merupakan bentuk penambahan yang lebih “kejam” dari kata “menghancurkan” yang berarti membuat rusak.⁹³ Selain itu, dalam praktik pengadilan dalam ICTR, dalam putusan Akayesu tanggal 2 September 1998, dinyatakan bahwa penyusun konvensi genosida secara tegas memilih kata “menghancurkan” agar hanya mencakup pengertian tindakan-tindakan yang menimbulkan genosida dalam artian fisik dan biologi.

Kedua, penerjemahan kata “deliberately” dari rumusan “deliberately inflicting on the group calculated to bring about its physical destruction in whole or in a part”.⁹⁴ Pasal 349 ayat (1) huruf c menyatakan bahwa bahwa salah satu cara kejahatan genosida dilakukan dengan “menciptakan keadaan kehidupan yang bertujuan mengakibatkan kelompok tersebut musnah secara fisik baik seluruh atau sebagiannya”. Penerjemahan ini tanpa mengguakan kata “dengan sengaja” sebagai bagian dari pengertian “*deliberately*”. Tanpa adanya kata “dengan sengaja” ini mengakibatkan adanya perluasan makna

⁹³ Lihat Naskah Akademis Perubahan UU No. 26/2000 Komnas HAM.

⁹⁴ Lihat Pasal 6 huruf c Statuta Roma.

sehingga ketentuan ini dapat diberlakukan baik dalam kondisi “dengan sengaja” atau “tidak dengan sengaja”.⁹⁵

Ketiga, penghilangan kata “*calculated to*” dari rumusan “*deliberately inflicting on the group calculated to bring about its physical destruction in whole or in a part*”.⁹⁶ Pasal 394 ayat (1) huruf c juga menghilangkan kata “*calculated to*” yang berarti “diperhitungkan akan”. Rumusan yang digunakan adalah “bertujuan mengakibatkan” sehingga memang akan ditujukan untuk suatu kondisi tertentu. Namun, akan lebih tepat jika yang digunakan adalah “diperhitungkan akan” karena kondisi yang diciptakan “akan” mengakibatkan kehancuran dan tidak sekedar “diperhitungkan” mengakibatkan kehancuran.

Keempat, ketidaktepatan dalam menerjemahkan kata “*physical destruction*” dari rumusan “*deliberately inflicting on the group calculated to bring about its physical destruction in whole or in a part*”.⁹⁷ Kata “*physical destruction*” diterjemahkan dengan “musnah secara fisik” yang seharusnya adalah “kehancuran secara fisik”. Pemilihan kata “musnah” sebagaimana diterjemahkan dari kata “*destruction*” tidak tepat. Implikasi dari penggunaan kata “memusnahkan” yang sangat berbeda dengan “menghancurkan” adalah pada beban pembuktian yang lebih sulit.

Kelima, perumusan ayat (2) Pasal 394 hanya mengatur tentang tindakan “permufakatan” dengan merumuskan “setiap orang yang melakukan permufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun. Hal ini berbeda dengan perumusan Pasal 41 UU No. 26/2000 yang juga mencantumkan tentang percobaan dan pembantuan dengan merumuskan “Percobaan, permufakatan jahat, atau pembantuan untuk melakukan pelanggaran sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 atau Pasal 9 dipidana ...”.

Penyusun tampaknya hanya menempatkan “permufakatan jahat” karena aspek “percobaan” dan “pembantuan” diatur tersendiri dalam ketentuan umum. Hanya diaturnya aspek permufakatan jahat ini akan berpengaruh pada penurunan kualitas tindak pidana genosida ini sebagai kejahatan yang luar biasa karena terikat pada pengaturan “percobaan” dan “pembantuan” untuk kejahatan biasa. Selain itu juga akan berkonsekuensi pada ancaman pidananya (lihat bagian 1.4).

⁹⁵ Naskah Akademis Perubahan UU No. 26/2000 Komnas HAM.

⁹⁶ Lihat Pasal 6 huruf c Statuta Roma.

⁹⁷ Lihat Pasal 6 huruf c Statuta Roma.

Rumusan tentang tindak pidana genosida ini tidak mencantumkan unsur penting dalam dapat dipidananya pihak-pihak yang melakukan penghasutan untuk melakukan kejahatan genosida baik secara langsung maupun tidak langsung. Padahal dalam Statuta Roma, ”melakukan” jelas-jelas menunjuk pada ketentuan bahwa seseorang bertanggung jawab secara pidana dan dapat dikenai hukuman jika secara langsung dan dimuka umum menghasut orang-orang untuk melakukan kejahatan genosida (*directly and publicly incites others to commit genocide*).⁹⁸

3.1.2. Tidak Jelasnya Unsur-Unsur Kejahatan

Penjelasan dalam Pasal 394 ayat (1) tidak cukup memadai dan hanya dijelaskan secara umum saja. Penjelasan Pasal 394 hanya dijelaskan dengan “Perbuatan yang dilarang dalam ketentuan ini adalah suatu perbuatan yang semata-mata bertujuan meniadakan eksistensi suatu kelompok masyarakat berdasarkan warna kulit, agama, jenis kelamin, umur, atau cacat mental atau fisik. Oleh karena itu, perbuatan yang bertujuan untuk mengasimilasikan kelompok tersebut ke dalam masyarakat Indonesia”.

Tidak ada penjelasan lebih lanjut terhadap setiap unsur yang terdapat dalam Pasal 8. Penjelasan hanya diberikan terhadap Pasal 8 huruf a, di mana dalam penjelasan tersebut dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan “anggota kelompok” adalah seorang atau lebih anggota kelompok. Padahal justru yang perlu dijelaskan lebih rinci adalah mengenai maksud dari “kelompok bangsa”, “kelompok etnis”, “kelompok ras”, dan “kelompok agama”.

Selain terhadap Pasal 8 huruf a, UU ini tidak memberikan penjelasan secara rinci dan lengkap mengenai pengertian setiap unsur yang terdapat dalam Pasal 8. Akibatnya, selain pengertian yang tertera dalam bunyi UU, tidak dapat diketahui lagi pengertian yang lain yang sebenarnya dapat memperjelas pemahaman dari setiap unsur yang terdapat dalam pasal 8 tersebut⁹⁹.

Bahwa telah disebutkan dalam penjelasannya yang mengacu pada konvensi internasional *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (9 Desember 1948). Namun, penjelasan unsur-unsur dalam kejahatan genosida lebih lengkap

⁹⁸ Pasal 25 ayat (3) huruf e Statuta Roma.

⁹⁹ Bandingkan dengan Statuta Roma yang menjelaskan secara rigid dan rinci mengenai unsur-unsur dari kejahatan genosida ini.

jika mengacu pada *element of crimes* dari Statuta Roma 1998 yang secara terperinci mengatur elemen kejahatannya. Tidak adanya penjelasan dalam RUU KUHP mengenai *elements of crimes* ini akan melemahkan tingkat kejahatan yang sangat serius dari kejahatan genosida tersebut.

Selain itu, aturan tentang permufakatan jahat untuk kejahatan genosida menimbulkan permasalahan yang serius. RUU KUHP mengatur bahwa permufakatan jahat dalam tindak pidana genosida dan kejahatan atas kemanusiaan dipidana paling lama 5 (lima) tahun. Ancaman pidana ini lebih rendah dari tindakan pidana genosida. RUU KUHP juga tidak meletakkan percobaan dan pembantuan sebagaimana diatur di dalam tindak pidana atas kemanusiaan dalam pasal 395 mengatur pula ancaman pidana mengenai percobaan, permufakatan jahat dan pembantuan. Berbeda UU No. 26 tahun 2000 yang mengatur ancaman pidana yang sama antara permufakatan dengan kejahatan genosida itu sendiri dan mengatur pula perencanaan dan percobaan atas kejahatan genosida.¹⁰⁰

3.2. Tindak Pidana terhadap Kemanusiaan

3.2.1. Pengaturan yang Tidak Memadai

Sebagaimana dalam perumusan tindak pidana genosida dalam pasal 394, perumusan tindak pidana terhadap kemanusiaan dalam pasal 395 RUU KUHP juga tidak jauh berbeda dengan ketentuan dalam UU No. 26/2000. Namun, tidak ada penjelasan mengenai asal adopsi rumusan dalam pasal 394 yang dirujuk. Hal ini berbeda dengan ketentuan tindak pidana genosida yang merujuk pada Konvensi Penghapusan Genosida.

Pasal 395 menyebutkan bahwa:

- (1) Dipidana dengan pidana mati atau pidana seumur hidup atau penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun, setiap orang yang melakukan salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang

¹⁰⁰ Lihat pasal 40 UU No. 26 Tahun 2000: 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.

meluas atau sistematis yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil berupa:

- a. pembunuhan;
 - b. pemusnahan;
 - c. perbudakan;
 - d. pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa;
 - e. perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar asas-asas atau ketentuan pokok hukum internasional;
 - f. penyiksaan;
 - g. perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan, atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara;
 - h. penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional;
 - i. penghilangan orang secara paksa.
 - j. kejahatan *apartheid*;
 - k. perbuatan lain tidak manusiawi yang mempunyai sifat sama dengan perbuatan untuk menimbulkan penderitaan mental maupun fisik yang berat;
- (2) Setiap orang yang melakukan percobaan, permufakatan jahat, atau pembantuan untuk melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dipidana dengan pidana yang sama.

Meskipun tidak ada penjelasan mengenai rujukan referensi hukum internasional dalam merumuskan tindak pidana terhadap kemanusiaan ini tetapi bisa dilihat bahwa rumusan yang diatur sesuai dengan ketentuan dalam pasal 7 Statuta Roma. Terlebih jika dilihat bahwa adanya jenis perbuatan sebagaimana yang diatur dalam huruf k pasal 395 yakni “perbuatan lain tidak manusiawi yang mempunyai sifat sama dengan perbuatan untuk menimbulkan penderitaan mental maupun fisik yang berat”. Jenis kejahatan tersebut semakin menguatkan bahwa rujukan yang digunakan untuk merumuskan tindak

pidana kemanusiaan adalah sesuai dengan Statuta Roma,¹⁰¹ meskipun kejahatan dalam pasal 395 huruf k tersebut tidak diatur dalam UU No. 26/2000.

Pada perumusan tindak pidana kemanusiaan dalam pasal 395 ini setidaknya terdapat beberapa hal yang tidak sesuai dan konsisten dalam pengaturannya baik dikaitkan dengan hukum internasional, kejelasan unsur-unsurnya maupun ancaman pidananya.

Berdasarkan kesesuaian pengaturan tentang Kejahatan terhadap kemanusiaan dalam Statuta Roma pasal 7 yang menyatakan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai:

“ For the purpose of this Statute, “crimes against humanity” means any of the following acts when committed as part of a widespread or aystematic attack directed agaist any civilian population, with knowledge of the attack (a)...:”

Dari rumusan dalam Statuta Roma tersebut, terdapat beberapa hal yang dihilangkan dalam penerjemahannya maupun kesalahan dalam menerjemahkan maksudnya. *Pertama*, istilah dalam Pasal 395 ayat (1) yakni “... secara langsung ...” yang terlalu berlebihan dan ini tidak sesuai dengan terjemahan dari terjemahan Statuta Roma yakni “*directed against*”. Unsur “serangan yang ditujukan secara langsung” seharusnya diganti dengan “serangan terhadap” karena lebih sesuai dengan Statuta Roma 1998.¹⁰² Dengan definisi ini maka arti dari kata “serangan” merupakan serangan yang dilakukan secara langsung maupun tidak langsung.

Kedua, penerjemahan yang keliru terhadap kata “*directed against any civilian population*”, yang seharusnya diartikan “ditujukan kepada populasi sipil”, diartikan sebagai “ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil”, yang sepadan dengan pengertian dengan “*directly against any civilian population*”. Kata “langsung” ini bisa berimplikasi bahwa seolah-olah hanya para pelaku langsung di lapangan sajalah yang dapat dikenakan pasal ini, sedangkan pelaku di atasnya yang membuat kebijakan tidak akan tercakup oleh pasal ini.

Ketiga, Perumusan pasal 395 menghilangkan satu kata yang cukup penting yaitu kata “setiap” sebelum kata “penduduk sipil”. Seharusnya perumusannya adalah “setiap penduduk sipil” yang merupakan terjemahan dari sumber yang diadopsinya yaitu Statuta Roma yakni “*any civilian population*”. Menambahkan kata “setiap” sebagai persamaan

¹⁰¹ Pasal 7 Ayat (1) Huruf k Statuta Roma : “*other in human acts of a similiar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or mental or physical health*”.

¹⁰² Pasal 7 Statuta Roma, “*...attack directed against any civilian population...*”.

dari kata “*any*” akan memperluas konsekuensi atas cakupan apa yang dimaksud dengan “penduduk sipil”. Istilah “setiap penduduk sipil” akan mampu meliputi mereka yang belum menjadi warga negara dan kelompok lainnya sehingga pengertian unsur “penduduk sipil” akan berlaku lebih luas.

Keempat, Pasal 395 menggunakan istilah “penduduk” sebagai penerjemahan dari “*population*”. Penggunaan kata “penduduk” dan bukannya “populasi” telah menyempitkan subyek hukum dengan menggunakan batasan-batasan wilayah, dan hal ini secara signifikan juga menyempitkan target-target potensial korban kejahatan terhadap kemanusiaan hanya pada warga negara di mana kejahatan tersebut berlangsung.

Kelima, pengertian “kebijakan penguasa” atau “kebijakan yang berhubungan dengan organisasi” dalam penjelasan pasal 395¹⁰³ merupakan adopsi dari kata “*state or organizational policy to commit such attack*” dari Statuta Roma 1998. Penerjemahan “*state policy*” yang diterjemahkan sebagai “kebijakan penguasa”, seharusnya menjadi “*kebijakan negara*”. Pengertian antara “kebijakan penguasa” dengan “kebijakan negara” sangat berbeda. Penerjemahan ini juga menghilangkan kata “*to commit such attack*”.

Keenam, pengertian pembunuhan dalam pasal 395 ayat (1) huruf a pengertian pembunuhan sebagaimana dalam ketentuan Pasal 572 RUU KUHP. Konsekuensi dari pengertian pembunuhan sesuai dengan Pasal 572 RUU KUHP adalah mengenai beban pembuktian yang harus membuktikan 3 unsur yaitu 1) terdapat seseorang yang dihilangkan nyawanya; 2) penghilangan nyawa dilakukan dengan sengaja; dan 3) penghilangan nyawa dengan sengaja tersebut harus dengan perencanaan terlebih dahulu. Berdasarkan atas ketentuan ini maka kejahatan pembunuhan merupakan pembunuhan yang berencana. Akibatnya ketentuan yang demikian maka muncul konsekuensi pembuktian yang lebih sulit. Beban pembuktian pembunuhan sebagaimana tersebut di atas akan mengakibatkan kesulitan dalam pemenuhan unsur-unsurnya. Beban pembuktian ini akan semakin sulit jika ditambah dengan pemenuhan unsur-unsur dalam kejahatan terhadap kemanusiaan. Pembuktian untuk kejahatan terhadap kemanusiaan ini adalah 1) merupakan suatu rangkaian perbuatan; 2) rangkaian perbuatan tersebut dilakukan terhadap penduduk sipil; 3) rangkaian perbuatan tersebut merupakan kelanjutan kebijakan

¹⁰³ Penjelasan pasal 395 ayat (1) RUU KUHP: 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.

penguasa atau kebijakan yang berhubungan dengan organisasional; dan 4) rangkaian perbuatan tersebut dilakukan secara sistematis atau secara luas.

Ketujuh, terkait dengan istilah penganiayaan dalam Pasal 395 ayat (1) huruf h, istilah ini sebenarnya tidak sesuai dengan terjemahan dari Statuta Roma, yakni “*persecution*”. Dalam Statuta Roma 1998 mengenai bentuk-bentuk kejahatan terhadap kemanusiaan adalah kejahatan persekusi (*persecution*) sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat 1 huruf (h). Pengertian “*persecution*” dalam Statuta Roma adalah perampasan secara sengaja dan keras hak fundamental bertentangan dengan hukum internasional karena alasan identitas kelompok atau kolektivitas. Pengertian *persecution* dapat mencakup pengertian yang lebih luas merujuk pada perlakuan diskriminatif yang menghasilkan kerugian mental, fisik maupun subjek di luar fisik¹⁰⁴. Akibatnya berbagai tindakan teror, intimidasi yang sifatnya non fisik tidak tercakup dalam pengertian penganiayaan sebagaimana diatur dalam Pasal 395 RUU KUHP.

Kejahatan berupa penganiayaan dalam Pasal 395 RUU KUHP tidak dijelaskan dan dapat diartikan, dalam arti leksikal, sebagai perlakuan yang sewenang-wenang. Pengertian penganiayaan dapat juga dilihat dalam ketentuan Pasal 351-353 KUHP yang berdasarkan jurisprudensi merupakan perbuatan yang dengan sengaja menimbulkan rasa tidak enak, rasa sakit, atau luka. Pasal 351 ayat 4 menyatakan bahwa tindak merusak kesehatan orang dengan sengaja juga termasuk pengertian penganiayaan.

Kesalahan pengertian mengenai kejahatan “*persecution*” harus dikembalikan sebagaimana maksudnya sesuai dengan ketentuan dalam Statuta Roma 1998 agar tidak mengalami kerancuan maksudnya. Bentuk kejahatan berupa “penganiayaan” ini perlu diganti dengan kejahatan “persekusi terhadap kelompok atau kolektivitas tertentu karena alasan politis, rasial, kebangsaan, etnis, kultural, keagamaan, atau jender yang diakui secara universal sebagai dilarang menurut hukum internasional”. Penjelasan dari pengertian “persekusi” tersebut adalah “perampasan hak asasi secara keras dan bertentangan dengan hukum internasional karena alasan identitas kelompok atau kolektivitas”.

¹⁰⁴ Mengenai seluruh kerancuan ini, Asmara Nababan, berpendapat bahwa berbagai kerancuan dalam menterjemahkan Statuta Roma ini disebabkan oleh kekuatan-kekuatan politik status quo di parlemen yang ingin menyelamatkan para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan, baik sipil maupun militer dari jaring keadilan. Dalam Asmara Nababan, “Penyelesaian Pelanggaran HAM yang Berat: Belajar Dari Pengalaman”, *Jurnal HAM*, Komnas HAM, Vol 2, No. 2, tahun 2004, hlm. 99.

3.2.2. Ketidakjelasan Unsur-Unsur Kejahatan

Secara umum, dalam RUU KUHPidana tersebut juga memiliki beberapa kelemahan. *Pertama*, hampir sama dengan kejahatan genosida kelemahan utama dari kejahatan terhadap kemanusiaan dalam RUU KUHPidana adalah ketiadaan penjelasan dari unsur-unsur tindak pidana (*element of crimes*). Akibatnya, konsep kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana diatur dalam Pasal 395 RUU KUHP memiliki beberapa kelemahan yang sangat mendasar yaitu istilah sistematik atau meluas yang diadopsi dari kata *widespread or systematic* tidak dijelaskan dalam undang-undang ini.¹⁰⁵ Padahal, kedua hal ini penting untuk menunjukkan sifat khusus pada sifat kejahatan terhadap kemanusiaan, di mana lebih jauh berimplikasi pada keterlibatan kebijakan dan otoritas yang memegang kekuasaan dalam terjadinya pelanggaran. Kondisi yang sama juga berlaku terhadap elemen “diketahui” (*intention*). Ketidakjelasan definisi ketiga elemen itu membuka bermacam interpretasi di pengadilan.¹⁰⁶

Penjelasan yang cukup mendetail dan jelas menjadi penting mengingat pemahaman bahwa jenis delik kejahatan dalam undang-undang ini adalah kejahatan khusus yang memiliki karakteristik yang sangat berbeda dengan pengaturan dalam hukum publik yang ada misalnya kejahatan biasa sebagaimana diatur dalam KUHP. Dalam hal ini kebutuhan terbesar adalah memberikan rumusan yang cukup jelas untuk menunjukkan sifat khusus delik, misalnya berkaitan dengan adanya unsur *policy*. Tanpa ada penjelasan dalam tiap unsurnya, maka akan mengakibatkan sulitnya pembuktian dan pemidanaan terhadap pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan karena dakwaan jaksa penuntut umum

¹⁰⁵ Statuta Roma juga sebenarnya tidak mempunyai penjelasan mengenai meluas atau sistematik ini. Namun, penting untuk memberikan penjelasan yang memadai mengenai pengertian unsur sistematik dan meluas ini. Istilah sistematik ini misalnya bisa dijelaskan sebagai perbuatan yang terencana, tidak dilakukan secara spontan dan atau dilaksanakan dalam konteks atau merupakan bagian dari pelaksanaan kebijaksanaan atau organisasi. Dengan definisi ini, sistematis mengandung adanya satu pola dan menggunakan metode tertentu. Unsur “sistematis” juga merujuk pada perbuatan yang dilakukan secara berulang-ulang dan dengan korban yang telah ditentukan (bukan *random*) tetapi spesifik ditujukan kepada kelompok tertentu. Sistematis mensyaratkan adanya perencanaan dan pengorganisasian, dan merupakan bagian dari kebijakan yang tertulis maupun tidak tertulis. Sementara meluas dengan menunjuk tiga kondisi yakni mengenai tempat atau wilayah terjadinya peristiwa, jumlah korban dan peristiwa yang terjadi tidak tunggal. Unsur meluas mensyaratkan bahwa peristiwa terjadi diberbagai tempat atau wilayah dengan jumlah korban yang besar atau banyak dan terjadi secara berulang-ulang atau berkelanjutan. Selain itu, unsur meluas dapat didefinisikan bahwa peristiwa terjadi dengan besar-besaran (*massive*) dan atau sering (*frequently*), dan atau berskala besar (*large scale*) dan atau dilaksanakan secara kolektif dengan kesungguhan yang besar.

¹⁰⁶ Dalam berbagai putusan Pengadilan HAM ad hoc baik kasus Timor-Timur atau Tanjung Priok terjadi perbedaan dalam menjelaskan maksud dari meluas dan sistematik. Perbedaan ini berpengaruh pada pembuktian kesalahan terdakwa.

akan disusun secara sumir. Padahal dalam implementasinya, majelis hakim akan banyak mendasarkan putusannya pada intepretasi atas rumusan pasal ini.¹⁰⁷

Oleh sebab itu perlu agar ketentuan tentang tindak pidana kejahatan (dan juga tindak pidana lainnya) dilengkapi dengan rumusan unsur-unsur deliknya.¹⁰⁸ Hal ini dimaksudkan untuk memudahkan penerapan dari ketentuan atas jenis tindak pidana yang bersangkutan.

3.2.3. *Ketidakjelasan Pengaturan secara Khusus tentang Percobaan, Permufakatan Jahat dan Pembantuan dalam Tindak Pidana terhadap Kemanusiaan*

Berbeda dengan ketentuan dalam tindak pidana genosida, ayat (2) dari Pasal 395 tentang tindak pidana kemanusiaan merumuskan bahwa percobaan, permufakatan jahat dan pembantuan dipidana dengan ancaman pidana yang sama dengan pelaku tindak pidana kemanusiaan. Tidak ada penjelasan mengenai maksud “percobaan”, “permufakatan jahat” dan “pembantuan” dalam kejahatan terhadap kemanusiaan sehingga maksud dari ketentuan ini juga tidak jelas. Terlebih jika dikaitkan dengan ketentuan dalam Buku I RUU KUHP yang juga mengatur tentang percobaan¹⁰⁹ dan pembantuan¹¹⁰ dalam tindak pidana.

Rumusan tersebut di atas mengindikasikan bahwa perbuatan percobaan, permufakatan jahat dan pembantuan mempunyai tingkat tindakan yang sama dengan pelaku tindak pidana kemanusiaan itu sendiri. Namun inilah yang menjadi penting untuk dijelaskan maksudnya dan perlu dibedakan dengan maksud percobaan dan pembantuan dalam Buku I RUU KUHP. Sebagai contoh ketentuan mengenai pembantuan apakah

¹⁰⁷ Sebagai perbandingan dapat dirujuk penjelasan dalam Pasal 30 ayat 2 & 3, Statuta Roma, yang mengatur mengenai *mental element*: *For the purposes of this article, a person has intent where: (2) (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence that person means to cause that consequence or is aware that it will occur ordinary course of events. (3) For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.*

¹⁰⁸ Sebagai catatan bahwa telah ada buku Pedoman Unsur-Unsur Pelanggaran HAM yang Berat dan Tanggung Jawab Komandan yang diterbitkan oleh Mahkamah Agung.

¹⁰⁹ Percobaan dalam RUU KUHP Buku I terdapat dalam pasal 17 sampai dengan pasal 20.

¹¹⁰ Masalah pembantuan ini masuk dalam masalah penyertaan sebagaimana diatur dalam Buku I RUU KUHP Pasal 21 sampai dengan Pasal 23.

mempunyai maksud yang sama dengan penyertaan dalam literatur hukum mengenai *joint criminal enterprise*.¹¹¹

Ketidajelasan dalam memberikan pengertian tentang aspek percobaan, permufakatan jahat dan pembantuan dalam tindak pidana terhadap kemanusiaan akan merancukan pertanggungjawaban pidana pelaku. Kejelasan ini misalnya bisa mengacu pada ketentuan dalam Pasal 25 ayat (3) Statuta Roma tentang dapat dipidana dan dikenai hukuman terhadap seseorang yang melakukan kejahatan. Ketentuan dalam Statuta Roma ini akan memperjelas posisi pelaku langsung maupun pelaku tidak langsung karena membedakan antara *direct (physical) perpetration, indirect perpetration dan co-perpetration*.

Dalam hal pelaku adalah seorang komandan militer atau atasan polisi atau atasan sipil perlu ditentukan secara tegas bahwa para pelaku tersebut dipidana dalam konteks melakukan tindak pembantuan, permufakatan jahat atau dalam posisinya sebagai komandan sehingga dikenakan ketentuan mengenai tanggung jawab komandan. Secara teoritis, penyertaan dan pembantuan atau sering dipadankan dengan pengertian *joint criminal enterprises* sangat berbeda maksudnya dengan dengan tanggung jawab komandan. Implikasi dari pembedaan ini adalah dalam pembuktiannya, seorang komandan bisa saja dinyatakan bersalah karena dia tidak melakukan tindakan yang layak pada anak buahnya yang melakukan tindak pidana kemanusiaan, namun jika komandan didakwa dengan pembantuan maka sejak awal komandan memang sudah mengetahui dan ikut serta dalam terjadinya tindak pidana kemanusiaan tersebut.¹¹²

3.3. *Kejahatan Perang*

3.3.1. *Perumusan yang Mendegradasi Kewajiban Negara untuk Melindungi Korban dalam Situasi Perang*

¹¹¹ Pengertian *joint criminal enterprise* adalah “*When two or more people jointly act to carry out a crime and they have the required intent, the question becomes whether they are acting together to achieve a common purpose or design*”.

¹¹² Sebagai contoh adalah terdakwa Sriyanto dalam kasus Tanjung Priok yang didakwa dengan Pasal 55 ayat (1) sehingga dianggap ikut serta dalam terjadinya kejahatan karena terdakwa berada di lapangan saat terjadinya peristiwa. Namun posisi terdakwa saat itu juga sebagai komandan dari pasukan yang secara efektif dibawah kontrol terdakwa.

Secara khusus, Kejahatan Perang atau Konflik Bersenjata dapat ditemukan pengaturannya pada Pasal 396 sampai 393. Selain itu, Kejahatan Perang terkait juga dengan Pasal 401-402 RUU KUHP.

Secara umum RUU KUHP mengadopsi kategori pengaturan tentang kejahatan perang dalam Statua Roma. RUU KUHP melingkupi kejahatan perang baik untuk konflik yang bersifat internasional maupun konflik yang bersifat internal. Di samping itu, RKUHP juga menganut Kejahatan Perang dalam arti luas; pelanggaran berat yang terjadi dalam masa perang dan pelanggaran serius terhadap hukum dan kebiasaan yang diterapkan dalam perang.

Hanya saja peletakan posisi RUU KUHP yang demikian menimbulkan banyak kelemahan dalam upaya menghukum pelaku kejahatan perang di masa depan dan dalam konteks Indonesia.

Pertama, RUU KUHP hanya meletakkan kejahatan perang sebagai pelanggaran berat dengan kategori *extra ordinary crimes*. Acuan yang dipakai adalah Statuta Roma yang memang membatasi yurisdiksinya untuk kejahatan perang sebagai pelanggaran berat. Padahal, sebagai negara yang sudah meratifikasi Konvensi Jenewa, maka pengaturan-pengaturan lain yang melanggar Konvensi pun harus disiapkan perangkat sanksi pidana, yang sayangnya malah tidak terdapat dalam RUU KUHP. Jika mengacu pada Konvensi Jenewa dan *Optional Protocol*-nya, ada kejahatan lain (*breaches*) yang tidak dikategorikan sebagai pelanggaran berat (*grave breaches*) namun tetap sebagai larangan (*prohibit*) yang tidak boleh diabaikan oleh pihak yang bersengketa. Sebagai Negara yang sudah mengaksesi Konvensi Jenewa maka Indonesia pun perlu memasukkan larangan-larangan lain yang juga dapat dianggap sebagai pelanggaran terhadap Konvensi Jenewa.

Kedua, dengan mengabaikan pelanggaran lainnya selain pelanggaran berat Konvensi Jenewa dan pelanggaran serius terhadap hukum dan kebiasaan perang, maka banyak prinsip perlindungan terhadap korban perang diabaikan oleh RKUHP.

Misalnya di dalam Pasal 397 (d): ”melakukan penyerangan yang diketahuinya bahwa serangan tersebut menyebabkan kematian atau luka terhadap orang-orang sipil atau kerusakan terhadap objek-objek sipil atau kerusakan yang hebat, meluas, dan berjangka panjang terhadap lingkungan hidup yang berlebihan dalam kaitannya dengan keseluruhan keuntungan militer yang bersifat nyata dan langsung yang diantisipasi;”

Dengan demikian, maka penyerangan yang tidak menyebabkan kematian atau luka terhadap orang sipil (walaupun menimbulkan trauma) atau kerusakan (namun tidak

hebat dan meluas dan berjangka panjang) maka tidak dikenakan sanksi pidana. Hal ini bertentangan dengan prinsip perlindungan terhadap populasi sipil (*indiscriminate attack*) di mana serangan tidak boleh dilakukan terhadap populasi sipil atau objek sipil lainnya walaupun serangan itu tidak berdampak berat.

Selain itu, lihat pula pada Pasal 397 (j) dan Pasal 399 (k):

Pasal 397 (j) meliputi: ”menjadikan sebagai objek orang-orang yang berada dalam pengawasan pihak lawan untuk dijadikan objek pemotongan atau mutilasi fisik atau pengobatan atau percobaan ilmiah yang tidak dapat dibenarkan baik oleh kedokteran, kedokteran gigi maupun rumah sakit tersebut, maupun dilakukan untuk kepentingan **yang menyebabkan kematian atau secara serius membahayakan kesehatan orang atau orang-orang tersebut**”.

Pasal 399 (k): “menjadikan orang-orang yang berada dalam kekuasaan pihak lain yang terlibat konflik sebagai sasaran mutilasi fisik atau percobaan medis atau ilmiah yang tidak dapat dibenarkan baik atas tindakan medis, pemeliharaan gigi, rumah sakit terhadap yang bersangkutan maupun atas dasar kepentingannya, **dan yang menyebabkan kematian atau bahaya yang besar terhadap kesehatan orang atau orang-orang tersebut**”.

Kedua rumusan tersebut sesungguhnya mendegradasi upaya perlindungan terhadap korban. Mengapa harus menyebabkan kematian atau membahayakan kesehatan orang baru dianggap sebuah kejahatan?

Selain itu, dalam Pasal 397 g, diatur pelarangan terhadap penyalahgunaan simbol-simbol yang berkaitan dengan gencatan senjata, bendera atau lencana dan seragam militer musuh atau Perserikatan Bangsa-Bangsa, atau emblem khusus Konvensi Jenewa, yang mengakibatkan kematian atau luka berat. Istilah luka berat dalam dalam Buku I pasal 183 RUU KUHP:

- a) sakit atau luka yang tidak ada harapan untuk sembuh dengan sempurna atau yang dapat menimbulkan bahaya maut;
- b) terus-menerus tidak cakap lagi melakukan tugas, jabatan, atau pekerjaan;
- c) tidak dapat menggunakan lagi salah satu panca indera atau salah satu anggota tubuh;
- d) cacat berat;
- e) lumpuh;
- f) daya pikir terganggu selama lebih dari 4 (empat) minggu; atau
- g) gugur atau matinya kandungan.

Luka berat ini sangat tinggi kategorisasinya, sehingga akan sulit dapat digunakan pasal ini. Sebab, jika korbannya sudah sakit dan tidak ada harapan untuk sembuh maka akan sulit bagi ia memberi kesaksian di pengadilan atas apa yang dialaminya. Sementara jika ia sampai kehilangan salah satu panca indranya, daya pikir sudah terganggu lebih dari empat minggu maka kesaksiannya bisa jadi diragukan.

RUU KUHP seharusnya mengatur pelanggaran-pelanggaran lainnya, sementara pelanggaran berat dan serius dikeluarkan dari RUU KUHP dan menjadi aturan yang lebih spesifik.

3.3.2. *Perumusan yang Tidak Memadai*

Di samping tidak tepatnya pengaturan yang berkaitan dengan tindak pidana dalam masa perang atau konflik bersenjata, ada banyak istilah yang dipakai tidak tepat.

Pertama, istilah 'harta kekayaan' yang dipakai oleh RUU KUHP khususnya dalam Pasal 396, yang digunakan untuk menunjukkan apa yang di dalam Konvensi Jenewa dan Statuta Roma disebut sebagai 'harta milik'. Istilah harta kekayaan bisa merujuk pada situasi 'kaya' yang berbeda dengan istilah 'milik' atau 'kepemilikan' yang tidak ada hubungannya dengan 'kaya' atau 'kekayaan', tapi sesuatu yang di'miliki' oleh seseorang.

Kedua, RUU KUHP menggunakan istilah 'tahanan' perang untuk menterjemahkan '*prisoners of war*', yang seharusnya lebih tepat disebut sebagai istilah "tahanan perang". Sebab, tahanan perang untuk *prisoners of war*, adalah pihak-pihak yang ditawan oleh pihak penguasa pendudukan, karena berbagai hal, yang antar lain karena ia terlibat dalam pasukan musuh, karena alasan pengamanan atau alasan lainnya. Tahanan dalam konteks '*prisoner of war*' ini memiliki hak-hak dan mendapat perlindungan dari penguasa pendudukan. Berbeda dengan 'tahanan' yang konotasinya adalah orang yang di'tahan' karena diduga melakukan sesuatu perbuatan yang melawan hukum.

Ketiga, RUU KUHP menggunakan istilah 'kekuasaan pendudukan' merujuk pada "*the occupying power*". Istilah 'kekuasaan' tidak tepat untuk menjelaskan pihak yang berkuasa atas pendudukan terhadap suatu wilayah, yang seharusnya lebih tepat menggunakan istilah 'penguasa pendudukan'.

3.3.3. *Unsur-Unsur yang Tidak Jelas*

Banyak istilah-istilah yang disebut dalam RKUHP tidak tersedia atau tidak memadai penjelasannya. Penjelasan yang tidak memadai berimplikasi pada sulitnya meletakkan situasi yang tepat untuk memenuhi unsur-unsur pidana yang dimaksud. Hal ini akan menyulitkan praktik penuntutan terhadap pelaku.

Pertama, tidak ada penjelasan terhadap istilah ‘curang’ dalam Pasal 399 (i). Merujuk pada Konvensi Jenewa misalnya, ada yang disebut dengan ‘*perfidy*’ yang dilarang dilakukan, namun ada yang disebut dengan ‘*ruse of war*’ yang diperbolehkan. Curang dalam konteks RUU KUHP tidak jelas mengacu pada hal-hal apa saja.

Kedua, tidak ada penjelasan dan penjabaran unsur-unsur dari istilah-istilah yang digunakan oleh RUU KUHP yang sesungguhnya mengambil dari konsep-konsep dan istilah Statuta Roma maupun Konvensi Jenewa. Beberapa istilah tersebut misalnya, “daerah yang didemiliterisasi”, “prinsip kepentingan militer (*military necessity*)”, “sasaran militer”, ruang lingkup dari “serangan” “pendudukan” (*ocupacy*), mutilasi, dan ‘bahaya yang besar’. Terhadap istilah-istilah ini harus diletakkan unsur-unsur yang jelas yang dilingkupinya.

3.4. *Pemidanaan*

Secara umum, tindak pidana genosida, tindak pidana kemanusiaan dan tindak pidana perang dalam dalam RUU KUHP diancam pidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun sampai dan paling lama 20 (dua puluh) tahun. Hal ini relatif lebih rendah ketimbang ancaman pidana yang tertera pada UU No. 26 Tahun 2000¹¹³ yang mengatur tentang kejahatan genosida dan kejahatan atas kemanusiaan, atau ancaman pidana yang tertera dalam Statuta Roma yang mengatur pelanggaran berat HAM.

¹¹³ Lihat Pasal 36 UU No. 26/2000, setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 huruf a, b, c, d, atau e dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 25 (dua puluh lima) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun.

Ancaman pidana ini di samping bermasalah karena tuntutan maksimal lebih rendah, juga menganut ancaman hukuman mati yang bertentangan dengan perkembangan internasional tentang Hak Asasi Manusia (lihat bab sebelumnya).

Selain itu, dalam bagian tentang politik pidana yang tersirat dalam rumusan tentang pidana dan pemidanaan (Buku I RUU KUHP) politik pidanaannya yang mencoba mengawinkan *restorative justice* dengan *distributive justice* di mana penghukuman itu bersifat tidak pembalasan tapi memberikan prospek ke depan. Satu konsep yang ternyata tidak terealisasi pasal-pasal nya dengan tetap menganut hukuman mati walaupun dalam RUU KUHP dibuat satu syarat yang sangat ketat sehingga pemberlakuan hukuman mati akan sulit.¹¹⁴

4. Kemungkinan Penerapan yang Sulit

UU No. 26 Tahun 2000 lahir dalam situasi di mana tuntutan atas penyelesaian dugaan pelanggaran HAM yang terjadi pada masa lalu dengan membentuk Pengadilan HAM.¹¹⁵

Dengan landasan UU No. 26 Tahun 2000, dibentuk 2 (dua) pengadilan HAM ad hoc untuk peristiwa pelanggaran HAM yang berat di Timor-Timur dan Tanjung Priok dan digelar Pengadilan HAM untuk peristiwa pelanggaran HAM di Abepura. Namun, pengadilan HAM yang digelar tidak memberikan hasil yang maksimal karena hampir semua terdakwa yang diajukan ke pengadilan HAM dibebaskan. Para korban pelanggaran HAM yang berat juga tidak mendapatkan reparasi yang dalam UU No. 26 Tahun 2000 dikenal dengan hak-hak atas kompensasi, restitusi dan rehabilitasi.

Berbagai faktor yang menyebabkan kegagalan Pengadilan HAM di antaranya adalah kurang memadainya pengaturan dalam UU No. 26 Tahun 2000 termasuk kelemahan hukum acaranya. Kekurangan dalam UU No. 26 Tahun 2000 menyebabkan ketidakjelasan dalam menerapkan peraturan perundang-undangan, misalnya tidak lengkapnya “*element of crimes*” dari kejahatan yang diatur. Penerapan hukum acara, yang meskipun terdapat aturan yang bersifat khusus, namun secara umum masih mengacu pada

¹¹⁴ Pandangan Idris Kasim, dalam *Expert Meeting* untuk masukan draf I kajian ini, ELSAM, 27 Februari 2007.

¹¹⁵ Pembentukan pengadilan HAM dimulai ketika pada tahun 1999 pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) No. 1 Tahun 1999 Tentang Pengadilan HAM. Perppu No. 1 Tahun 1999 yang menjadi dasar hukum pengadilan HAM, termasuk proses penyelidikannya, ternyata disadari tidak cukup memadai sehingga proses pengesahan Perppu tersebut ditolak DPR untuk dikukuhkan menjadi Undang-Undang. Pemerintah kemudian menyiapkan draf pembentukan UU baru yang pada akhirnya disahkan oleh DPR dan menjadi UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM.

Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) yang menyulitkan dalam proses pembuktiannya.

Apa yang menjadi pelajaran dari pengalaman pengadilan HAM ad hoc adalah kebutuhan untuk merumuskan ketentuan yang mampu memberikan efektivitas dalam penuntutan kejahatan-kejahatan serius tersebut. Efektivitas penuntutan adalah memberikan pengaturan yang khusus dan komprehensif dalam mengatur kejahatan yang mempunyai karakteristik khusus. Selain itu, kejelasan perumusan delik dan ketentuan yang berbeda mengenai asas-asas hukumnya juga perlu dilakukan untuk menangani kejahatan yang sangat serius, bersifat “*extraordinary*”, dan berbeda dengan tindak pidana umum.

Jika tidak ada pengaturan yang berbeda untuk kejahatan-kejahatan serius tersebut, apalagi memperlakukannya sebagai kejahatan biasa dan diterapkan dengan asas-asas hukum yang “biasa” maka kemungkinan kegagalan dalam penuntutan akan terus terjadi. Dengan demikian, apa yang menjadi cita-cita hukum pidana untuk menemukan kebenaran materiil, menghukum pelaku dan memberikan keadilan kepada korban akan sulit terwujud.

Beberapa kejahatan dengan karakteristik khusus mempunyai prinsip dan asas yang menyimpang dengan asas-asas umum hukum pidana biasa. Asas-asas hukum yang tercantum dalam Buku I RUU KUHP tidak mampu menjadi alat perekat dan pemersatu.

Dengan permasalahan tersebut di atas, alih-alih akan menghukum pelaku kejahatan yang sangat serius tersebut, adanya kelemahan pengaturan dan perumusan deliknya akan mengakibatkan bebasnya para pelaku dan kegagalan menghadirkan keadilan kepada korban. Terlebih, Hukum Pidana yang bertujuan untuk melindungi individu dan masyarakat, dan negara tidak akan mencapai hasil sebagaimana yang diharapkan. Justru, pemaksaan dengan mengatur kejahatan dengan karakteristik khusus dalam KUHP akan berpotensi mengancam perlindungan terhadap hak asasi manusia.

BAB V

KESIMPULAN DAN REKOMENDASI

Pengaturan tindak pidana genosida, kemanusiaan dan perang atau konflik bersenjata ke dalam RUU KUHP mengadopsi secara tidak langsung aturan-aturan kejahatan genosida dan kejahatan atas kemanusiaan sebagai pelanggaran berat HAM dalam UU No. 26 Tahun 2000 dan kejahatan genosida, kejahatan kemanusiaan dan kejahatan perang Statuta Roma 1998.

Pengaturan ini memiliki tiga masalah utama: *pertama*, banyak ditemui prinsip-prinsip yang diberlakukan umum, termasuk juga yang diberlakukan terhadap tindak pidana genosida, kemanusiaan dan perang atau konflik bersenjata itu tidak sesuai dengan prinsip-prinsip yang berlaku dalam hukum pidana internasional dan praktik-praktiknya. Prinsip-prinsip yang diberlakukan terhadap tindak pidana HAM tersebut masih bertitik tekan kepada perlindungan terhadap pelaku kejahatan ketimbang terhadap korban dan penegakan HAM.

Kedua, dalam perumusan tindak pidana genosida, tindak pidana kejahatan atas kemanusiaan dan tindak pidana perang, ditemukan banyak rumusan yang tidak memadai, baik dari segi peristilahan maupun unsur-unsur yang tidak lengkap. Hal ini bisa jadi disebabkan karena dua hal, ketidaktelitian dalam mengadopsi atau dengan sengaja mengatur secara tidak lengkap sehingga menjadi sulit secara operasionalnya.

Ketiga, secara keseluruhan permasalahan dalam penegakannya karena dengan menempatkan dalam kodifikasi (KUHP) maka hukum acara yang digunakan kemungkinan besar adalah hukum acara pidana untuk hukum pidana biasa dalam pengaturan dalam RUU KUHP. Hal ini akan menimbulkan ketidakefektifan pemidanaan terhadap pelaku.

Oleh karena itu RUU KUHP tidak akan cukup mampu mengatur kejahatan-kejahatan semacam kejahatan genosida, kejahatan kemanusiaan, dan kejahatan perang karena kejahatan tersebut dalam pengaturannya mensyaratkan adanya pengaturan yang khusus termasuk dan berbeda dengan tindak pidana umum (biasa).

Oleh karena itu, tim merekomendasikan sebagai berikut:

1. Pengaturan tindak pidana genosida, kemanusiaan dan perang atau konflik bersenjata sebagai tindak pidana HAM berat, hendaknya dipisah pengaturannya dalam aturan khusus, tidak dalam RUU KUHP. Alasan utamanya adalah terhadap aturan tersebut memiliki prinsip-prinsip yang berlaku khusus karena kekhususan tindakan-tindakan yang digolongkan dalam pelanggaran berat. Meletakkannya sebagai delik umum, berimplikasi pada banyaknya prinsip-prinsip khusus yang sulit diberlakukan. Sementara jika prinsip-prinsip khusus tersebut tidak diberlakukan, maka terjadi pelanggaran-pelanggaran terhadap norma-norma hukum internasional dan praktik-praktiknya.
2. Khusus tentang tindak pidana perang atau konflik bersenjata, masih dimungkinkan diatur di dalam RUU KUHP dengan catatan perumusan yang diatur bukan tindak pidana perang dalam kategori pelanggaran berat HAM, melainkan pelanggaran terhadap Konvensi Jenewa yang tidak tergolong pada pelanggaran berat Konvensi Jenewa dan pelanggaran serius tentang kebiasaan perang.

DAFTAR PUSTAKA

Regulasi Nasional:

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Peraturan Pemerintah No. 2 Tahun 2002 tentang Perlindungan Saksi dan Korban.

Peraturan Pemerintah No. 3 Tahun 2002 tentang Kompensasi, Restitusi dan Rehabilitasi
Korban Pelanggaran HAM yang Berat.

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perppu) No. 1 Tahun 1999 tentang
Pengadilan HAM.

UU No. 5 Tahun 1998 tentang Ratifikasi Konvensi Anti Penyiksaan.

UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

UU No. 12 Tahun 2005 tentang *Pengesahan International Covenant on Civil and
Political Rights*, 28 Oktober 2005.

Regulasi Internasional:

Piagam Nuremberg, *Constitutional/Charter of the International Military Tribunal 1945*.

Konvensi Penghukuman dan Pencegahan Genosida 1948.

Konvensi (III) Jenewa, 1949.

Vienna Convention on the Law of Treaties. 23 May 1969.

Konvensi Den Haag mengenai Hukum dan Adat-istiadat Bidang Pertahanan.

Konvensi Jenewa tentang Perlakuan terhadap Tawanan Perang.

Konvensi Jenewa tentang Perlindungan terhadap Warga Sipil pada Waktu Perang dan
Protokol I (Protokol Tambahan pada Konvensi Jenewa).

Konvensi Jenewa 1949 (I).

Konvensi Jenewa (II). Pasal 50.

Protokol Tambahan I. 1977. Pasal 91

Protokol Tambahan I, 1977.

International Covenant on Civil and Political Rights.

Statute of the International Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY).

Hukum Acara dan Pembuktian ICTY.

Statute of the International Tribunal for Rwanda (ICTR).

Peraturan mengenai Prosedur dan Bukti, ICTR.

Statuta Roma 1998.

Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, General Comment 31, Update Set of Principles to Combat Impunity.

Rancangan Undang-Undang:

Rancangan Undang-Undang Kitab Undang Hukum Pidana

Buku-Buku:

Fowler, Jerry. 2000. Statuta Roma tentang Mahkamah Pidana Internasional: Keadilan bagi Generasi Mendatang. Dalam *Statuta Roma, Mahkamah Pidana Internasional*. Jakarta: ELSAM.

Lee, Roy S. (Editor). 2000. *The International Criminal Court-Element of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Transnational Publishers, Inc.

Human Right Watch, *Genocide, War Crimes, and Crimes Against Humanity: Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Tribunal fo the Former Yugoslavia*. Edisi Terjemahan. Jakarta: ELSAM.

van Boven, Theo. (2002). *Mereka Yang Menjadi Korban, Hak Korban atas Restitusi, Kompensasi, dan Rehabilitasi*. Jakarta: ELSAM.

Rommelink, Jan. 2003. *Hukum Pidana, Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.

Atmasasmita, Romli. 2003. *Pengantar Hukum Pidana Internasional*. Refika Aditama.

Pedoman Unsur-Unsur Pelanggaran HAM yang Berat dan Tanggung Jawab Komandan. Jakarta: Mahkamah Agung.

Laporan:

Progress Report ELSAM I – IX.

Progress Report Pemantauan Pengadilan HAM, *Preliminary Conclusive Report*, Elsam.

Cohen, David. 2004. *Intended to Fail, the Trials Before the Ad Hoc Human Rights Courts in Jakarta*. International Center for Transitional Justice.

Pengadilan Yang Melupakan Korban. 2004. Kelompok Kerja Pemantau Pengadilan HAM, ELSAM, KontraS dan PBHI, 24 Agustus.

Naskah Akademis Perubahan UU No. 26 Tahun 2000. Komnas HAM.

Putusan Pengadilan:

Putusan Pengadilan HAM ad hoc Kasus Timor-Timur.

Putusan Pengadilan HAM ad hoc Kasus Tanjung Priok.

Paper:

Kasim, Ifdhal. 2005. Ke Arah Mana Pembaruan KUHP? Tinjauan Kritis atas RUU KUHP. *Position Paper*. ELSAM, September.

Kasim, Ifdhal. 2006. Kodifikasi Hukum Pidana dalam Kerangka Perlindungan Hak Asasi Manusia. *Makalah*. Dalam Focus Group Discussion, Diselenggarakan oleh ELSAM, Jakarta, 28 Oktober.

Kasim, Ifdhal. 2004. Elemen-Elementer Kejahatan dari Crimes Against Humanity: Sebuah Penjelajahan Pustaka. *Jurnal HAM*, Komnas HAM, Vol 2, No. 2, tahun 2004,

Kasim, Ifdhal. 2000. *Menghadapi Masa Lalu: Mengapa Amnesti?* Jakarta: ELSAM.

Nababan, Asmara. 2004. *Penyelesaian Pelanggaran HAM yang Berat : Belajar Dari Pengalaman*. Jakarta: Komnas HAM.

Sumber Lain:

Notulensi Expert Meeting, Elsam, 27 Februari 2007.