

MARTHEN NAPANG

Sejarah Kejahatan HAM Internasional

MARTHEN NAPANG

Sejarah Kejahatan HAM Internasional



KATALOG DALAM TERBITAN (KDT)

Perpustakaan Nasional RI

Napang, Marthen

Sejarah Kejahatan HAM Internasional /

Marthen Napang -- Cet. 1 -- Makassar : Yusticia Press, 2013

Bibliografi

ISBN 978-979-99208-3-6

Judul :

Sejarah Kejahatan HAM Internasional

Penulis :

DR. MARTHEN NAPANG, S.H., M.H., MSi

Penerbit :

YUSTICIA PRESS

Jl. Ince Nurdin No. 11

MAKASSAR 90111

Hak cipta dilindungi Undang-undang ada pada Penulis

Hak Penerbitan pada YUSTICIA PRESS MAKASSAR

Cetakan Pertama, 2013

ABSTRAK

Penulisan ini bertujuan untuk menganalisis dan menjelaskan serta menemukan, bahwa Penegakan hukum terhadap kejahatan agresi berdasarkan yurisdiksi Pengadilan Pidana Internasional sesuai Statuta Roma 1998 dan yurisdiksi Peradilan Pidana HAM RI sesuai UU No.26 Tahun 2000 dapat dilaksanakan. Selain itu, untuk mengkaji secara konseptual dan seksama mengenai tuntutan pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku kejahatan agresi yang belum dirumuskan dalam Statuta Roma 1998, mengenai Sistem Peradilan Pidana Internasional untuk diterapkan dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia yang memeriksa dan mengadili pelaku kejahatan HAM di Indonesia, dan tuntutan pertanggungjawaban pidana individual terhadap pelaku kejahatan HAM berat menurut sistem peradilan pidana internasional dan sistem peradilan pidana Indonesia.

Penelitian ini memiliki spesifikasi pada penelitian hukum normatif. Sehingga menggunakan pendekatan yuridis normatif (dogmatic), yaitu mengkaji ketentuan hukum yang bersumber dari Undang-Undang, Konvensi, Keputusan Pengadilan, dan tulisan para ahli berkenaan dengan Penegakan Hukum Terhadap Kejahatan Agresi Berdasarkan Statuta Roma 1998 Tentang Pengadilan Pidana Internasional dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Selain itu, juga menggunakan pendekatan kualitatif, yaitu pendekatan yang mengandalkan kesahihan data kepustakaan yang akurat, yang didukung pendekatan kuantitatif. Analisis data dilakukan dengan menggunakan deskriptif yuridis analitik, Historis Komparatif, Deskriptif-Interpretatif, dan Grounded Research.

Berdasarkan hasil penelitian diperoleh kesimpulan, bahwa: (1) Kejahatan Agresi yang belum dirumuskan definisi kejahatannya dapat diadili pada Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc dan Pengadilan HAM Indonesia Ad Hoc yang dibentuk dengan cara: (a) Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa mengusulkan kepada Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk menerbitkan Resolusi Dewan Keamanan PBB yang membentuk Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc untuk memeriksa dan mengadili Pelaku Kejahatan Agresi tertentu yang direkomendasikan Sekjen PBB. Dewan Keamanan PBB dapat berinisiatif sendiri menerbitkan Resolusi DK PBB membentuk Pengadilan Ad Hoc tersebut. (b) Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan kepada Presiden RI untuk menerbitkan Keputusan Presiden RI tentang Pembentukan Pengadilan HAM Ad Hoc yang mengadili Kejahatan Agresi tertentu yang direkomendasikan DPR RI. Presiden RI dapat berinisiatif sendiri menerbitkan Keppres membentuk Pengadilan Ad Hoc tersebut. Kedua Pengadilan Ad Hoc tersebut diatas mengadili kasus per kasus (case by case) artinya mengadili perkara kejahatan agresi tertentu yang disebutkan secara tegas dalam surat keputusan (Resolusi atau Keppres RI) pembentukannya. (2) Pokok-pokok Sistem Peradilan Pidana Internasional-ICC dapat diterapkan dalam sistem peradilan pidana Indonesia yang mengadili kejahatan HAM termasuk kejahatan Agresi, terutama penerapan hukum acara dan pengambilan keputusan melalui metode penemuan hukum: Penafsiran dan konstruksi hukum yang sah dalam keadaan kekosongan hukum. (3) Pelaku Kejahatan Perang dan Kejahatan Agresi dapat dituntut pertanggungjawaban pidana di Indonesia, meskipun yurisdiksi Pengadilan HAM Indonesia hanya meliputi kejahatan Genosida dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat. Penuntutan pidana ini dapat dilakukan melalui pengadilan Pidana HAM RI Ad Hoc.

Sebagai rekomendasi dari hasil penelitian ini, adalah: (1) Sebaiknya Indonesia meratifikasi Statuta Roma 1998, lalu melakukan penyesuaian ketentuan-ketentuan Statuta Roma 1998 kedalam perundang-undangan nasional Indonesia, sehingga Indonesia dapat melaksanakan kewajiban internasionalnya menegakan hukum terhadap kejahatan HAM di Indonesia secara efektif. (2) Sebaiknya Indonesia memelopori perumusan definisi kejahatan agresi sebagai bentuk kemauan dan kesungguhan Indonesia melaksanakan penegakan hukum terhadap kejahatan HAM secara efektif, sehingga dapat mendorong negara-negara lain serta ICC melaksanakan kewajiban internasionalnya merumuskan definisi yang sama.

ABSTRACT

This research is aimed at analyzing and clarifying as well as finding that Law Enforcement against aggression crime being based on both jurisdiction of International Criminal Court is accordance with Rome Statutes of 1998 and jurisdiction of criminal court of Indonesian Human Right is accordance with Laws No.26 of 2000 may be implemented. Additionally, in order to study demand of criminal responsibility against aggression offender having not been formulated in Rome Statutes of 1998, in regard of International Criminal Judicial System to be applied in Indonesia Criminal Judicial System which investigate and judge offender of Human Right in Indonesia, as well as demand of individual criminal responsibility against offender of inconsiderate Human Right in Indonesia according to both International Criminal Judicial System and Indonesia Criminal Judicial System conceptually and accurately.

This research has specification of normative law research. So that, it uses normative (dogmatic) juridical approach, it studies law regulation derived from Laws, Convention, Court Award and author's writing in terms of Law Enforcement against aggression crime being based on both Rome Statutes of 1998 regarding International Criminal Court and Indonesian Laws No.26 of 2000 regarding Human Rights Court. Moreover, also it uses qualitative approach by relying on validity of accurate literatures supported by quantitative approach. Data analysis conducted using analytical juridical description, Comparative History, Descriptive-Interpretative and Grounded Research.

Then, based on research it may concluded that : (1) Aggression Crime which of criminal definition had not been formulated it may be judged at Ad hoc International Criminal Court and Ad hoc Indonesian Human Right Court established by : (a) General Secretary of UNO propose to Security Board of UNO for issuing Resolution of Security Board of UNO for designing Ad hoc International Criminal Court in order to investigate and judge certain Aggression Offenders recommended by General Secretary of UNO, By such General Secretary of UNO self they may initiate to issue Resolution of Security Board of UNO for designing such Ad hoc Court; (b) Indonesia Legislative Body may propose to Indonesia President in issuing Presidential Decree of RI on Establishment of Ad hoc Human Right Court to judge certain Aggression Crime recommended by Indonesia Legislative Body. Such self Indonesia President may initiate to issue Presidential Decree which establish such Ad hoc Court. Those two Ad hoc Courts to judge case by case, in other word, to judge certain aggression crime having been stated both in Resolution and/or Presidential Decree of RI in its establishment strictly. (2) Principles of International Criminal Court (ICC) may be applied in Indonesia Criminal Judicial System judging Human Rights crimes including Aggression crime therein, specially, to apply procedure law and decision making by law finding method : Interpretation and construction of valid law in condition of law vacant. (3) In Indonesia war offenders and Aggression Crime may be claimed in terms of its criminal responsibility, although jurisdiction of Indonesia Human Right Court solely, it covers Genocide crimes and inconsiderate violation against Human Right. This criminal award may be implemented by Ad hoc criminal court of Indonesia Human Right.

As recommendation from this research is : (1) it is better that Indonesia ratify Rome Statutes of 1998, subsequently, to adjust Rome Statutes of 1998 to Indonesia legislations, hence, Indonesia may realize international obligation to enforce law against Human Rights in Indonesia effectively. (2). It is better that Indonesia initiate to formulate definition of aggression crime as Indonesia willingness and seriousness to realize law enforcement against Human Rights crime effectively, hence, it may motivate other countries as well as ICC to implement international obligation in order to formulate the same.

PRAKATA

Bagaimanapun, “Takut akan Tuhan adalah awal dari segala ilmu pengetahuan”. Segala ciptaanNya yang maha dahsyat: Manusia, Bumi dan Alam Semesta penuh misteri keimanan dan keilmuan yang menjadi pusat kehidupan dan kesusahamatan umat manusia. Sekaligus merupakan objek dan subjek penelitian dan pengembangan ilmu pengetahuan disegala bidang, termasuk dibidang ilmu hukum, lebih khusus lagi terkait dengan materi penulisan buku ini yang bertema: Sejarah Kejahatan HAM Internasional. Sehingga pertama-tama patutlah penulis panjatkan kehadiran Tuhan Yang Maha Kuasa atas perkenan dan pengasihannya yang senantiasa menyertai penulis dalam menggumuli dan menyelesaikan penulisan buku ini.

Ada banyak pihak yang membantu penulis menyelesaikan kreatifitas akademik ini, untuk itu pada kesempatan ini patut penulis menghaturkan terima kasih yang sebesar-besarnya teristimewa kepada: Prof. Dr. Alma Pattileuw,SH.,MH., Prof. Dr. Syamsuddin Pasamai,SH.,MH., Dr. Ibrahim,SH.,LLM., Prof. Dr. H. Hambali Thalib,SH.,MH, Prof. Dr.H.Laode Husen,SH.MH., Prof. Dr.Sukarno Aburaera,SH.,MH, Dr. Hamzah Baharuddin,SH.,MH.

Sekali lagi penulis mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya seraya berdoa kiranya Tuhan Yang Maha Pengasih melimpahkan berkat dan Rachmatnya yang melimpah ruah bagi Bapak dan Ibu beserta keluarga.

Semua kritik dan saran untuk kesempurnaan buku ini penulis harapkan dari semua pihak, kiranya karya ilmiah ini berguna bagi pengembangan ilmu hukum dan bagi perjuangan penegakan hukum hak asasi manusia.

Adalah kesuksesan bagi orang yang berdoa dan berjuang.

Hormat Penulis

Marthen Napang

DAFTAR ISI

ABSTRAK	i
ABSTRACT	ii
PRAKATA	iii
DAFTAR ISI	iv
BAB I. PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah	19
C. Tujuan Penelitian	20
D. Kegunaan Penelitian	20
E. Originalitas Penelitian.....	21
BAB II. TINJAUAN PUSTAKA	22
A. Perkembangan Konsep Kejahatan Kemanusiaan	22
B. Penegakan Hukum Melalui Lembaga Peradilan ...	62
1. Konsep Penegakan Hukum	62
2. Peran Pengadilan Internasional.....	104
a. Arbitrasi Internasional (Permanent Court of Arbitration)	105
b. Mahkamah Tetap Internasional (Permanent Court of International Justice) ...	108
c. Mahkamah Internasional (International Court of Justice)	110
d. Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Nuremberg (Tribunal Nuremberg)	113
e. Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Tokyo (Tribunal Tokyo)	117
f. Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Yugoslavia (Tribunal ex Yugoslavia)	118
g. Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Rwanda (Tribunal Rwanda)	123
h. Pengadilan Pidana Internasional (The International Criminal Court)	125
3. Peran Pengadilan Nasional	130

C.	Konsep Yurisdiksi Pengadilan Pidana Internasional	135
1.	Yurisdiksi Pokok Perkara (Subject Matter Jurisdiction/Ratione Material)	135
2.	Yurisdiksi Terkait Waktu (Temporal Jurisdiction/ Ratione Temporis)	174
3.	Yurisdiksi Territorial (Territorial Jurisdiction/ Ratione Loci).....	177
4.	Yurisdiksi Personal-Individual (Personal Jurisdiction / Ratione Personae)	179
5.	Yurisdiksi Pelanggaran Administrasi Pengadilan	183
6.	Yurisdiksi Pelanggaran Tata Tertib Pengadilan...	183
C.	Sistem Pengadilan Pidana Internasional.....	184
1.	Konsep Sistem Peradilan Pidana	184
2.	Sistem Peradilan Pidana Internasional-ICC.....	190
a.	Pemeriksaan Pendahuluan	190
b.	Pemeriksaan Persidangan	192
c.	Upaya Hukum Banding dan Revisi	197
d.	Pelaksanaan Putusan	199
D.	Konsep Kekuasaan Lembaga Peradilan RI	200
1.	Kekuasaan Kehakiman Indonesia	200
2.	Badan Peradilan Indonesia	206
3.	Pembentukan Peradilan HAM RI	208
a.	Peradilan HAM Nasional	208
b.	Peradilan HAM Komplementari	218
E.	Konsep Yurisdiksi Peradilan Pidana Indonesia.....	240
1.	Yurisdiksi Pidana Umum	240
a.	Prinsip Territorialitas.....	240
b.	Prinsip Nasional Aktif	241
c.	Prinsip Nasional Aktif (Perluasan)	242
d.	Prinsip Nasional Pasif.....	242
e.	Prinsip Universalitas (Universaliteits-Beginsel)	243
2.	Yurisdiksi Peradilan HAM RI	245
a.	Subject Matter Jurisdiction/Ratione Material (Pokok Perkara)	245
b.	Individual Jurisdiction/Ratione Personal (Yurisdiksi Perorangan)	248
c.	Temporal Jurisdiction/Ratione Temporis (Yurisdiksi Waktu)	251
d.	Territorial Jurisdiction/Ratione Loci (Yurisdiksi Territorial)	252
e.	Yurisdiksi Pelanggaran Administrasi Peradilan.....	255
f.	Yurisdiksi Pelanggaran Tata Tertib Pengadilan.....	256

F.	Sistem Peradilan Pidana HAM RI.....	256
1.	Hukum Acara Peradilan Umum	256
2.	Hukum Acara Peradilan Khusus HAM	259
BAB	III. SEJARAH PERKEMBANGAN KEJAHATAN HAM	267
A.	Zaman Purbakala	269
1.	Traktat Eannatum Raja Negara Kota Lagash – Umma	269
2.	Masa 2.000 Tahun SM	269
3.	Masa Jahudi Kuno	270
4.	Kitab Manu (Hindu)	270
5.	Masa Tiongkok Kuno 1000 tahun SM	271
6.	Masa Yunani Purbakala 1000 tahun SM	271
7.	Masa Roma Purbakala	275
B.	Zaman Kerajaan-Kerajaan Besar	277
1.	Masa Kerajaan Besar Roma	277
2.	Masa Kerajaan Besar Rusia	278
3.	Masa Kerajaan Besar Islam	278
4.	Praktek Diplomatik dan Perdagangan Antar Kerajaan	278
5.	Praktek Perang dan Perdagangan Antar Kerajaan	279
C.	Zaman Negara Modern	280
1.	Perjanjian Perdamaian Westphalia 1648	281
a.	Pengaruh Mashab Naturalis dan Mashab Positivis	284
b.	Pengaruh Grotius dan Hobbes	284
2.	Perjanjian Perdamaian Wina 1816	286
3.	Perjanjian Versailles 1919	288
b.	Pendirian Liga Bangsa Bangsa	288
c.	Prinsip Non-Intervensi & Non Agresi	291
d.	Pembentukan Mahkamah Tetap Internasional	293
e.	Konvensi Internasional Jenewa dan Paris	293
4.	Perjanjian Perdamaian San Fransisco 1945	295
a.	Pembentukan Perserikatan Bangsa Bangsa dan Mahkamah Internasional	296
b.	Prinsip Penyelesaian Sec, Damai tanpa Kekerasan	296
c.	Prinsip Pembelaan Diri (Self Defence)	296
d.	Prinsip Penggalangan Kekuatan Multilateral	297
e.	Peradilan Penjahat Perang dan Agresi	297
f.	Pembentukan Tribunal Nuremberg & Tokyo	298
g.	Peradilan Nasional Penjahat Perang	304
h.	Konvensi tentang Peradilan Penjahat Perang	305

5.	Persetujuan Statuta Roma 1998	307
a.	Pembentukan Peradilan Pidana Internasional - ICC.....	307
b.	Yurisdiksi Kriminal ICC	307
6.	Pengesahan UU RI No.26 Tahun 2000	309
a.	Pembentukan Peradilan HAM RI	309
b.	Yurisdiksi Kriminal Peradilan HAM RI	312
BAB IV.	KESIMPULAN DAN SARAN	315
A.	Kesimpulan.....	315
B.	Saran	316
DAFTAR PUSTAKA		317

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Bahwa pelanggaran terhadap hak asasi manusia merupakan salah satu bentuk kejahatan yang tertua sejak manusia hidup bersama dan saling interaksi terhadap sesamanya dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Bahkan sejarah kehidupan umat manusia dari masa ke masa memperlihatkan semakin serius berdampak serius bagi keselamatan kehidupan dan peradaban umat manusia, disebabkan modus operandi yang melibatkan negara dan peralatan militer yang semakin canggih. Semakin canggihnya peralatan senjata pemusnah ini menyebabkan semakin mudahnya melakukan perbuatan-perbuatan yang menimbulkan penderitaan yang tidak perlu bagi manusia, bahkan memusnahkan umat manusia secara massal beserta peradabannya tidak terkecuali harta milik mereka. Sehingga konsep perang dan konflik bersenjata lainnya menjadi tidak terbatas hanya untuk menaklukkan lawan, tetapi sudah sampai untuk memusnahkan lawan. Lebih ironis lagi, senjata pemusnah tersebut tidak hanya dimiliki oleh negara saja, tetapi juga dikuasai oleh kelompok-kelompok bersenjata bukan negara. Berbagai perselisihan antar negara dengan negara, antara negara dengan kelompok bersenjata, atau antar sesama kelompok bersenjata yang menimbulkan perang, pertempuran, atau jenis kontak bersenjata lainnya sangat berpotensi menimbulkan terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat

Dalam perang modern, penggunaan senjata pemusnah seperti nuklir, biologi, dan kimia (NUBIKA) sangat menakutkan dan segala siasat terhadap lawan, termasuk terhadap penduduk sipil yang tidak berdosa dilakukan para pihak perang. Namun, upaya perdamaian dan pengaturan

kebiasaan perang yang lebih manusiawi terus dilakukan banyak pihak untuk menciptakan perdamaian dunia dan perlindungan terhadap hak asasi manusia bagi segala bangsa, dengan demikian kejahatan terhadap kemanusiaan senantiasa mewarnai kehidupan manusia sepanjang sejarah, bahkan semakin meningkat dan menggugah nurani seiring dengan berkembangnya kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi kemiliteran yang memungkinkan terjadinya perang modern. Diawali dengan perjanjian perdamaian Westphalia 1648 untuk mengakhiri perang 30 tahun (1618-1648) di Eropa, Kongres Wina 1815 untuk mengakhiri perang-perang Napoleon, Perjanjian Perdamaian Versailles 1919 untuk mengakhiri Perang Dunia Pertama (1914-1918), sekaligus membentuk Liga Bangsa-Bangsa, sampai Perjanjian Perdamaian San Fransisco 1945 untuk mengakhiri Perang Dunia II (1939-1945) dan pembentukan PBB.

Diselingi berbagai perjanjian perdamaian lainnya, seperti Pakta Locarno 1925 sehingga Perancis, Jerman, dan Belgia berjanji bersama-sama untuk menjalankan politik non-agresi, Pakta Kellogg Briand 1928 di mana negara-negara penandatangan (Perancis, AS, dan lain-lain) menghapuskan perang sebagai alat politik nasional dan berjanji mencari penyelesaian sengketa dengan cara damai.¹ Ketentuan hukum perang yang lebih langsung dipengaruhi oleh asas perikemanusiaan yang menjawai Konvensi Jenewa 1864, adalah larangan mengenai penggunaan senjata-senjata tertentu.² Kemudian asas perikemanusiaan dalam perang dianut dalam Konvensi Den Haag 1899, Konvensi Den Haag 1907, dan Konvensi-Konvensi Jenewa 1949 beserta Protokol Tambahan I & II 1977.

¹ Nussbaum, Arthur. *Sejarah Hukum Internasional*. Saduran Sam Suhaedi Admawiria. Penerbit Binatijpta, Bandung, 1970. hlm 193

² Kusumaatmadja, Mochtar. *Konvensi Genewa 1949 Mengenai Perlindungan Korban Perang*. Cetakan II, 1986, Bina Cipta Bandung. hlm 15

Perlindungan dan penegakan prinsip perikemanusiaan dalam situasi konflik bersenjata internasional dan non-internasional, mulai diwujudkan nyatakan secara serius setelah berakhirnya perang dunia kedua dengan menuntut dan menghukum para pelaku kejahatan perang yang meliputi kejahatan terhadap perdamaian dan kejahatan terhadap kemanusiaan melalui suatu lembaga peradilan khusus. Dibentuklah the International Military Tribunal (IMT) di Nuremberg dan the International Military Tribunal for the Far East (IMTFE) di Tokyo, yang telah mengadili dan menjatuhkan hukuman kepada para pelaku kejahatan terhadap perdamaian dan kemanusiaan dalam perang. Selanjutnya, dibentuk pula the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) di Den Haag dan the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) di Arusha untuk mengadili dan menjatuhkan hukuman terhadap siapa saja yang bersalah melakukan kejahatan kemanusiaan dalam situasi konflik bersenjata di wilayah kedua negara tersebut.

Selain telah dibentuk empat Tribunal ad hoc di atas, juga sejak berakhirnya perang dunia pertama telah dibentuk lima komisi pemeriksa (*Investigatory Commissions*)³, yaitu:

- (a) *the 1919 Commission on the Responsibilities of the Authors of War and on Enforcement of Penalties*, yang menginvestigasi pelbagai kejahatan yang terjadi selama Perang Dunia I;
- (b) *the 1946 UN War Crime Commission* yang menginvestigasi kejahatan perang Jerman selama Perang Dunia II;

³ Muladi. *ICC Sebagai Karya Agung Antar Bangsa*. Fakultas Hukum UNDIP, Semarang 2002. hlm 4

- (c) *the 1946 Far East Commission*, yang menginvestigasi kejahatan perang Jepang selama Perang Dunia II;
- (d) *the Commission of Expert Established Pursuant to Security Council Resolution 780*, yang menginvestigasi pelanggaran hukum humaniter di bekas negara Yugoslavia; dan
- (e) *the Independent Commission of Expert Established in Accordance with Security Council Resolution 935, the Rwanda Commission*, yang menginvestigasi pelanggaran yang dilakukan selama perang saudara (*Civil War*) di Rwanda.

Akhirnya, dalam Konperensi Roma 1998 disepakati sebuah Statuta yang disebut Statuta Roma 1998 sebagai dasar pembentukan Pengadilan Pidana Internasional (*the International Crime of Court-ICC*) yang permanen.

Statuta Roma 1998 mulai berlaku efektif pada tanggal 1 Juli 2002, yaitu setelah lewat hari ke-60 sejak ratifikasi negara ke-60 pada tanggal 11 April 2002 sesuai maksud Pasal 126 statuta. Pada tanggal tersebut tercatat 66 negara telah meratifikasi statuta bersamaan dengan negara yang ke-60.

Dalam Statuta ditegaskan, bahwa yang menjadi yurisdiksi kriminal ICC adalah kejahatan berat terhadap kemanusiaan yang karena sifat dan situasi peristiwanya dipisah menjadi empat jenis kejahatan, sebagaimana disebutkan di dalam Pasal 5 Statuta, yaitu:

1. *Jurisdiksi Mahkamah terbatas pada kejahatan paling serius yang menyangkut masyarakat internasional secara keseluruhan. Mahkamah mempunyai yurisdiksi sesuai Statuta berkenaan dengan kejahatan-kejahatan berikut:*
 - (a) *The crime of genocide*
 - (b) *Crimes against humanity*
 - (c) *War crimes*
 - (d) *The crime of aggression*

2. *Mahkamah melaksanakan yurisdiksi atas kejahatan agresi setelah suatu ketentuan disahkan sesuai dengan pasal 121 dan 123 yang mendefinisikan kejahatan dan menetapkan kondisi-kondisi di mana Mahkamah menjalankan yurisdiksi berkenaan dengan kejahatan ini. Ketentuan semacam itu haruslah sesuai dengan ketentuan-ketentuan terkait dari Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa.*

Dengan demikian tiga dari empat jenis kejahatan kemanusiaan universal tersebut secara berurutan dirumuskan dalam Pasal 6,7 dan Pasal 8 Statuta. Sedang perumusan kejahatan agresi menunggu selang waktu tujuh tahun sejak berlakunya Statuta yaitu: 1 Juli 2002, saat mana mulai berlaku efektifnya statuta ini sebagaimana dimaksud Pasal 5 ayat 2 yang merujuk pada Pasal 121 tentang Amandemen dan Pasal 123 Statuta tentang Peninjauan Statuta. Statuta ini berlaku efektif sejak 1 Juli 2002 karena telah memenuhi syarat mendapat ratifikasi 60 negara. Hal ini berarti sejak tanggal 1 Juli 2009, setiap negara penandatangan dapat mengajukan amandemen statute yang terkait dengan pengusulan Rumusan Delik Kejahatan Agresi. Pengusulan mana diajukan kepada Sekjen PBB (sesuai Pasal 121 statuta). Usulan ini akan dibahas dan diputuskan dalam Sidang Majelis Negara-Negara Penandatangan statute atau dalam Sidang Konferensi Peninjauan Khusus untuk itu. Sesuai pasal 121 statuta) Sidang mengambil keputusan berdasarkan suara mayoritas dua pertiga dari peserta sidang. Namun demikian hingga sekarang Mahkamah belum menyelenggarakan suatu konferensi peninjauan untuk mensahkan suatu ketentuan yang merumuskan definisi dan kondisi-kondisi khusus kejahatan agresi. Sehingga menjadi permasalahan hukum bagaimana Mahkamah dapat melaksanakan penegakan hukum terhadap kejahatan agresi yang telah ditegaskan sebagai bagian dari yurisdiksi Mahkamah tetapi rumusan kejahatannya belum ditetapkan.

Pasal 5 ayat 2 menegaskan:

“Pengadilan melaksanakan yurisdiksi atas kejahatan agresi setelah suatu ketentuan disahkan dengan pasal 121 dan 123 yang mendefinisikan kejahatan dan menetapkan kondisi-kondisi di mana Pengadilan menjalankan yurisdiksi berkenaan dengan kejahatan ini. Ketentuan semacam itu haruslah sesuai dengan ketentuan-ketentuan terkait dari Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa.

Pasal 121 menyatakan (tentang Amandemen):

1. *Setelah berakhirnya masa tujuh tahun sejak berlakunya undang-undang ini, setiap Negara Penandatangan dapat mengusulkan amandemen terhadapnya. Naskah setiap amandemen yang diusulkan harus diajukan kepada Sekretaris-Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa, yang akan mengedarkannya dengan segera kepada semua Negara Penandatangan.*
2. *Tidak lebih cepat dari waktu tiga bulan dari tanggal pemberitahuan, Majelis Negara-Negara Penandatangan berikutnya, dengan suatu mayoritas dari yang hadir dan memberi suara, akan memutuskan apakah hendak menyetujui usulan tersebut. Majelis dapat menangani usul tersebut secara langsung atau menyelenggarakan suatu Konferensi Peninjauan kalau masalah yang bersangkutan mengharuskan demikian.*
3. *Pengesahan suatu amandemen pada suatu sidang Majelis Negara-Negara Penandatangan atau pada suatu Konferensi Peninjauan di mana konsensus tidak dapat dicapai mensyaratkan mayoritas dua-pertiga dari Negara-Negara Penandatangan.*
4. *Kecuali sebagaimana ditetapkan dalam ayat 5, suatu amandemen akan berlaku bagi semua Negara Penandatangan satu tahun setelah instrument ratifikasi atau penerimaan telah dikirim kepada Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk disimpan oleh tujuh perdelapan daripadanya.*

5. *Setiap amandemen terhadap pasal 5 undang-undang ini berlaku bagi Negara-Negara Penandatangan yang telah menerima amandemen itu satu tahun setelah pengiriman instrument mengenai ratifikasi atau penerimaan. Berkenaan dengan suatu Negara Penandatangan yang belum menerima amandemen tersebut, Pengadilan tidak melaksanakan yurisdiksinya mengenai suatu kejahatan yang dicakup oleh amandemen apabila dilakukan oleh warga negara dari Negara Penandatangan tersebut atau yang dilakukan di wilayahnya.*
6. *Kalau suatu amandemen telah diterima oleh tujuh perdelapan dari Negara-Negara Penandatangan sesuai ayat 4, setiap Negara Penandatangan yang belum menerima amandemen itu dapat menarik diri dari Undang-undang ini yang berlaku dengan segera, tanpa memandang ayat 1 pasal 127, tetapi tunduk kepada ayat 2 pasal 127, dengan mengirimkan pemberitahuan tidak lebih lambat dari satu tahun setelah berlakunya amandemen tersebut.*
7. *Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa harus mengedarkan kepada semua Negara Penandatangan setiap amandemen yang disahkan pada suatu sidang Majelis Negara-Negara Penandatangan atau pada suatu Konferensi Peninjauan.*

Pasal 123 (tentang Peninjauan terhadap Statuta):

1. *Tujuh tahun setelah berlakunya Statuta ini Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa menyelenggarakan suatu Konferensi Peninjauan untuk membahas setiap Amandemen terhadap Statuta ini. Peninjauan tersebut dapat mencakup, tetapi tidak terbatas pada, daftar kejahatan yang terkandung dalam pasal 5. Konferensi itu terbuka bagi mereka yang berpartisipasi dalam Majelis Negara-Negara Pihak dan atas kondisi yang sama.*

2. *Pada setiap saat sesudah itu, atas permintaan suatu Negara Pihak dan untuk tujuan yang ditetapkan dalam ayat 1, Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa, atas persetujuan oleh mayoritas Negara Pihak, akan menyelenggarakan suatu Konferensi Peninjauan.*
3. *Ketentuan pasal 121, ayat 3 sampai 7, berlaku bagi pengesahan dan berlakunya suatu amandemen terhadap Statuta yang dipertimbangkan dalam suatu Konferensi Peninjauan.*

Pasal 124 (tentang Ketentuan Peralihan):

Tanpa memandang pasal 12 ayat 1, suatu Negara, setelah menjadi pihak dari terhadap Statuta ini, dapat menyatakan bahwa, untuk kurun waktu tujuh tahun setelah diberlakukannya Statuta ini bagi Negara yang bersangkutan, Negara tersebut tidak menerima yurisdiksi Mahkamah berkenaan dengan kategori kejahatan yang diacu dalam pasal 8 ketika suatu kejahatan dilaporkan telah dilakukan oleh warga-negaranya atau di wilayahnya. Suatu deklarasi berdasarkan pasal ini dapat ditarik setiap waktu. Ketentuan Pasal ini akan ditinjau kembali pada Konferensi Peninjauan yang diselenggarakan sesuai pasal 123, ayat 1.

Selanjutnya dikuatkan lagi dalam Pasal 21, 22, 30 ayat 1 dan 9 ayat 1 Statuta yang menyaratkan terlebih dahulu didefinisikan dan ditetapkan unsur-unsur suatu kejahatan HAM berat baru dapat dilaksanakan atau diadili oleh ICC.

Pasal 9 ayat 1 menegaskan:

1. **Unsur-Unsur Kejahatan membantu Pengadilan dalam menafsirkan dan memberlakukan pasal, 6,7, dan 8.** Unsur-Unsur itu disahkan oleh mayoritas dua-pertiga dari para anggota Majelis Anggota Pihak.

Pasal 21 Statuta menegaskan sumber hukum yang diberlakukan atau diterapkan ICC:

1. Pengadilan harus menerapkan:
 - a. Pada tempat yang pertama, Statuta ini, **Unsur-Unsur Kejahatan** dan Hukum Acara dan Hukum Pembuktian;
 - b. Pada giliran kedua, apabila sesuai, perjanjian-perjanjian yang dapat diterapkan dan prinsip serta peraturan hukum internasional, termasuk prinsip-prinsip hukum internasional mengenai sengketa bersenjata yang berlaku;
 - c. Apabila hal itu gagal, prinsip-prinsip hukum umum yang diambil oleh Pengadilan dari hukum-nasional dari sistem hukum dunia termasuk, apabila sesuai, hukum nasional dari Negara yang biasanya menjalankan yurisdiksi atas kejahatan, dengan syarat bahwa prinsip-prinsip itu tidak bertentangan dengan Statuta ini dan dengan hukum internasional serta norma dan standar yang diakui secara internasional.
2. Pengadilan dapat menerapkan prinsip dan aturan hukum sebagaimana ditafsirkan dalam keputusan-keputusannya terdahulu.
3. Penerapan dan penafsiran hukum sesuai dengan pasal ini harus sesuai dengan hak asasi manusia yang diakui secara internasional, dan harus tanpa pembedaan sebaliknya yang dibangun atas dasar seperti gender, sebagaimana diterapkan dalam pasal 7 ayat 3, umur, ras, warna kulit, bahasa, agama, atau kepercayaan, pandangan politik atau lainnya, asal-usul kebangsaan, etnis atau sosial, kekayaan, kelahiran atau status lainnya.

Pasal 22 Statuta menegaskan asas Nullum Crimen sine Lege dengan menyatakan:

1. Seseorang tidak bertanggungjawab secara pidana berdasarkan Statuta ini kecuali kalau perbuatan yang termaksud merupakan, pada saat perbuatan itu berlangsung, **suatu kejahatan dalam yurisdiksi pengadilan.**

2. **Definisi** mengenai kejahatan harus ditafsirkan dengan ketat dan **tidak boleh diperluas dengan analogi**. Dalam hal terdapat kekaburan, definisi itu harus ditafsirkan yang menguntungkan orang yang sedang diselidiki, dituntut atau dihukum.
3. Pasal ini tidak mempengaruhi karakterisasi dari setiap perilaku sebagai bersifat pidana berdasarkan hukum internasional yang mandiri terhadap Statuta ini.

Pasal 30 ayat 1 menegaskan:

1. Kecuali kalau ditetapkan lain, seorang bertanggungjawab secara pidana dan dapat dijatuhi hukuman atas suatu kejahatan yang berada dalam yurisdiksi Pengadilan hanya kalau **unsur materil** itu dilakukan dengan sengaja dan sadar.

Dengan demikian, meskipun pasal 5 ayat 1 Statuta menegaskan Agresi sebagai salah satu jenis kejahatan yang menjadi yurisdiksi ICC, namun ICC belum dapat melakukan upaya penegakan hukum terhadap kejahatan agresi ini karena Kejahatan Agresi ini belum didefinisikan dalam suatu ketentuan-ketentuan amandemen terhadap Statuta beserta Rumusan Unsur-Unsur Kejahatan Agresi sebagaimana yang dimaksud pasal 5 ayat 2, pasal 9, pasal 121, pasal 123, pasal 124, pasal 22, pasal 30, dan pasal 21 Statuta.

Perumusan definisi kejahatan agresi dilakukan dan disahkan dalam

1. Sidang Majelis Negara-Negara Penandatanganan Statuta, atau
2. Sidang Konperensi Peninjauan baik yang dihadiri oleh Negara-Negara Peninjauan, maupun yang dihadiri oleh negara-negara peratifikasi atau penerima statute.

Penegakan hukum terhadap pelaku kejahatan agresi dapat dilakukan oleh:

1. Peradilan Nasional yang dibentuk berdasarkan hukum nasional negara Peserta Agung Konvensi Jenewa 1949, sebagaimana di atur dalam pasal 49 Konvensi I, Pasal 50 Konvensi II, Pasal 129 Konvensi III, dan Pasal 146 Konvensi IV) , atau
2. Pengadilan Internasional Ad Hoc yang dibentuk Dewan Keamanan PBB (pasal 7 Piagam).
3. Pengadilan Pidana Internasional (ICC) setelah mengesahkan Perumusan Delik Kejahatan Agresi.

Pengaturan jenis kejahatan kemanusiaan dalam pasal yang berbeda sangat penting untuk penerapan hukum yang tepat sesuai jenis kejahatannya. Tetapi dalam satu kasus dapat terkait lebih dari satu jenis kejahatan HAM.

Misalnya, kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi dalam perang Serbia-Bosnia-Herzegovina, tetapi sifat dan situasi kejahatan perangnya yang lebih menonjol sehingga mantan Presiden Radovan Karadzic dan Kepala Angkatan Perang Ratko Mladic di Serbia Bosnia diajukan selaku penjahat perang di hadapan Tribunal *Ad Hoc* bagi bekas negara Yugoslavia yang berkedudukan di Den Haag, dan dituntut melanggar Konvensi Jenewa 1949 tentang perlindungan korban perang. Juga, mantan Presiden Republik Federal Yugoslavia Slobodan Milosevic diajukan pada *Pengadilan Ad Hoc* yang sama dengan 66 tuduhan kejahatan kemanusiaan yang dilakukannya selama perang di Kroasia, Bosnia, dan Kosovo.

Tampak jelas penerapan hukum (yurisdiksi) yang tepat sangat penting, baik dalam *Tribunal Ad Hoc*, Pengadilan Pidana Internasional Permanen (ICC), maupun Pengadilan *Ad Hoc* dan Pengadilan tetap/permanen nasional suatu negara, jika keliru dapat membebaskan pelaku yang bersalah dari ancaman hukuman. Namun, masih banyak pihak yang tidak ingin disebut pelaku kejahatan perang -

sebutan lain dari penjahat perang - meskipun sifat dari peristiwa kejahatan kemanusiaan yang melibatkannya terjadi dalam situasi konflik bersenjata, baik antara pasukan tentara nasional melawan kelompok bersenjata terorganisir maupun antara kelompok bersenjata terorganisir yang satu terhadap yang lainnya.

Rumusan kejahatan perang dalam Pasal 8 ICC merujuk pada Konvensi Jenewa tanggal 12 Agustus 1949 yang terdiri dari empat konvensi yang secara bersama-sama dinamakan Konvensi Jenewa tahun 1949 mengenai Perlindungan Korban Perang, juga dikenal dengan nama Konvensi Jenewa Palang Merah tahun 1949.⁴ Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) telah meratifikasi seluruh Konvensi Jenewa 1949 berdasarkan Undang-Undang Nomor 59 Tahun 1958 tanggal 10 September 1958 tentang Ikut Serta Negara Kesatuan Republik Indonesia dalam seluruh Konvensi Jenewa tanggal 12 Agustus 1949, yang dimuat dalam Lembaran Negara Nomor 109, 1958 dan Memori Penjelasan dalam Tambahan Lembaran Negara Nomor 1644. Sebenarnya, NKRI bukan peserta konferensi diplomatik yang melahirkan Konvensi-Konvensi Jenewa 1949. Akan tetapi, melalui pernyataan turut-serta (tanpa persyaratan / reservation) tertanggal 30 September 1958, Indonesia menjadi negara peserta Konvensi-Konvensi Jenewa 1949. Pernyataan turut-serta semacam ini merupakan salah satu cara mengikat diri terhadap suatu perjanjian atau konvensi internasional yang dikenal dalam hukum internasional.⁵ Dengan demikian, seharusnya pula Indonesia meratifikasi Statuta Roma 1998, apalagi telah diratifikasi lebih dari 60 negara pada tanggal 11 April 2002 dan berlaku efektif sejak 1 Juli 2002.

Sesungguhnya kejahatan kemanusiaan yang menjadi yurisdiksi ICC banyak diatur dalam KUHPidana seperti pembunuhan berencana, penganiayaan/penyiksaan berat, pemerkosaan, perampokan, penculikan/penyanderaan,

⁴ Kusumaatmadja, Mochtar. Op Cit. hlm 7

⁵ Yudha Bhakti, Ardhiwisatra. *Hukum Internasional Suatu Bunga Rampai*. Penerbit Alumni, Bandung 2000. hlm 170.

perbudakan, penggunaan senjata, dan berbagai jenis tindak kekerasan terhadap nyawa atau badan orang dan barang/benda lainnya. Akan tetapi, oleh karena kejahatan kemanusiaan yang berat memiliki karakteristik tersendiri, maka kejahatan kemanusiaan yang berat ini di atur tersendiri dalam hukum pidana internasional dalam hal ini oleh Statuta Roma 1998, yang sejogyanya harus dapat diadopsi ke dalam sistem hukum pidana nasional setiap negara. Pengabdosisan ini merupakan salah satu kewajiban hukum internasional setiap negara. Karakteristik tersendiri dari kejahatan kemanusiaan yang berat tersebut adalah dilakukan secara sistematis dan menyebar luas atau menjadi bagian dari perencanaan atau kebijakan yang berdampak skala luas dari suatu negara atau organisasi.

Negara Indonesia telah memberikan respek dan melakukan upaya antisipatif terhadap Statuta Roma 1998 dengan mengundangkan Undang-undang (UU) Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (HAM). Pengundangan Undang-undang ini sebagai bukti kesungguhan (*genuinely*) Indonesia yang ingin (*willing*) dan mampu (*ability*) melaksanakan suatu peradilan terhadap pelaku kejahatan kemanusiaan yang terjadi di Indonesia. Berdasarkan Pasal 2 dan Pasal 4 UU Nomor 26 Tahun 2000, Pengadilan HAM merupakan pengadilan khusus yang berada di lingkungan Pengadilan Umum dengan tugas dan wewenang (yang merupakan yurisdiksi kriminalnya) memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat, yaitu kejahatan *genosida* dan kejahatan terhadap kemanusiaan (Pasal 7 UU Nomor 26 Tahun 2000 beserta penjelasannya). Hal ini juga diatur di dalam Pasal 6 dan Pasal 7 Statuta Roma 1998 (*Rome Statute of the International Crime Court*).

Juga pengadilan ini secara kelembagaan bersifat tetap/permanen tetapi dalam operasionalisasi peradilanannya memiliki karakteristik semi permanen, yaitu diperiksa dan diputus oleh Majelis Hakim sebanyak lima orang yang terdiri dari dua hakim tetap dan tiga Hakim *Ad Hoc* pada semua tingkatan: Pertama, Banding, dan Kasasi (Pasal 27 (2),

Pasal 32 (2) dan Pasal 33 (2) UU Nomor 26 Tahun 2000), Pada tingkat penyelidikan, dapat dilakukan oleh Tim *Ad Hoc* yang dibentuk Komnas HAM. Pada tingkat penyidikan dan penuntutan, dapat dilakukan oleh Penyidik *Ad Hoc* dan Penuntut Umum *Ad Hoc* yang diangkat oleh Jaksa Agung (Pasal 21 (3) dan Pasal 23 (2) UU Nomor 26 Tahun 2000). Keunikan lain dari UU Nomor 26 Tahun 2000, adalah juga memuat ketentuan tentang Pengadilian HAM *Ad Hoc* dengan yurisdiksi kriminalnya memeriksa dan memutus pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU Nomor 26 Tahun 2000 ini, jadi asas retroaktif diberlakukan. Meskipun tidak ditegaskan dalam sebuah pasal, yurisdiksi kriminal Pengadilian HAM *Ad Hoc* ini sama dengan yurisdiksi kriminal Pengadilian HAM (tetap), meliputi kejahatan *genosida* dan kejahatan terhadap kemanusiaan, tidak termasuk kejahatan perang (tersirat dalam Pasal 43 ayat (3) dan pasal 44). Meskipun tidak dijelaskan dalam ketentuan umum, pengertian pengadilan HAM *Ad Hoc* sama dengan pengertian pengadilan HAM yang dirnaksud Pasal 1 ayat (3), hanya saja keberadaan lembaganya yang berbeda yaitu yang satu permanen yang lainnya sementara. Selain itu, UU Nomor 26 Tahun 2000 memungkinkan penyelesaian pelanggaran terhadap kemanusiaan yang berat yang terjadi sebelum UU ini diundangkan di luar peradilan HAM *Ad Hoc*, yaitu melalui komisi kebenaran dan rekonsiliasi.

Memang menjadi pertanyaan yang serius, apakah keberadaan komisi kebenaran dan rekonsiliasi tidak bertentangan dengan semangat universal Statuta Roma 1998 untuk menuntut, mengadili, dan menghukum pelaku kejahatan kemanusiaan yang berat. Sekaligus dapat merupakan penyangkalan terhadap prinsip tanggung jawab pidana individual (*individual criminal responsibility*) yang membatasi praktik *impunity* selama ini. Komisi ini mungkin dimaksudkan hanya terbatas pada kasus-kasus pelanggaran HAM tertentu yang lebih bersifat intern dalam negeri yang menyangkut keutuhan bangsa dan NKRI. Penyelesaian melalui komisi ini lebih bersifat politis, tetapi dapat mengurangi kepercayaan internasional atas

kesungguhan Indonesia yang berkeinginan dan berkemampuan mengadili pelaku kejahatan kemanusiaan yang berat.

Berbeda dengan Statuta Roma 1998 yang tidak mengatur pembentukan Tribunal *Ad Hoc* atau semacam komisi kebenaran dan rekonsiliasi. Pembentukan Pengadilan *Ad Hoc* dilakukan melalui Keputusan Presiden atas usul Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang berdasar pada dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM berat, dengan pembatasan pada locus dan tempos delict tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya UU Nomor 26 Tahun 2000 (Pasal 43 beserta penjelasannya). Jadi, tidak dibentuk atas kewenangan pengadilan HAM (yang tetap) sebagaimana juga Tribunal *Ad Hoc* dibentuk atas Resolusi Dewan Keamanan PBB, bukan atas kewenangan ICC. Akan tetapi, pengadilan HAM dan pengadilan HAM *Ad Hoc* berada pada lingkungan pengadilan yang sama yaitu peradilan umum.

Sebaliknya, dalam Statuta Roma 1998 tidak ada ketentuan tentang persandingan Tribunal *Ad Hoc* dengan ICC. Namun, penempatan Tribunal *Ad Hoc* bagi bekas negara Yugoslavia di Den Haag menunjukkan kemungkinan upaya ke depan untuk turut mempersandingkan Tribunal *Ad Hoc* bersama ICC dan Mahkamah Internasional di Den Haag. Secara praktis persandingan ini dapat memperlancar pelaksanaan tugas dan tanggung jawab masing-masing dalam rangka penegakan hukum Internasional di bidang pidana, publik dan privat, serta perlindungan HAM yang bersifat universal, sebagai bagian dari upaya pencapaian cita-cita perdamaian, keamanan, dan ketertiban dunia yang abadi.

Statute Roma 1998 telah berlaku efektif dan secara kelembagaan telah pula melengkapi segala kelengkapan organ-organnya yang terdiri atas: Dewan Pimpinan, Divisi Banding, Divisi Peradilan dan Divisi Pra-Peradilan, Kantor Penuntut dan Kantor Pencatat (Pasal 34 Statuta). Organ-organ ini diisi oleh para hakim, panitera, dan staf yang

memiliki tugas dan wewenang yudisial: mengadili, dan non yudisial: administrasi menurut jabatannya masing-masing. Sedang Kantor Penuntut merupakan organ yang terpisah dari pengadilan. Kesemuanya diangkat, disumpah atau berjanji, dan menjalankan tugasnya secara independen sepenuh waktu. Jumlah hakim 18 orang yang dipilih dan diangkat secara rahasia melalui surat suara dalam rapat khusus Majelis Negara-Negara, yang terdiri dari perwakilan negara penandatangan Statuta peserta konperensi Roma 1998. Negara peserta atau penandatangan final *Act* lainnya dapat menjadi peninjau, tetapi mempunyai hak mengusulkan seorang kandidat hakim untuk setiap pemilihan. Semua hakim yang terpilih harus berkewarganegaraan negara penandatangan statuta yang memenuhi kualifikasi yang telah ditentukan dan tidak seorangpun mempunyai kewarganegaraan yang sama dengan hakim terpilih lainnya (Pasal 36 jo Pasal 112 Statuta).

Di dalam Pembukaan Statuta Roma 1998 yang telah berlaku efektif, diingatkan bahwa merupakan tugas dan tanggungjawab dari setiap negara untuk melaksanakan yurisdiksi pidananya terhadap kejahatan-kejahatan internasional. Ditekankan bahwa pengadilan pidana internasional yang dibentuk sesuai dengan statuta ini, harus menjadi pelengkap terhadap yurisdiksi pidana nasional. Hal yang sama juga ditegaskan dalam Pasal 1 Statuta, bahwa yurisdiksi ICC terhadap orang-orang yang melakukan kejahatan-kejahatan yang serius yang menjadi perhatian internasional, akan menjadi pelengkap yurisdiksi hukum pidana nasional sesuai statuta ini.

Oleh karena Indonesia telah ikut serta dalam seluruh Konvensi Jenewa tanggal 12 Agustus 1949 tentang Perlindungan Korban Perang melalui pernyataan turut-serta tertanggal 10 September 1958 berdasarkan UU Nomor 59 Tahun 1958, sementara yurisdiksi kejahatan perang (*war crimes*) ICC merujuk pada Konvensi Jenewa 1949, maka cukup beralasan untuk melakukan ratifikasi Statuta Rorna 1998. Apalagi di beberapa bagian wilayah Indonesia

seringkali mengalami kerawanan dari konflik tindak kekerasan yang melibatkan konflik bersenjata terorganisir, baik yang tampak maupun yang tidak jelas identitasnya. Sementara yurisdiksi Pengadilan HAM tetap dan Pengadilan *HAM Ad Hoc* sesuai UU Nomor 26 Tahun 2000, belum meliputi yurisdiksi kriminal kejahatan perang, berarti belum meliputi semua yurisdiksi kriminal ICC.

Untuk memberlakukan yurisdiksi kriminal ICC di Indonesia, diperlukan upaya adoptisasi Statuta Roma 1998 ke dalam sistem hukum pidana Indonesia, yaitu antara lain melakukan penyesuaian atau penyesuaian beberapa pasal UU Nomor 26 Tahun 2000, di antaranya perluasan yurisdiksi kriminal Pengadilan HAM tetap dan Pengadilan *HAM Ad Hoc* yang juga meliputi kejahatan perang dan kemungkinan meniadakan komisi kebenaran dan rekonsiliasi, atau komisi ini diberi kewenangan penyelidikan yang lebih bersifat politis melengkapi Komnas HAM yang menekankan pada aspek yuridis sebuah peristiwa pelanggaran HAM berat di Indonesia.

Juga diperlukan pengadilan HAM yang otonom atau berdiri sendiri, terlepas dari lingkungan peradilan umum untuk menghindari operasionalisasi yang semi permanen dengan sistem majelis hakim yang terdiri dari hakim peradilan umum dan hakim *ad hoc*. Pengadilan HAM tetap yang otonom ini diberi kewenangan untuk membentuk Pengadilan *Ad Hoc* sesuai kebutuhan yang selalu bersifat mendesak, sehingga pembentukannya tidak perlu lagi melalui Keputusan Presiden atas usul DPR yang berbelit-belit dan memakan waktu. Oleh karena kejahatan kemanusiaan begitu luas dan kompleks dengan karakteristik universal dan transnasionalnya, maka diperlukan hakim yang memiliki pengetahuan khusus untuk itu yang dapat berfungsi pada pengadilan HAM tetap dan juga pada Pengadilan *Ad Hoc*.

Indonesia telah membentuk Pengadilan HAM Ad Hoc, antara lain: Pengadilan Ad Hoc yang memeriksa dan mengadili pelanggaran HAM yang berat di Timor-Timor (Tim-Tim) dengan terdakwa mantan Kapolda Timtim Brigjen (Pol) Timbul Silaen berteman. Juga Pengadilan HAM Ad Hoc bagi mantan Gubernur Propinsi Tim-Tim. Abilio Soares. Para Terdakwa diajukan oleh Jaksa Penuntut Umum Ad Hoc dari Kejaksaan Agung RI

Akan tetapi ternyata, terdapat keberatan dari Sekretaris Jenderal (Sekjen) PBB, Kofi Annan ketika itu terhadap pertimbangan majelis hakim Pengadilan HAM RI Ad Hoc yang menyatakan, bahwa terdapat kecurangan dalam jajak pendapat di wilayah Tim-Tim atas sponsor PBB (UNAMET) tahun 1999 yang turut mempengaruhi meluasnya tindak kekerasan. Reaksi keras itu disertai penawaran Pengadilan Internasional *Ad Hoc* atas permintaan pemerintah Indonesia bagi kasus tersebut. Hal ini perlu menjadi salah satu bahan pertimbangan utama menyusun format putusan dan hukum acara atau sistem peradilan pidana khusus dilingkungan peradilan HAM di Indonesia yang tidak bertentangan dengan standar ICC dan Tribunal Ad Hoc. Apalagi ICC merupakan hasil "godokan" puluhan pakar lulusan dari berbagai region dan sistem hukum di dunia.

Adanya keberatan dan tawaran pembentukan Peradilan HAM Internasional Ad Hoc yang diajukan Sekjen PBB tersebut di atas mendorong perlunya perhatian serius bagi Indonesia untuk menerapkan prinsip-prinsip sistem peradilan pidana HAM RI yang sesuai dengan sistem peradilan pidana internasional untuk menuntut pertanggungjawaban pidana bagi pelaku kejahatan hak asasi manusia di Indonesia.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas, dapat diidentifikasi masalah masalah yang dinyatakan sebagai berikut:

1. Bagaimanakah mengadili kejahatan agresi yang sudah ditetapkan sebagai salah satu yurisdiksi ICC tetapi belum dirumuskan dalam Statuta Roma 1998, baik oleh pengadilan pidana internasional maupun oleh pengadilan nasional Indonesia ?
2. Sejauhmanakah Sistem Peradilan Pidana Internasional/ICC dapat diterapkan dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia ?
3. Dapatkah Pelaku Kejahatan Perang dan Kejahatan Agresi di tuntutan pertanggungjawaban pidana di Indonesia, karena yurisdiksi pidana Indonesia hanya meliputi Kejahatan Genosida dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan.

C. Tujuan Penelitian

1. Tujuan penyusunan kajian disertasi ini adalah:
 - a. Untuk mengkaji secara konseptual dan seksama tentang yurisdiksi Pengadilan Pidana Internasional sesuai Statuta Roma 1998 dan yurisdiksi Peradilan Pidana HAM RI sesuai UU No.26 Tahun 2000.
 - b. Untuk mengkaji secara konseptual dan seksama mengenai tuntutan pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku kejahatan agresi yang belum dirumuskan dalam Statuta Roma 1998.
 - c. Mengkaji secara konseptual dan seksama mengenai Sistem Peradilan Pidana Internasional untuk diterapkan dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia yang memeriksa dan mengadili pelaku kejahatan HAM di Indonesia.

- d. Mengkaji tuntutan pertanggungjawaban pidana individual terhadap pelaku kejahatan HAM berat menurut sistem peradilan pidana internasional dan sistem peradilan pidana Indonesia.

D. Kegunaan Penelitian

Kegunaan kajian disertasi ini diharapkan:

- a. Secara Teoritis, dapat bermanfaat sebagai referensi dalam merumuskan kejahatan agresi dan menyelaraskan sistem peradilan pidana Indonesia yang ideal dengan sistem peradilan pidana internasional / ICC dalam menuntut pertanggungjawaban pidana individual terhadap pelaku kejahatan HAM berat.
- b. Secara Praktis, memberikan sumbang saran bagi penegakan hukum: penyelidikan, penyidikan, pemeriksaan, persidangan, pelaksanaan putusan peradilan (eksekusi) terhadap pelaku kejahatan HAM di Indonesia, sesuai kewajiban hukum internasional negara Indonesia. Sehingga terbukti kesungguhan (*genuinely*) Indonesia yang ingin (*willing*) dan mampu (*ability*) melaksanakan suatu peradilan terhadap pelaku kejahatan kemanusiaan yang terjadi di Indonesia.

E. Originalitas Penelitian :

Bahwa penelitian tentang penegakan hukum terhadap kejahatan HAM khususnya terhadap kejahatan Agresi yang definisinya belum dirumuskan ini merupakan sebuah penelitian yang pertama kali dilakukan. Sehingga originalitas /keaslian sebagai sebuah karya penelitian dapat Peneliti pertanggungjawabkan. Sejauh ini Peneliti belum menemukan satupun karya tulis dan penelitian tentang hal tersebut di atas. Ada beberapa karya tulis dan hasil penelitian tentang pelanggaran berat HAM yang diatur dalam Statuta Roma dan UU RI No.26 Tahun 2000, namun tidak terkait dengan penegakan hukum terhadap kejahatan Agresi sebagai kejahatan HAM yang belum mendapat

rumusan deliknya. Karya tulis dan hasil penelitian tersebut diantaranya adalah:

1. Tanggungjawab Pidana Individu Bagi Pelaku Pelanggaran Berat Terhadap HAM Dalam Rangka Pembaharuan Hukum Nasional (The Individual Criminal Responsibility for Gross Violators of Human Rights in Accordance with the National Law Reformation), Karya Peneliti Disertasi Devy K.G. Sondakh.
2. Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes, Karya Disertasi dari Clara Damgaard.
3. The Criminal Responsibility of Individual for Violations of International Humanitarian Law, Karya Disertasi oleh Elies van Siledregt.
4. Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations, Disertasi yang ditulis Lyal S. Sunga.
5. Gross Human Rights Violations : A Search for Causes, A Study of Guatemala and Costa Rica, Disertasi yang dibuat oleh Hilde Hey.
6. Peradilan HAM Internasional – Indonesia, yang dirangkum dari tesis Prediksi Penerapan Yurisdiksi Peradilan Pidana Internasional Kedalam Yurisdiksi Peradilan Pidana Indonesia Untuk Mengadili Kejahatan Internasional di Indonesia Menurut Statuta ICC, Karya Ilmiah Marthen Napang.
7. Tanggungjawab Seorang Atasan Terhadap Bawahan Yang Melakukan Pelanggaran HAM Berat dan Penerapannya Oleh Pengadilan Pidana Internasional dan Pengadilan Hak Azasi Manusia Indonesia. Karya Ilmiah dari Dr.H. Eddy Djunaedi Karnasudirdja,SH.MCJ.

Beberapa disertasi dan karya ilmiah tersebut di atas tidak satu yang mengkaji tentang Penegakan Hukum terhadap Kejahatan HAM (Agresi) yang menjadi pokok utama penelitian disertasi ini.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Perkembangan Konsep Kejahatan Kemanusiaan

Melalui sejarah perkembangan hukum internasional dapat diketahui perkembangan kejahatan kemanusiaan beserta prinsip-prinsip penegakan hukumnya dari masa ke masa. Hukum Internasional dapat ditinjau dalam arti luas dan sempit. Dalam arti luas, hukum internasional sebagai hukum Bangsa-Bangsa. Ini berarti telah berusia tua setua kehadiran kehidupan manusia dalam kesatuan-kesatuan antar bangsa yang pada umumnya hidup dalam bentuk pemerintahan kerajaan-kerajaan berabad-abad dimasa lalu. Kemudian Hukum Internasional dalam arti sempit, sebagai hukum yang mengatur hubungan antara Negara, dan baru berusia beberapa ratus tahun. Hukum Internasional dalam arti sempit ini yang kemudian dalam perkembangannya dikenal sebagai Hukum Internasional modern.

Hukum Internasional modern lahir bersamaan dengan terbentuknya suatu masyarakat baru Internasional dimana subyek utamanya adalah negara-nasional. Sedangkan kelahiran negara-negara nasional ini ditandai dengan saat ditanda tangannya persetujuan West Phalia yaitu suatu persetujuan untuk mengakhiri Perangan Tiga puluh Tahun (Thirty Years War) di Eropah 1618-1648. Dimasa itu muncul kesatuan-kesatuan pemerintahan dalam bentuk negara yang merdeka dan berdaulat, terlepas dari intervensi kekuasaan pemerintahan lainnya yang ingin menjajah mereka. Kemerdekaan dan kedaulatannya berdasarkan kebangsaan rakyatnya mempunyai hak untuk menentukan nasib sendiri (the Rigths of Self Determination).

Dengan demikian maka tersebutlah Persetujuan Perdamaian West Phalia sebagai salah satu tonggak sejarah pertumbuhan Hukum Internasional Modern disamping Kongres Viena (Wina) dan Perdamaian Versailles. Bahwa walaupun hampir semua penulis tentang Hukum Internasional berpendapat bahwa perkembangan Hukum Internasional sebagai Hukum antara Negara modern sebagaimana yang dikenal dewasa ini, dimulai sejak abad XVI menjelang abad XVII di Eropah. Namun tidak terlepas dari dan dalam banyak hal mempunyai tali-temali benang merah dengan Hukum Internasional dalam arti luas sebagai sebagai cikal-bakal hukum internasional yang telah ada dan tumbuh jauh sebelumnya.

Perjanjian perdamaian sebagai tonggak sejarah hukum internasional di atas membuktikan kebenaran, bahwa perkembangan dan pembentukan hukum internasional tidak terlepas dari sejarah perang itu sendiri, bahkan sejarah perang itu sendiri sama tuanya dengan sejarah umat manusia. Sehingga benih-benih hukum internasional memang telah tertabur dalam kehidupan bangsa-bangsa sejak dahulu kala.

Sebagaimana dikemukakan Mochtar Kusumaatmadja, bahwa menurut A.Gentili perkembangan hukum internasional modern sebagai suatu sistem hukum yang berdiri sendiri dimulai dengan tulisan-tulisan mengenai hukum perang. Selain itu, Jean Pictet menyatakan, adalah suatu kenyataan yang menyedihkan bahwa selama 3400 tahun sejarah tertulis, umat manusia hanya mengenal 250 perdamaian.⁶

Selanjutnya dijelaskannya lagi, dahulu kala perang memang merupakan suatu pembunuhan besar-besaran antar kedua belah pihak yang berperang. Pembunuhan besar-besaran ini hanya merupakan salah satu bentuk perwujudan dari naluri untuk mempertahankan diri, yang

⁶ Mochtar Kusumaatmadja. Konvensi-Konvensi Palang Merah 1949. Penerbit Alumni, Cetakan ke-5, 2002, hlm. 12

berlaku baik dalam pergaulan antara manusia, maupun dalam pergaulan antara bangsa. Naluri untuk mempertahankan jenis kemudian membawa keinsyafan bahwa cara berperang yang tidak mengenal batas itu merugikan umat manusia sehingga kemudian mulailah orang mengadakan pembatasan-pembatasan, menetapkan ketentuan-ketentuan yang mengatur perang antara bangsa-bangsa.⁷

Secara kronologis hukum internasional berkembang melalui tahapan zaman, sebagai berikut:

1. Zaman Purbakala:

Menurut Montesquien dalam bukunya *Esprit des Lois* (Jiwa Undang-Undang) menjelaskan, semua bangsa-bangsa termasuk suku Iroquois yang suka memakan orang-orang tawanannya, mempunyai Hukum Bangsa-Bangsa (Law of Nations).

Beberapa praktek dan peristiwa dizaman Purbakala ini yang dipandang sebagai gejala lahirnya benih-benih Hukum Internasional:

- a. **Traktat yang dibuat antara Eannatum Raja Negara Kota Lagash** di Mesopotania yang menang perang dengan Umma, sebuah Negara kota Mesopotania lainnya. Traktat ini dibuat kira-kira 3100 Tahun SM dalam bahasa Sumeriah dan diabadikan dengan tulisan terpahat pada sebuah monument batu (stele). Dalam traktat ini ditetapkan pula kekebalan dari pada terusan air diperbatasan dan batu tapal perbatasan, yang diakui umum sebagai pihak yang ditundukkan di bawah sumpah kepada tujuh dewa-dewa yang tersakti. Ketika itu dewa-dewa menjadi pihak penjamin bagi pelaksanaan traktat.
- b. **Pada 2.000 Tahun SM** banyak naskah-naskah perjanjian tentang perdamaian, persekutuan-persekutuan dan garis-garis perbatasan yang diabadikan diatas batu tulis dari tanah liat atau diatas

⁷ Ibid hlm. 12 - 13

monumen-monumen yang kebanyakan di buat oleh Raja-Raja Mesir dan Kheta juga Babilon dan Assur. Yang terpenting dari sejumlah perjanjian-perjanjian tersebut adalah Pakta Perdamaian dan persekutuan yang diadakan di tahun 1279 SM antara Ramases ke II dari Mesir dengan Hattusili II dari Kheta. Bahasa Naskah asli ialah Akkadi (Babilon) yang merupakan bahasa diplomasi dikalangan kerajaan-kerajaan di Wilayah Timur Tengah pada zaman itu. dalam pakta perdamaian ini di atur:

- 1) Bantuan timbal balik dalam menghadapi musuh.
- 2) Penyerahan musuh dari negeri lain yang bersembunyi dalam masing-masing negerinya (Extradisi). Tetapi terdapat ketentuan bahwa orang yang di serahkan tidak dijatuhi hukuman.
- 3) Persaudaraan antara mereka akan berlaku juga sampai kepada putra-putranya dan Negeranya. Hal ini berarti meninggalkan sifat pribadi dari pada Perjanjian tersebut, yang berlaku selama ribuan tahun dalam konvensi-konvensi Internasional. Sanksi keagamaan dan peranan dewa-dewa disebutkan pula.

Pada masa pemerintahan Raja Ramses berkuasa di Mesir (569-527 SM) kelompok-kelompok penghunian atau kota-kota dari orang-orang Yunani dilembah sungani Nil yang dinamakan Naucratis dibenarkan untuk hidup sesuai agama dan hukum Yunani.

- c. **Dimasa Jahudi Kuno** dikenal Deutero Nomium (perundang-undangan kedua; kitab kelima dari Moses) berisikan aturan-aturan agama tertulis mengenai peperangan, yang melarang pembunuhan wanita-wanita dan anak-anak. Juga terkandung makna tentang pengertian perang suci. Dalam perkembangannya dianut oleh Islam dan Krfisten dalam Perang Salib.
- d. **Kitab Manu (kitab H. Hindu)** yang disusun ± 1.000 tahun SM, terutama mengatur peperangan yang berprikemanusiaan:

- 1) Peperangan dilakukan dengan batas-batas prikemanusiaan dan kesatriaan.
 - 2) Melindungi orang-orang yang tidak turut berperang.
- e. **Masa Tiongkok kuno ± 1.000 tahun SM.** Pada masa ini dipegang prinsip perang bahwa Rakyat dari Raja-Raja yang berperang tidak menganggap satu sama lain sebagai musuh, dan tidak ada diskriminasi terhadap kaula-kaula Negara dari Raja lawan. Dimasa damai, hubungan antara Raja-Raja dan Duta-Dutanya dilaksanakan dengan upacara-upacara menurut tata urutan yang sangat beragam tergantung pada pangkat dari utusan-utusan yang bersangkutan. Ada banyak pemikiran tentang perang dan soal-soal yang berhubungan dengan perang. Perserikatan Besar dari Negara-Negara Tiongkok yang direncanakan oleh Kongfutsu telah dianggap sebanding dengan konsep Hukum Bangsa-Bangsa (Confusius 551-479 SM).
- f. **Masa Yunani Purbakala. Pada masa 1.000 Tahun SM,** Yunani mengalami masa keemasan, dengan mencapai puncak peradaban yang tinggi dan menakjubkan. Sehingga menjadi sumber kaya-raya bagi inspirasi kepada generasi-generasi berikutnya dalam pelbagai bidang, termasuk bidang hukum dan ketatanegaraan. Demikian secara tidak langsung pemikirang-pemikiran Yunani yang berkembang ketika itu telah menjadi pendorong yang efektif bagi evolusi Hukum Bangsa-Bangsa; yakni melalui falsafah-falsafahnya yang mempengaruhi pemikiran di Roma yang banyak mengembangkan pokok yang berhubungan dengan Hukum Internasional. Terbatasnya pengaruh Yunani dalam lingkungan Internasional ketika itu disebabkan sedikitnya perjanjian-perjanjian antara masyarakat Yunani dan bukan Yunani.

Sedikitnya perjanjian-perjanjian yang dilakukan Yunani dengan bangsa yang lain karena adanya anggapan umum dikalangan orang-orang Yunani yang mengalami masa keemasan tersebut, bahwa orang-orang bukan Yunani sebagai orang Barbar (orang-orang biadab) dan musuh mutlak, yang ditakdirkan oleh kodrat untuk mengabdikan kepada orang-orang Yunani sebagai budak-budak. Atistoteles sendiri dalam karyanya "Politica, menyamakan perang lawan orang-orang yang tidak mau tunduk dan taat, meskipun mereka ditakdirkan untuk diperintahi, dengan pemburuan. Perang demikian di anggapnya "benar menurut kodrat".

Beberapa perjanjian dimasa ini, diantaranya:

- 1) Perjanjian perdamaian yang sampai pada 400 tahun SM dibuat hanya untuk suatu masa waktu tertentu, hal mana mengingatkan kepada masa-masa dahulukala dimana perang menjadi keadaan biasa.
- 2) Perjanjian di bidang Politik yang memuat kesepakatan-kesepakatan mengijinkan kebebasan perorangan dan perlindungan harta milik, termasuk hak untuk memperoleh harta benda tidak bergerak, kepada warga bangsa dari negara peserta perjanjian, yang sedemikian jauh dapat dibandingkan dengan traktat-traktat modern tentang perdagangan.
- 3) Perjanjian-perjanjian penyelenggaraan pengaturan impor dan ekspor dan penetapan standar bersama mengenai uang logam.
- 4) Persetujuan-Persetujuan di bidang pelajaran yang masih terbatas
- 5) Perjanjian yang disebut Isopolities, dalam berbagai bidang kehidupan sosial tanpa diskriminasi, diantaranya tentang hak perkawinan antara warga negara dari masing-masing pihak perjanjian dan hak untuk menghadiri perlombaan-perlombaan umum. Warga negara dari negara anggota perjanjian konfederasi seringkali menerima sedikit banyak persamaan dengan warga bangsa-bangsa sendiri.

- 6) Adanya kebiasaan memberikan hak-hak yang sama atau perlindungan yang sama terhadap warga negara sahabat yang ada di Yunani, meskipun tanpa perjanjian.
- 7) Pertentangan politik diantara sesama orang Yunani tidak merusak kuatnya kebersamaan secara rasial. Kebudayaan, bahasa dan agama diantara mereka.
- 8) Penduduk Asing (bukan Yunani) yang tinggal tetap dan terdaftar resmi disebut *Metoikoi*. Pada umumnya penduduk asing ini berperan penting dalam perusahaan swasta dan perdagangan. Mereka mendapat status hukum yang tetap dan perlindungan hukum penuh, kecuali hak-hak politik dan hak milik atas benda-benda tetap. Mereka tunduk pada kewajiban-kewajiban militer dan dinas militer bawahan.
- 9) Sudah dipraktekan Kantor Perwakilan Asing atau pejabat diplomatik yang dikenal dengan *Proxeno* (*Proxenos*) yaitu seorang warga negara terkemuka yang dinamakan *proxenos*, dipercayakan oleh suatu negara asing dengan tugas melindungi (mengurus) warganegara-warganegarannya, dengan tugas-tugas diplomatik di negara setempat (dari mana *proxenos* menjadi warga negaranya).. Lembaga *Proxeno* (*Proxenos*) merupakan satu lembaga/pejabat yang sering disamakan dengan konsul modern (*honorary consul; consules electi*). Meskipun lebih bersifat pejabat politik bukan komersil dan tidak diangkat resmi oleh pemerintah asalnya, *proxenos* ini tercatat menaikkan peranan yang sangat penting dalam meningkatkan hubungan dagang dan persahabatan.
- 10) Sudah dipraktekkan Hak Suaka (secara terbatas) atau hak warga asing yang bermasalah hukum ditempat asalnya untuk memnta perlindungan pemerintah tempat pelarian atau pemberi perlindungan. Akan tetapi masih terbatas pada perlindungan-perlindungan di Kuil – Kuil. Perlindungan yang diberikan Kuil-Kuil dihormati karena adanya *amphictioni* yaitu suatu piagam perhimpunan untuk melindungi mimbar suci bersama.

- 11) Sudah ada praktek Arbitrase yang memegang peranan penting menyelesaikan sengketa-sengketa hukum public antara lain tentang daerah-daerah perbatasan, hak-hak atas sungai dan sumber-sumber perairan. Pengangkatan Arbitrator dilakukan berdasarkan negara, negara inilah yang nantinya membentuk Majelis Arbitrasi dari 3 orang atau lebih warga negara yang melaksanakan tugas-tugas arbitrasinya. Majelis ini yang disumpah secara keagamaan, jika ternyata arbitrator tersebut melakukan pelanggaran, disamping ia mendapat tularah atas dirinya juga ia akan dikutuk oleh seluruh bangsanya.
 - 12) Tindakan-Tindakan pembalasan (Reprisal), juga telah dipraktikkan pada zaman Yunani kuno ini. Tindakan balasan (Reprisal) ini berasal dari kebiasaan kuno yang membenarkan seseorang (maupun negara) menggunakan kekerasan untuk melindungi hak-haknya baik terhadap pelaku kesalahan orang asing juga terhadap penguasa negara dan sesama warga negara. Sekarang tindakan balasan (Reprisal) ini dipakai untuk blockade dan tindakan-tindakan paksaan lainnya, yang diambil oleh suatu negara terhadap negara lain untuk pelaksanaan suatu hak Internasional yang diyakinkannya.
 - 13) Ajaran-ajaran Plato dan Socrates serta Aristoteles yang hidup pada zaman ini tentang Hukum dan Perang. Menurut mereka pertikaian diantara orang Yunani dianggap sebagai penyakit atau salah-paham, bukan suatu perang, sehingga bentrokan-bentrokan diantara sesama Yunani harus dilakukan secara lunak. Sedang pertikaian dengan orang bukan Yunani yang dianggapnya sebagai orang barbar itulah yang dianggap sebagai perang.
- g. **Masa Roma Purbakala.** Pada zaman ini Hukum menempati tempat yang paling penting dari segala hasil-hasil kebudayaan Roma, termasuk memberi sumbangsih sangat penting dalam perkembangan hukum internasional, antara lain:

- 1) Corpus Juris Civilis adalah himpunan hukum perdata Roma dalam suatu Kitab yang dilakukan Kaisar Justinianus dari Byzantinia (527-565 A.D).
- 2) Collegium fetialium yaitu sebuah dewan yang terdiri dari Pendeta-Pendeta istimewa (fetiales) yang dipercaya mengemban tugas penyelenggaraan upacara-upacara keagamaan, sehubungan dengan traktat, perang, kedutaan, ekstradisi dan urusan-urusan Internasional lainnya, termasuk menentukan apakah suatu bangsa asing telah melanggar kewajibannya terhadap Roma. Khusus tentang perang, Dewan ini yang mengkaji bagaimana perang itu dianggap benar dan suci (bellum justum pium). Hal ini melahirkan Konsep perang Adil (bellum justum) yang menjadi salah satu sumbangan terpenting Roma terhadap sejarah hukum internasional.
- 3) Praktek Ratifikasi (Pengesahan Traktat). Pada masa ini di Roma telah malakukan praktek perbedaan antara penandatanganan dan pengesahan (Ratifikasi) terhadap persetujuan Internasional. Namun demikian perunding telah menandatangani suatu perjanjian Internasional dan tkemudian ternyata Senat menolak memberikan pengesahannya maka perjanjian tersebut tidak mengikat Roma secara hukum, dan perunding yang menandatangani persetujuan Internasional itu, dapat diserahkan kepada pihak lain.
- 4) Praktek kekebalan duta-duta
- 5) Perlindungan hukum tanpa diskriminasi terhadap orang asing dan berbeda ras..
- 6) Berbagai istilah hukum Roma menjadi terminology hukum internasional modern, antara lain:

- a) Istilah sertifikasi negara (state servitude) berasal dari kata servitus yang dalam Hukum Roma diartikan hak lalu lintas dan kelonggaran-kelonggaran lainnya yang melekat pada sebidang tanah.
- b) Okupasi (occupation; Pendudukan)
- c) Terra nullus (tanah tak bertuan)
- d) Alluvion (Alluvio), yaitu tambah luas tanah baru didaerah pantai atau tepi sungai besar yang disebabkan penghanyutan oleh air sungai.
- e) Accretion (accessie), yaitu tambahan luas wilayah dengan formasi tanah baru, baik yang disebabkan kekuatan-kekuatan alam seperti timbulnya suatu pulau dalam lingkungan laut wilayah, maupun yang disebabkan oleh karya seni tenaga manusia.
- f) Ius Gentium yang kemudian diterjemahkan dan digunakan sebagai Hukum Bangsa-Bangsa law of nation; droit des gens; Volkerrecht.

Ius Gentium terbentuk dari upaya penyelesaian perkara antara orang-orang asing dengan orang-orang Roma, dan antara orang-orang asing dan orang-orang asing di Roma, serta antara orang-orang Roma dan orang-orang Roma lainnya.

Hukum Alam yang diidentikkan dengan Ius Gentium selaku konsepsi falsafah, dan dapat diterapkan secara universal dan berdasarkan ratio murni manusia turut mempengaruhi perkembangan sejarah hukum internasional. Pemikiran hukum alam ini berasal dari filsafat Yunani yang mempengaruhi perkembangan di Roma, selanjutnya menjadi sumber terpenting Ius Gentium di Roma.

2. Zaman Kerajaan Kerajaan Besar:

Pada masa ini hubungan diplomatik, perdagangan, dan penyelesaian sengketa diantara pemerintah kerajaan-kerajaan besar sangat mempengaruhi perkembangan sejarah perkembangan hukum internasional ke arah konsep hukum yang modern, antara lain:

- a. **Masa Kerajaan Besar Roma** yang meliputi wilayah kerajaan bagian Barat: daerah Latin dan wilayah bagian Timur: Yunani, Asia Kecil dan Balkan Selatan. Sejak Kaisar Theodosius (A.D.395) berkuasa, memberi sumbangan penting dalam sejarah perkembangan hukum internasional terutama dibidang diplomatic dan perjanjian-perjanjian perdamaian. Salah satunya adalah praktek hubungan antara kerajaan (diplomatik) dengan Kerajaan-Kerajaan Islam, dan perjanjian perdamaian yang dibuat tahun 562 oleh Kaisar Justisianus dari Kerajaan Roma – Bynzantium dan Raja Kosroes I dari Kerajaan Islam Persia. Dalam perjanjian ini ditegaskan prinsip perdamaian dan persahabatan diantara mereka serta pengakuan dan perlindungan terhadap kaum pemeluk agama minoritas termasuk larangan mengajak orang beralih agama. Pada saat itu terdapat penduduk lintas kerajaan di kedua kerajaan itu yang berbeda agama.
- b. **Masa Kerajaan Rusia.** Pada saat ini terjadi peperangan antara Kerajaan Rusia dengan Kerajaan Besar disekitarnya. Peperangan ini mendorong dibuatnya perjanjian-perjanjian perdamaian, diantaranya yang dibuat Raja Varangia tentang perampasan kapal perang, penebusan tawanan perang, dan perdagangan budak. Selain itu penyelesaian sengketa juga ditempuh melalui peran Arbitrasi.

c. **Masa Kerajaan Islam.** Sejak masa ini berkembang konsep Perang Jihad (Perang Suci) yang dikenal dalam Hukum Islam. Kalif Abubakar yang wafat tahun 634 menegaskan tindakan-tindakan terpuji yang harus dilakukan dalam peperangan: “Melindungi dan menyelamatkan wanita, anak-anak, orangtua, tidak membasmi pohon-pohonan (enau dan buah-buahan), tidak membakar rumah penduduk, mengambil bahan makanan dan minuman secukupnya dari pihak musuh, memberlakukan tawanan perang dengan belah kasih, pemakaman tawanan perang yang meninggal, dan sebagainya.” Hal ini menjadi salah satu bukti utama bahwa konsep Perang Jihad lebih maju, terutama dalam mendorong pembentukan hukum humaniter internasional.

Juga ketika Sultan Mohammad II menaklukan Kerajaan di Yunani, ditegaskan prinsip kewajiban mentaati setiap perjanjian sampai akhir. Meskipun perjanjian itu dilakukan dengan orang kafir, sepanjang tidak merugikan orang miskin dan membantu orang-orang yang melawan musuh.

d. **Praktek hubungan diplomatic dan perdagangan** diantara kerajaan kecil atau negeri atau kota-kota lainnya juga memperkaya sumbangsih terhadap perkembangan hukum internasional, antara lain:

- 1) Tuntutan Venetia dan Genoa tentang kebebasan laut dengan menuntut navigasi dan penangkapan ikan secara exclusive (tersendiri) masing-masing diluat Adriatik dan laut Liquria.
- 2) Peran Liga Hausa atau Liga Kota Kota Perniagaan, antara lain Hamburg dan Bremen dibidang perdagangan sangat penting.
- 3) Perjanjian-perjanjian perdamaian, gencatan senjata, persekutuan – persekutuan, yang dibuat untuk menyelesaikan sengketa menduduki tempat yang paling utama. Sekaligus menggambarkan maraknya peperangan sebagai jalan menyelesaikan sengketa.

- e. **Intensitas peperangan dan perdagangan antar kerajaan** (juga negeri dan kota) telah mendorong pembetulan prinsip-prinsip hukum internasional, antara lain:
- 1) Prinsip-prinsip penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan melalui: Arbitrasi, Konsiliasi (Conciliation: perantara juru damai), Mediasi (Mediation: Perundingan), Replisal dan Retaliasi yang sah.
 - 2) Pemikiran hukum perdata penyelesaian sengketa yaitu munculnya prakarsa cabang ilmu hukum baru yang kini dikenal dengan hukum perdata internasional, terutama menyangkut pilihan hukum (Choice of Law).
 - 3) Pemikiran rencana perdamaian dunia yang abadi, seperti yang dikemukakan oleh Pierre Dubois (1250 – 1312).
 - 4) Prinsip-prinsip hubungan diplomatik, terutama tentang pengangkatan dan penerimaan Duta-Duta (utusan khusus bersifat sementara) dan Duta Besar (bersifat tetap), dan Asas Repositas (timbang balik). Peran Konsul yaitu: Consul misus diangkat oleh pemerintah negeri asalnya dan Consul electus dipilih oleh anggota masyarakat perkampungan
 - 5) Prinsip-prinsip hukum niaga dan maritim untuk memenuhi kebutuhan perdagangan Barter dan pungutan pajak serta pemberantasan bajak laut.
 - 6) Bangkitnya kembali Doktrin Perang Adil (bellum justum), yang dikaitkan dengan agama Kristen oleh Sint Augustinus. Hal ini dilakukan sebagai upaya menghadapi penolakan Tertulinius. Saat itu Tertulinius menentang partisipasi umat Kristen mendukung dan masuk dinas militer berdasarkan ajaran-ajaran kitab suci.

3. Zaman Negara Modern

Memasuki abad XVII kehidupan masyarakat internasional memulai babak baru dengan subjek utamanya negara – negara modern. Dalam tahapan baru ini hukum internasional semakin konkrit dan berperan semakin penting menjangkau aspek kehidupan antar negara dibidang diplomatik, kerjasama ekonomi dan perdagangan antar negara, peranan lembaga-lembaga internasional, pemberantasan kejahatan internasional, penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan, penegakan hukum humaniter, pemberantasan kejahatan internasional dan kejahatan kemanusiaan yang menjangkau pertanggungjawaban pidana individual. Tersebutlah tiga tonggak sejarah hukum internasional modern dalam pembahasan berikutnya.

- a. **Perjanjian Perdamaian Westphalia 1648.**
Perjanjian perdamaian ini dibahas dan diputuskan dalam sebuah kongres di Munster dan di Osnabruck. Dihadiri oleh sebagian besar kerajaan-kerajaan atau negeri di Eropah. Sehingga dipandang sebagai Kongres pertama Eropah. Agenda utama adalah pembahasan penyelesaian perang (salib) yang telah berlangsung 30 tahun dan semakin meluas mengancam perdamaian dan keselamatan bersama di Eropah. Peperangan yang bernuansa keagamaan atau kekristenan ini dipicu oleh pertentangan antara penganut Kristen yang menolak reformasi beribadah Kristen dengan penganut Kristen yang menerima reformasi tersebut yang dikemukakan oleh Marthen Luther (Lutheranisme) dan Calvin (Calvinisme). Pertikaian ini memunculkan dua aliran besar dalam agama Kristen: Gereja Katolik yang menolak ajaran reformasi dan Gereja Protestan yang menerima reformasi tersebut. Oleh karena itu untuk kelancaran dan kesuksesannya, Kongres diselenggarakan secara bergantian selama 3 tahun lamanya di Munster sebagai kota Katolik dan di Osnabruck sebagai kota Protestan. Meskipun bernuansa keagamaan, perjanjian perdamaian Westphalia

menjadi begitu penting karena memutuskan prinsip-prinsip hukum yang mendorong lahirnya negara-negara modern yang berdaulat dan pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia.

Akhirnya Kongres menyetujui perjanjian perdamaian Westphalia untuk mengakhiri peperangan yang panjang tersebut. Kemudian Prancis dan Swedia dipilih menjadi penjamin perjanjian perdamaian tersebut.

Pokok-Pokok penting dalam Perjanjian Perdamaian Westphalia:

- 1) Anggota: Kerajaan Besar Roma yang berjumlah lebih dari 300, dengan resmi diberi hak untuk mengadakan persekutuan dengan negara-negara lain. Punya hak untuk mengadakan persekutuan dengan negara-negara lain. Punya hak untuk mengadakan perang, asalkan persekutuan itu tidak ditujukan untuk melawan Kaisar atau Kerajaan Besar Roma dan ketertibannya atau memperkosa Perdamaian Westphalia.
- 2) Pengakuan Internasional untuk pertama kalinya terhadap pihak Protestan atau ajaran reformasi Lutheranisme dan Calvinisme. Sehingga pertikaian dengan Pihak Katolik mereda. Sekaligus menegakkan prinsip kebebasan beribadah bagi setiap orang sesuai agama dan kepercayaan yang dianutnya.
- 3) Penegasan prinsip penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan (perang) dan pemberian sanksi berupa tindakan paksa bersenjata bersama terhadap pelanggar perjanjian.
- 4) Hak dan Kewajiban akan prinsip penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan dan pemberian sanksi bersenjata bersama terhadap pelanggar perjanjian mendorong terbentuknya kerjasama internasional dalam satu wadah internasional untuk memelihara perdamaian dan keamanan internasional.

Bahwa Perjanjian Perdamaian Westphalia ini turut memberi pengaruh terhadap terjadinya Revolusi Prancis yang terkait dengan perkembangan hukum internasional, antara lain berupa:

- 1) Deklarasi Hukum Bangsa Bangsa (Declaration du droit des gens) tahun 1795,
- 2) Deklarasi Hak (azasi) manusia dan hak-hak warga negara (Declaration des droits de home et du citoyen) tahun 1789,
- 3) Penghapusan perang-perang penaklukan dan pengutukan serangan-serangan terhadap kemerdekaan bangsa-bangsa lain,
- 4) Pentaatan azas non intervensi.

Revolusi Prancis membuka jalan bagi Napoleon Bonaparte mengambil alih kekuasaan pemerintahan Prancis (1799 – 1815). Selama masa berkuasa Napoleon melalkukan perang penaklukan terhadap pemerintahan negara atau kerajaan-kerajaan disekitarnya. Terutama berhasil menaklukan Kaisar Francis II dari Kerajaan Besar Roma 1806, menyebabkan runtuhnya Kerajaan Besar Roma tersebut. Sehingga ratusan anggota Kerajaan Besar Roma mendapat kedaulatan sepenuhnya menjadi sebuah negara modern yang berciri demokratis. Pada saat perang dengan Inggris, Napoleon melancarkan Blokade Kontinental meliputi wilayah laut disepanjang benua Eropah untuk melumpuhkan jalur laut kapal-kapal niaga Inggris ke daratan Eripah. Blokade ini sebagai balasan terhadap “Blokade Benua Eropah” yang dilancarkan Inggris sejak tahun 1806. Akan tetapi kdua blokade ini dianggap melanggar hukum internasional karena kedua negara tidak cukup efektif melakukan blokade sepanjang perairan yang dikalimnya dan juga merugikan kepentingan negara-negara netral yang tidak turut dalam pertikaian tersebut.

Pada masa ini sangat penting kehadiran hukum kenetralan yang terkait dengan perang, sebagaimana sikap perang Jerman dalam permulaan perangnya dengan Prancis di tahun 1870 yang menyatakan maksudnya untuk melakukan perang, adalah “melawan prajurit Prancis, dan bukan melawan Warganegara Prancis”.⁸ Hukum Kenetralan ini merupakan bagian dari konsep perang yang dikemukakan J.J. Rousseau dalam karyanya *Le Contrat Social* (Kontrak Sosial) 1762, yaitu: “bahwa perang tidak menyangkut hubungan antara orang dengan orang, melainkan hubungan antara Negara dengan Negara, dalam mana individu-individu menjadi musuh hanya secara kebetulan saja, tidak sebagai insane-insan, bahkan tidak sebagai warganegara-warga Negara, melainkan sebagai perajurit-perajurit; pun tidak sebagai anggota-anggota sesuatu masyarakat, melainkan sebagai penjaga-penjaga/pelindung-pelindung masyarakat.”⁹

Pada masa ini pula berkembang mashab naturalis pada tahap lanjutan dan permulaan mashab positivis yang memberi pengaruh tidak langsung pada perkembangan hukum internasional. Mashab Naturalis menganut konsepsi hukum alami, dan mashab Positivis yang mengutamakan traktat-traktat dan hukum kebiasaan, sehingga dengan demikian menempatkan hukum alami dalam kedudukan lebih rendah atau diluar artian hukum yang sesungguhnya, bahkan tidak menghiraukan hukum alami sama sekali. Cara berpikir kaum positivis bersifat lebih yuridis dan lebih erat hubungannya dengan situasi-situasi yang nyata (konkrit), sedang jalan pikiran kaum naturalis bersifat lebih filosofis dan abstrak.

⁸ .Arthur Nussbaum.. hlm 36

⁹ Ibid hlm. 35

Pengaruh yang luas dari konsep hukum alami, terbukti dalam beberapa deklarasi, yaitu:

- 1) Deklarasi Kemerdekaan Amerika Serikat 4 Juli 1776,
- 2) Deklarasi Hukum Bangsa Bangsa (Declaration du droit des gens) tahun 1795,
- 3) Deklarasi Hak (azasi) manusia dan hak-hak warga negara (Declaration des droits de home et du citoyen) tahun 1789,

Juga dalam tulisan-tulisan para pakar sebelumnya seperti:

- 1) Grotius dalam *De jure belli ac pacis*,
- 2) Thomas Hobbes (1588-1679) dalam *Philosophical Rudiments Concerning Government and Sociat* atau *Elementha philosophica*, 1642 dan *Leviathan*, 1651.

Dalam hal ini Hobbes yang pertama-tama menggunakan istilah “*ius gentium*” (hukum bangsa-bangsa), dan menjelaskan, bahwa hukum alami, dan karenanya juga hukum bangsa-bangsa sebagai hukum “Ke-Tuhanan”, karena Tuhan memberikan *ratio* atau budi kepada manusia.¹⁰ Jadi hukum internasional dalam arti luas sebagai hukum bangsa-bangsa juga bersumber dari konsepsi hukum alami.

Selain itu, Aliran Naturalis mengajarkan bahwa tidak ada hukum bangsa-bangsa (*ius gentium*: hukum internasional) yang berdiri sendiri secara bersandar atas kesepakatan umum antar bangsa-bangsa, melainkan ia merupakan bagian daripada hukum alami, yang berlaku universal. Hukum alami merupakan hukum yang meliputi sehimpunan asas-asas yang dipungut manusia melalui akal-pekerti yang murni (*right reason*;

¹⁰ Ibid hlm.45

zuivere rede). Aturan-aturan kebiasaan yang berlaku dalam perhubungan bangsa-bangsa hanya mengikat apabila selaras dengan hukum alami. Ini berarti pada hakekatnya bahwa daya-ikat norma-norma hukum bangsa-bangsa didasarkan kepada hukum alami.¹¹

b. **Perjanjian Perdamaian Wina 1815.** Kongres Wina ini diselenggarakan untuk memadamkan api perang yang disulut Napoleon terhadap negara-negara penaklukkannya. Sekaligus merupakan akhir dari masa pemerintahan Napoleon berkuasa di Perancis. Dokumen Akta Final-Final di tandatangi pada 9 Juni 1815 oleh wakil-wakil dari Austria, Perancis (France), Inggris (Great Britain), Portugal, Rusia dan Swedia. Dalam Akte Final diatur beberapa aspek penting dari masalah-masalah umum Hukum Internasional antara lain:

- 1) Ditetapkan asas pelajaran bebas terhadap sungai-sungai Internasional.
- 2) Pemberantasan perdagangan internasional budak belian.
- 3) Jabatan-Jabatan Diplomatik yang masih bertahan sampai sekarang yaitu:
 - a) Duta Besar-Duta Besar (uncios adalah wakil Vatikan).
 - b) Duta (menteri berkuasa penuh dan duta luar biasa).
 - c) Kuasa usaha (tetap).
- 4) Holy Alianci: Austria, Inggris, Prusia, Rusia dan Perancis, sebagai pakta pertahanan menghadapi musuh anggota pakta. Dalam hal ini membantu Perancis dalam perang melawan Spanyol tahun 1808. Sehingga mendorong koloni-koloni Spanyol di Amerika Latin merdeka.

¹¹ Ibid hlm.29

5) Praktek Prinsip Non-Intervensi. Persekutuan Suci ini tidak melanjutkan keingiannya memulihkan kembali kekuasaan Spanyol di bekas koloni-koloni Spanyol yang sudah merdeka Amerika Latin. Hal ini disebabkan politik non intervensi terhadap benua Amerika yang diumumkan Presiden Amerika Serikat Monroe di Kongres 1823. Sehingga dikenal dengan Doktrine Monroe. Selain itu, Doktrine Monroe ditujukan juga terhadap tuntutan Russia yang ingin melakukan kolonisasi terhadap wilayah selatan Alaska di benua Amerika. Demikian Doktrine ini menegaskan: bahwa sesuatu usaha dipihak negara-negara sekutu (maksudnya, anggota-anggota persekutuan suci) untuk menanamkan sistem kekuasaan mereka dibagian wilayah amanapun dibenua Amerika akan dianggap sebagai bahaya bagi keamanan Amerika Serikat, dan bahwa Amerika Serikat akan menganggap setiap intervensi oleh sesuatu negara Eropah, yang maksudnya menindas negara-negara baru di Amerika atau menguasai nasib negara-negara ini dengan cara apapun juga, sebagai "manifestasi suatu sikap yang tidak bersahabat terhadap Amerika Serikat". Bahwa wilayah-wilayah dibenua Amerika tidak lagi untuk dianggap sebagai wilayah-wilayah yang dapat ditundukkan oleh negara-negara Eropa manapun untuk maksud kolonisasi dimasa depan.

Nampak Doktrine Monroe dimaksudkan untuk mencegah pertikaian-pertikaian di Eropa merambah benua Amerika, sekaligus menjagah keutuhan kesatuan nasional negara federal AS yang warga negaranya berasal dari negara-negara Eropa yang terlibat perang satu terhadap yang lain di Eropa. Saat itu AS sedang mengalami masalah keutuhan nasional yang dipicu persoalan pro-kontra perbudakan yang kemudian menyebabkan meletusnya perang saudara. Keberadaan penduduk AS yang berasal

dari negara-negara berbeda di Eropah secara turun temurun hidup terpisah-pisah dalam koloni yang mereka bangun masing-masing, mendorong AS selalu enggan melibatkan diri dalam pertikaian-pertikaian di Eropa. Sehingga mau tak mau menerapkan prinsip non intervensi demi keutuhan persatuan dan kesatuan nasionalnya. Oleh karena itu, AS terlibat Perang Dunia Pertama karena kepentingan nasionalnya telah terancam dimana Kapal Selam Jerman yang sedang berperang dengan Armada Inggris telah mengancam, menyerang dan meneggelamkan Kapal-Kapal Niaga AS. Juga terlibat dalam Perang Dunia Kedua karena serangan pesawat tempur Jepang ke pangkalan militer AS di Pearl Harbor. Jepang merupakan sekutu Jerman yang saat itu juga mulai menyulut sumbu api perang dunia kedua dengan menyerang negara-negara Eropah lainnya.

Selain karena tidak ada satupun negara yang menentangnya, juga Doktrine Monroe memperlihatkan efektifitas keberlakuannya terhadap ekspedisi militer Kaisar Napoleon ke Mexico saat Amerika Serikat di landa perang saudara, dimana Napoleon menarik kembali pasukannya setelah berakhirnya perang saudara tersebut.

Perkembangan berikutnya Doktrine Monroe mendapat pengakuan juga dalam Piagam Liga Bangsa Bangsa (Covenant of the League Of Nations) tahun 1919 sebagaimana dijelaskan dalam pasal 21, bahwa Piagam LBB tidak mempengaruhi kekuatan berlakunya permufakatan-permufakatan internasional, seperti perjanjian arbitrase atau "kebijakan-kebijakan regional" (regional understandings) seperti Doktrine Monroe, guna menjamin pemeliharaan perdamaian.

c. Perjanjian Versailles Tahun 1919.

Untuk mengakhiri Perang Dunia I, negara-negara yang terlibat perang mengadakan yaitu Negara-Negara Sekutu dengan Jerman, mengadakan perjanjian perdamaian di Versailles tahun 1919, dan berlaku efektif tanggal 10 Januari 1920. Inggris dan AS berperan sangat penting dalam pembahasan-pembahasan. Gagasan Presiden AS Wilson tentang pendirian sebuah Liga Bangsa Bangsa yang bertanggungjawab akan pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional mendapat sambutan luar biasa, sehingga disetujui pendirian Liga Bangsa Bangsa sebagaimana yang ditegaskan dalam Piagam Liga Bangsa Bangsa (Covenant of the League Of Nations) tahun 1919. Liga ini terdiri dari dua badan utama:

- 1) Majelis (Assembly), yang memegang kekuasaan legislative menyelenggarakan sidang-sidang umum tahunan bagi semua anggota liga.
- 2) Dewan (Council), yang memegang kekuasaan eksekutif dengan kewajiban melaksanakan keputusan-keputusan Majelis (Assembly). Dewan ini terdiri dari delapan sampai lima belas negara yang dipilih oleh Majelis (Assembly).

Ide Presiden Wilson ini mirip dengan liga negara-negara federal AS pada sistem awal pemerintahan Konfederasi Amerika Serikat . Pada masa awal kemerdekaannya yang diproklamkan pada tanggal 4 Juli 1776, belum terbentuk pemerintah pusat AS setidaknya belum terpilih seorang Presiden pemegang kekuasaan eksekutif.

Pada awalnya kemerdekaannya antara tahun 1781-1789 Amerika Serikat menerapkan sistem konfederasi. Saat itu pemerintah pusat Amerika Serikat berbentuk liga yang beranggotakan seluruh negara bagian sebanyak tiga belas negara bagian. Berdasarkan Articles of Confederation pemerintah pusat Amerika Serikat ada ditangan Kongres. Kongres terdiri dari delegasi delegasi yang ditunjuk

setiap tahun oleh negara bagian – negara bagian melalui persetujuan legislatif masing-masing negara bagian. Setiap negara bagian mempunyai hak dan kedudukan yang sama tanpa membedakan populasi atau potensi kekayaan alamnya. Sehingga masing-masing negara bagian mempunyai satu suara di Kongres. Setiap keputusan Kongres memerlukan persetujuan minimal sembilan suara negara bagian. Setiap tahun anggota Kongres memilih salah satu diantara mereka menjadi Ketua yang berfungsi sebagai moderator. Ketua Kongres hanya merupakan Presiden Kongres, bukan Presiden Amerika Serikat. Masa itu belum ada seorangpun yang dipilih atau diangkat sebagai Presiden terhadap tiga belas negara bagian yang masih mempertahankan kedaulatannya masing-masing. Meskipun mereka telah bersama-sama menyatakan kemerdekaan Amerika Serikat sebagai satu negara merdeka. Negara Amerika Serikat yang mereka nyatakan sebagai negara merdeka saat itu belum berdaulat karena kedaulatan masih dipertahankan oleh masing-masing negara bagian tersebut.

Selanjutnya Kongres membentuk Komite-Komite untuk menangani masalah-masalah Eksekutif dan Yudisial. Kemudian Kongres juga menunjuk pejabat-pejabat sipil yang dibutuhkan.

Terdapat tiga ciri konfederasi Amerika Serikat berdasarkan Articles of Confederation, yaitu:

1. Pengakuan terhadap kedaulatan negara bagian-negara bagian yang lengkap dan tidak dapat diganggu-gugat. Oleh karena itu Kongres sebagai pemerintah pusat/ nasional tidak berhubungan langsung dengan individu atau penduduk, melainkan terbatas berhubungan dengan negara bagian dalam kapasitas sebagai anggota aliansi dalam Kongres.
2. Pemerintah pusat berbentuk organ tunggal yang disebut Kongres yang beranggotakan delegasi-delegasi dari masing-masing negara bagian.

3. Pembatasan kekuasaan pemerintah pusat/nasional, yaitu hanya kekuasaan disebutkan secara tegas dan jelas diberikan oleh tiga belas negara bagian, yang menjadi kekuasaan pemerintah pusat/nasional. Pada awalnya terdaftar sembilan belas kekuasaan yang diberikan kepada Kongres sebagai pemerintah pusat/nasional, diantaranya adalah kekuasaan untuk menentukan perdamaian dan perang, mengutus dan menerima duta besar, membuat perjanjian, menetapkan standard berat dan ukuran, mengatur campuran dan nilai, mengatur perdagangan dan mengelola urusan-urusan dengan orang Indian, mendirikan Kantor Pos, meminjam uang, membangun dan melengkapi Angkatan Laut, menyetujui besarnya kekuatan angkatan darat dan membuat permintaan kuota bagi beberapa negara bagian. Ketiga belas negara bagian tersebut tidak memberikan kepada Kongres sebagai pemerintah pusat/nasional kekuasaan untuk mengatur perdagangan dan kekuasaan untuk memungut pajak. Kongres sebagai pemerintah pusat/nasional diberi kekuasaan untuk mengatur keuangannya. Tetapi Negara bagian tidak diharuskan mengabulkan permohonan keuangan yang diajukan Kongres. John Adams menggambarkan pemerintahan sistem konfederal ini sebagai perwakilan pusat dari suatu aliansi, suatu majelis diplomasi.¹² Sedang Sayes Allum menyebutnya sebagai “firm league of friendship”.¹³

¹² Sayes Allums. Principles of American Government... hlm. 17

¹³ Ibid hlm, 16

Dalam perkembangannya, Liga Bangsa Bangsa berperan besar dalam lahirnya beberapa perjanjian sehubungan dengan Pasal 231 Piagam Liga terkait tanggungjawabnya terhadap peristiwa perang dan akibat-akibat yang ditimbulkannya, terutama:

- 1) Pakta Locarno, 1925 dan Pakta Kellogg – Briand 1928. Kedua pakta ini mendorong para pihak menerima prinsip non-intervensi dan non Agresi, penyelesaian sengketa secara damai, dan menghapuskan perang sebagai alat politik nasional. Demikian dalam Pakta Locarno Tahun 1925: Perancis, Jerman dan Belgia berjanji bersama-sama untuk menjalankan politik non Agresi. Sedang dalam Pakta Kellogg Briand (Menteri Luar Negeri Amerika Serikat dan Menteri Luar Negeri Perancis) ditegaskan:

“Negara-Negara penandatanganan Pakta menghapuskan perang sebagai alat politik nasional dalam hubungan-hubungan antara mereka dan mereka berjanji untuk mencari penyelesaian persengketaan-persengketaan hanya dengan cara damai”.

- 2) Praktek Ekstradisi (penyerahan) pelaku kejahatan perang yang dilakukan Jerman untuk diajukan kemuka pengadilan, yaitu: penyerahan Kaisar Jerman Wihelm II kepada Negara Sekutu pemenang perang untuk diadili.
- 3) Praktek pemenang perang menuntut gantirugi dan mengadili pihak kalah perang yang melakukan kejahatan perang.
- 4) Praktek negara kalah perang yang melakukan tindakan agresi atau yang memulai serangan yang menimbulkan perang dipandang sebagai pelaku kejahatan perang.
- 5) Praktek kejahatan perang berupa pelanggaran-pelanggaran terhadap hukum perang dan kebiasaan perang, atau kejahatan-kejahatan terhadap warganegara pemenang perang.

- 6) Praktek peradilan nasional mengadili pelaku kejahatan perang, yaitu peradilan nasional Jerman dipercayakan oleh negara pemenang perang untuk mengadili pelaku kejahatan perang yang dilakukan warganegara Jerman.
- 7) Pembentukan Mahkamah Tetap Internasional (Permanent Court of International Justice). Pertama kali dibentuk sebuah pengadilan tetap untuk menyelesaikan sengketa antar negara secara hukum. Dalam Pasal 12 Piagam LBB ditegaskan upaya penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan melalui: Arbitrasi, Mahkamah Tetap, dan Dewan LBB.

Pengertian kejahatan perang terutama agresi, pertanggungjawaban pidana individual/perorangan pelaku kejahatan perang, dan peran pengadilan mengadili pelaku kejahatan perang tersebut di atas, tidak cukup efektif mencegah Jerman beserta negara lainnya untuk melakukan kejahatan serupa dalam perang dunia kedua. Namun menjadi preseden peradilan kejahatan-kejahatan perang oleh Mahkamah Militer Internasional Nuremberg dan Tokyo setelah perang dunia II berakhir. Preseden mana dilanjutkan oleh beberapa peradilan ad hoc, dan kemudian menjadi yurisdiksi peradilan pidana internasional – ICC berdasarkan Statuta Roma 1998.

Selain itu, LBB juga berperan besar melaksanakan berbagai pertemuan internasional yang menghasilkan beberapa konvensi seperti:

- 1) Konvensi Jenewa 1930 yang merupakan hasil revisi terhadap Konvensi Den Haag 1910 dan 1912 tentang wesel dan cek.
- 2) Konvensi Jenewa 1923 dan 1927 tentang Arbitrasi dibidang perdagangan.
- 3) Konvensi Jenewa 1929 tentang pemberantasan pemalsuan uang.

- 4) Konvensi Jenewa 1923 tentang Pengaturan Kereta Api Internasional.
- 5) Konvensi Paris 1919 tentang Navigasi Udara yang menyerahkan dibawah pengawasan LBB.
- 6) Konvensi 1923 tentang Penindasan penyebaran dan perdagangan publikasi-publikasi cabul, dan perubahan konvensi-konvensi tentang candu, perbudakan, dan perdagangan wanita dan anak-anak.

Bahwa pembentukan Mahkamah Tetap Internasional (Permanent Court of International Justice) tersebut di atas dimaksudkan agar negara-negara yang bersengketa meniggal perang sebagai cara menyelesaikan sengketa, lalu menempuh penyelesaian sengketa secara hukum kepada pengadilan ini. Tidak ada pembatasan jenis sengketa yang dapat diajukan termasuk sengketa-sengketa yang dapat dan telah menimbulkan konflik bersenjata. Sekaligus dimaksudkan juga untuk mengadili dan menghukum pelaku kejahatan perang yang menimbulkan korban jiwa manusia yang tak berdosa secara massal. Hal ini dilakukan sesuai maksud ketentuan pasal 227 Perjanjian Perdamaian Versailles, dan hasrat sejumlah ahli hukum terkemuka: Versasien Pella, Donnediy de Vebres, Quintiliano Saldana, didukung oleh The International Law Association The American Society of International Law, dan The International Parliamentary Union. ¹⁴

Akan tetapi yurisdiksi Mahkamah yang terbatas hanya menjangkau semua perkara yang diajukan kepadanya atas persetujuan pihak-pihak yang bersengketa menjadi kendala utama pengadilan berperan aktif dan efektif mendukung tugas dan tanggungjawab LBB menjaga dan memelihara perdamaian dan keamanan internasional.

¹⁴ Romli Atmasasmitaa, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Cetakan Revisi 2000, Penerbit Refika Aditama Bandung, hlm. 4.

Akhirnya Mahkamah Tetap ini mengiringi kegagalan Liga Bangsa-Bangsa menghentikan agresi Jepang ke Tiongkok (1931), agresi Italia pimpinan Fascic diktator Mussolini di Abesinia (1934) dan agresi Jerman pimpinan NAZI diktator Hitler ke Austria, Cekoslowakia dan Polandia (1939) yang secara langsung menyulut meletusnya Perang Dunia II yang dahsyat.

d. Perjanjian Perdamaian San Fransisco 1945.

Ternyata agresi Jepang ke Tiongkok (1931), agresi Italia pimpinan Fascic diktator Mussolini di Abesinia (1934) dan agresi Jerman pimpinan NAZI diktator Hitler ke Austria, Cekoslowakia dan Polandia (1939) yang secara langsung menyulut meletusnya Perang Dunia II telah menimbulkan jatuhnya jutaan korban manusia tanpa pandang bulu. Begitu juga serangan udara Jepang ke pangkalan militer AS di Pearl Harbour 1941 yang memaksa AS terlibat perang. Saaat itu AS cenderung mempertahankan sikap tidak terlibat dalam peperangan di Eropa sesuai jiwa Doktrine Monroe 1823. Akhirnya pemboman kota Nagasaki dan Hiroshima di Jepang yang dahsyat itu meruntuhkan nyali perang pihak Jepang, Jerman, dan Italia, lalu menyerah kepada negara sekutu pemenang perang: AS, Inggris, Perancis, dan Rusia.

Kemudian Franklin D. Roosevelt, Presiden Amerika Serikat dengan pemimpin negara pemenang perang dunia II lainnya (1939 – 1945) mengadakan Konferensi San Francisco yang memutuskan: Pembentukan PBB dan Mahkamah Internasional beserta Piagam PBB dan Statuta Mahkamah Internasional sebagai badan peradilan utama dari PBB. Dalam pasal 2 ayat 3 & 4 Piagam PBB ditegaskan prinsip penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan. Sedang bentuk-bentuk damai yang dimaksud dilakukan dengan jalan: perundingan, penyelesaian menurut hukum, permufakatan, perwasitan, penyelidikan menurut

hukum, melalui badan-badan atau persetujuan setempat, atau dengan cara damai lainnya yang dipilih sendiri. Lebih khusus lagi disebutkan jalan penyelesaian damai melalui “perundingan” merupakan upaya damai pertama-tama yang ditempuh (Pasal 40). Tindakan-tindakan kekerasan yang dapat ditempuh hanya dengan alasan: pembelaan diri atau self defence menurut Pasal 51 dan Pasukan Perdamaian PBB untuk pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional menurut Bab VII. Dalam Pasal 39 disebutkan tiga macam tindakan pelanggaran internasional yang dapat menjadi alasan Dewan Keamanan memanggil, membentuk dan memerintahkan Pasukan Perdamaian PBB yang merupakan pasukan multilateral mengambil tindakan-tindakan paksa militer terhadap suatu negara atau kelompok bersenjata lainnya:

- a. ancaman terhadap perdamaian,
- b. pengacauan terhadap perdamaian,
- c. tindakan agresi.

Ketidakmampuan LBB menggalang kekuatan militer bersama membentuk suatu pasukan perdamaian yang kuat dan efektif, kegagalan mana lebih disebabkan keengganan AS menjadi anggota PBB walaupun Presiden Wilson mengambil peran penting, menjadi pengalaman berharga. Hal ini membuka jalan bagi AS memulai babak baru dalam peran dan politik luar negerinya. Dimana AS mulai meninggalkan politik non intervensi sesuai makna Doktrine Monroe bergeser kearah kebijakan politik intervensi melalui PBB dengan alasan-alasan pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional. Bahkan perkembangan berikutnya juga dengan alasan-alasan penegakan demokrasi dan perlindungan HAM.

Konperensi San Fransisco 1945, juga sejalan dengan upaya-upaya negara-negara sekutu pemenang perang untuk menegakkan hukum perang bagi penjahat perang dari negara kalah perang. Sebelum perang dunia kedua berakhir dikalangan negara-negara sekutu: AS, Inggris, Perancis dan Rusia sudah terdapat hasrat bersama untuk mengajukan para penjahat perang kemuka pengadilan. Ketika itu yang dianggap penjahat perang adalah aparat pemerintah dan militer yang melakukan agresi terhadap negara lainnya, yaitu: agresi Jepang ke Tiongkok (1931), agresi Italia pimpinan Fascic diktator Mussolini di Abesinia (1934) dan agresi Jerman pimpinan NAZI diktator Hitler ke Austria, Cekoslowakia dan Polandia (1939), juga serangan udara Jepang ke pangkalan militer AS di Pearl Harbour 1941. Sehingga agresi diartikan sebagai serangan militer yang pertama kali dilakukan suatu negara terhadap negara lainnya yang menyebabkan terjadinya perang. Untuk itulah dibentuk dua pengadilan militer ad hoc, yaitu: the International Military Tribunal (IMT) yang berkedudukan di Nuremberg; dan the International Military Tribunal for the Far East (IMTFE) yang berkedudukan di Tokyo:

1) Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Nuremberg (Tribunal Nuremberg).

Mahkamah Militer Internasional di Nuremberg ini dibentuk berdasarkan London Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, tanggal 8 Agustus 1945 yang ditandatangani oleh Amerika, Inggris, Uni Sovyet dan Perancis selaku pihak sekutu pemenang perang dunia kedua. Piagam Mahkamah yang dikenal dengan nama The Charter of The International Military Tribunal at Nuremberg menjadi lampiran kelengkapan London Agreement tersebut.

Dalam pasal 6 piagam Mahkamah ditegaskan, bahwa Mahkamah dibentuk untuk mengadili dan menghukum pelaku kejahatan perang yang dilakukan selama perang dunia kedua, terutama negara Jerman yang kalah perang.

London Agreement merupakan puncak dari pertemuan di Istana St. James, London 1942 yang menghasilkan Deklarasi St. James 13 Januari 1942 dan pertemuan Moskow, 1943 yang melahirkan Deklarasi Moskow 30 Oktober 1943. Kedua pertemuan tersebut membahas keganasan perang yang dilakukan Jerman secara diluar batas-batas kemanusiaan yang beradab sehingga menimbulkan banyak korban penduduk sipil yang tidak berdosa, seperti di negara-negara yang didudukinya: Belgia, Belanda, Perancis, Yunani, Luxemburg, Norwegia, Polandia, dan Yugoslavia.

Dalam deklarasi St. James, 13 Januari 1942 ditegaskan antara lain:

- a) Kekejaman Jerman terhadap penduduk sipil melanggar Hukum Perang.
- b) Kejahatan Politik Jerman bertentangan hukum bangsa-bangsa yang beradab.
- c) Meminta pertanggungjawaban pelaku kejahatan perang.
- d) Mencari, mengadili dan menghukum pelaku kejahatan perang yang bersalah tanpa membedakan kewarganegaraan.

Dalam deklarasi Moskow, 30 Oktober 1943 dinyatakan antara lain: "Perwira Jerman dan anggota NAZI yang terlibat (menyetujui atau mengizinkan) terjadinya kekejaman dan kejahatan dalam perang akan dikirim ke negara-negara para korban untuk diadili dan dihukum berdasarkan hukum nasional korban."

Terhadap kasus-pelanggaran berat (major criminal) yang tidak jelas lokasi peristiwa dan pelaku yang harus bertanggungjawab, akan diselesaikan kedalam suatu keputusan bersama negara-negara sekutu.

Selain itu dibentuk juga Komisi Kejahatan Perang (War Crimes Commission) yang beranggotakan 17 negara dan berkedudukan di London dengan tugas menyelidiki kejahatan perang yang terjadi selama perang dunia kedua.

Dalam pasal 6 Piagam Mahkamah diatur yurisdiksi Mahkamah yang meliputi:

- a) Crimes against peace;
- b) War crimes;
- c) Crimes against humanity;

Pelaku kejahatan akan dimintakan pertanggung-jawaban secara individual di hadapan mahkamah. Berdasarkan pasal 7 Jabatan dalam pemerintahan negara para pelaku baik sebagai kepala Negara dan pemerintahan atau jabatan-jabatan lainnya tidak dapat dijadikan alasan untuk membebaskan atau meringankan hukuman para pelaku yang bersalah. Dalam pasal 8 diatur alasan perintah atasan tidak dapat membebaskan pelaku dari pertanggung-jawaban pidana tetapi kenyataan ini dapat dijadikan alasan meringankan hukuman.

Kemudian pasal 9 menyatakan mahkamah dapat menyatakan sebuah organisasi sebagai organisasi kriminal, manakala anggota-anggotanya dinyatakan bersalah melakukan kejahatan. Selanjutnya pasal 12 memungkinkan dilakukannya peradilan in absentia bila dianggap perlu oleh Mahkamah.

Mahkamah Nuremberg ini beranggotakan 4 orang hakim beserta calon penggantinya masing-masing bilamana berhalangan (dan 4 orang chief prosecutor). Mereka ditetapkan oleh negara penandatangan yaitu Inggris, Perancis, Amerika Serikat dan Uni Sovyet. Berdasarkan pasal 4 Piagam, Quarum Sidang ditentukan oleh keempat orang hakim/anggota majelis. Pimpinan sidang dipilih dari keempat anggota majelis hakim dan mempunyai suara yang menentukan bilamana terdapat suara berimbang dalam pengambilan putusan secara voting. Tetapi prinsipnya keputusan diambil berdasarkan suara terbanyak.

Berdasarkan pasal 26, Setiap putusan harus memuat alasan-alasan bersalah atau tidak bersalah terhadap terdakwa. Artinya kesalahan terdakwa harus diungkapkan dalam persidangan dan putusan. Putusan bersifat final dan tidak dapat dimohonkan peninjauan kembali.

Pasal 27 menegaskan kewenangan mahkamah menjatuhkan putusan hukuman mati atau hukuman lainnya demi keadilan. Sesuai catatan, Mahkamah Nuremberg telah menghukum 12 orang terdakwa dengan hukuman mati, 3 orang dengan hukuman penjara seumur hidup, 4 orang dengan hukuman penjara yang bervariasi lamanya dan membebaskan 3 orang yang dinyatakan tidak bersalah. Selain itu juga menyatakan 6 organisasi sebagai organisasi yang melakukan tindak kriminal dan membebaskan 2 organisasi lainnya.

Diantara pejabat pemerintahan dan organisasi (Nazi) Jerman yang telah diadili adalah: Goering, Von Ribbentrop, Keitel (Menteri Pertahanan), Rosenberg, Saukel (Menteri Perumahan), Jenderal Jodi (Ketua Gabungan Kepala Staff Jerman).

Dalam putusannya tersebut jelas sekali Mahkamah menegakkan prinsip pertanggungjawaban pidana individual terhadap para pelaku kejahatan meskipun mereka adalah pejabat pemerintahan atau negara, dengan pertimbangan utama:

"Kejahatan terhadap hukum internasional dilakukan oleh manusia, bukan oleh kesatuan-kesatuan abstrak. dan hanya dengan menghukum individu-individu yang melakukan kejahatan demikian, ketentuan-ketentuan hukum internasional dapat dijalankan."

Pilihan tempat Mahkamah bersidang adalah di Nuremberg yaitu, Benteng dari national socialism dimana pimpinan Nazi Hitler menyelenggarakan pertemuan akbar tahunan.

2) Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Tokyo (Tribunal Tokyo)

Tribunal Tokyo dibentuk berdasarkan deklarasi Jenderal Mac Arthur selaku Panglima Tertinggi Tentara Sekutu yang menyatakan pembentukan Mahkamah Militer Internasional untuk Timur Jauh (Internasional Military Tribunal for the Far East) pada tanggal 19 Januari 1946, untuk mengadili pelaku kejahatan perang di Timur Jauh.

Kewenangan Jenderal Mac Arthur membentuk Tribunal Tokyo berdasarkan pendelegasian wewenang dari Komisi Timur jauh yang merupakan sub komisi dari komisi kejahatan perang yang beranggotakan 17 negara dan berkedudukan di London. Sub komisi untuk Timur Jauh ini dibentuk atas permintaan China pada tahun 1944.

Selain itu pembentukan Tribunal Tokyo didasarkan pada hasil Konperensi Tingkat Tinggi negara sekutu yang juga dihadiri Presiden RRC yang menghasilkan Perjanjian Postdam 26 Mei 1945 dimana antara lain dinyatakan penyerahan Jepang tanpa syarat.

Pada dasarnya Charter Tribunal Tokyo mencontoh pada Charter Tribunal Nuremberg, terkecuali pada susunan majelis hakim dan penuntutnya. Mahkamah Tokyo terdiri dari 11 anggota majelis hakim, dan sidang sah (quorum) bilamana dihadiri 6 orang hakim. Serta hanya terdapat 1 orang Chief prosecutor. Putusan diambil berdasarkan suara terbanyak. Sesuai catatan, Mahkamah Tokyo telah menghukum 7 orang terdakwa dengan hukuman mati, 16 orang dengan hukuman penjara seumur hidup dan 2 orang dengan hukuman penjara yang lamanya bervariasi.

Salah satu pejabat negara yang telah dijatuhi hukuman adalah Jenderal Tojo (Perdana Menteri).

Disamping pengadilan militer di Nuremberg dan Tokyo pasca Perang Dunia II, langkah penuntutan yang bersifat Nasional atas dasar Control Council Law No. 10, juga terjadi di Republik Federal Jerman, Canada, Perancis dan Israel. Australia dan Inggris juga melakukannya sekalipun hanya satu orang yang diadili.¹⁵

Bahwa putusan kedua pengadilan pidana internasional ad hoc Nuremberg dan Tokyo tersebut di atas, setidaknya mengungkapkan beberapa fakta yang menjelaskan:

¹⁵ Ibid hlm.5

- a. Meskipun kejahatan agresi belum dirumuskan sebagai jenis kejahatan kemanusiaan yang berat yang termasuk yurisdiksi ICC, namun pelaku kejahatan ini tetap dapat diadili melalui suatu peradilan ad hoc sebagaimana pernah dilakukan ketika mengadili dan menghukum para pelaku kejahatan agresi di masa perang dunia kedua.
- b. Penelitian terhadap konsepsi kejahatan agresi dalam literature dan praktek penegakan hukum terhadap para pelaku kejahatan agresi di masa lalu, dapat memberikan gambaran prediktif yang objektif dan lengkap terhadap perumusan kejahatan agresi yang menjadi yurisdiksi ICC di masa datang.
- c. Kejahatan HAM berat dalam perang dunia kedua meliputi:
 - i) Crimes against peace (Kejahatan terhadap perdamaian);
 - ii) War crimes (Kejahatan perang);
 - iii) Crimes against humanity (Kejahatan terhadap kemanusiaan);
- d. Kejahatan Agresi terhisap ke dalam yurisdiksi kejahatan perang;
- e. Penerapan sistem pertanggungjawaban pidana individual terhadap pejabat negara atau pemerintahan yang terlibat.
- f. Alasan perintah atasan tidak dapat dijadikan alasan meniadakan hukuman, tetapi dapat menjadi alasan meringankan hukuman.
- g. Penghukuman terhadap organisasi sebagai organisasi criminal yang aggotanya terbukti melakukan kejahatan.
- h. Penerapan asas Retroaktif.

Selanjutnya diselenggarakan berbagai pertemuan internasional yang mengarah pada penegakan hukum terhadap pelaku kejahatan kemanusiaan yang terkait

dengan perang dan konflik bersenjata lainnya melalui suatu peradilan tetap internasional, diantaranya:

a. Dalam Konferensi Diplomatik di Jenewa 1949, disepakati 4 Konvensi yang dikenal dengan Konvensi Jenewa 1949 yaitu :

1) Konvensi Jenewa 1949 tentang Perbaikan Keadaan Anggota Angkatan Perang yang Luka dan Sakit di Medan Pertempuran Darat. Keputusan ini merupakan hasil peninjauan kembali dari Konvensi Jenewa tanggal 27 Juli 1929 – untuk pertolongan kepada yang luka dan sakit di medan pertempuran darat.

2) Konvensi Jenewa 1949 tentang Perbaikan Keadaan Angkatan Perang di Laut yang Luka, Sakit dan Korban Karam.

Keputusan ini merupakan hasil peninjauan kembali Konvensi Den Haag ke-X tanggal 18 Oktober 1907 mengenai Penyesuaian Azas-Azas Konvensi Jenewa dari 1906 kepada peperangan di laut.

3) Konvensi Jenewa 1949 tentang Perlakuan Terhadap Tawanan Perang. Keputusan ini merupakan hasil peninjauan kembali Konvensi Jenewa tanggal 27 Juli 1929 mengenai Perlakuan Tawanan Perang.

4) Konvensi Jenewa 1949 tentang Perlindungan Orang-orang Sipil di Waktu Perang.

Keputusan ini merupakan suatu konvensi yang baru bagi orang-orang sipil yang memerlukan perlindungan di waktu perang mengingat suatu kenyataan justru orang-orang sipil yang lebih banyak menjadi korban perang dan konflik bersenjata lainnya.

Selanjutnya Konvensi Jenewa 1949 dilengkapi dengan Protokol Tambahan I dan II Tahun 1977.

e. Pembentukan peradilan adhoc untuk mengadili pelaku kejahatan kemanusiaan dalam situasi perang atau konflik bersenjata, beserta komisi penuntutnya, yaitu:

- 1) the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) di Den Haag; dan the Commision of Expert Established Pursuant to Security Council Resolution 780, yang menginvestigasi pelanggaran hukum humaniter di bekas negara Yugoslavia;
- 2) the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) di Arusha, dan the Independent Commission of Experts Established in Accordance With Security Council Resolution 935, The Rwanda Commission, yang menginvestigasi pelanggaran yang dilakukan selama perang saudara (Civil War) di Rwanda.

f. Konperensi Roma 1998 atau UN Diplomatic Conference of Penipotentiaris on the Establishment of an International Criminal Court yang diselenggarakan di Roma pada tanggal 15 Juni – 17 Juli 1998 telah diputuskan dan ditanda tangani statuta pembentukan Pengadilan Pidana Internasional yang tetap kemudian dikenal dengan **The Rome Statute of International Criminal Court, UN. Doc. A / Conf. 183/9 (July 17, 1998).**

Pengadilan Pidana Internasional ini merupakan pengadilan komplementari atau pelengkap peradilan dan hukum (pidana) nasional negara-negara untuk mengadili pelaku kejahatan kemanusiaan yang menjadi yurisdiksi ICC, yaitu:

- 1) The Crime of Genocide
- 2) Crime Against Humanity
- 3) War Crimes
- 4) The Crimes of Aggression

Sebagai pengadilan komplementari, ICC wajib melaksanakan penegakan hukum terhadap kejahatan kemanusiaan manakala pengadilan pidana nasional suatu negara sungguh-sungguh (*genuinely*) tidak berkemauan (*unwillingness*) sesuai pasal 17 (2) atau tidak berkemampuan (*inability*) sesuai pasal 17 (3) statuta untuk melaksanakan yurisdiksi pidananya terhadap para pelaku kejahatan kemanusiaan yang diatur dalam pasal 5 statuta Roma 1998.

Sebagaimana disyaratkan pasal 126 Statuta, sejak mendapat ratifikasi 60 negara pada tanggal 11 April 2002, Statuta ICC ini mulai berlaku sah, sehingga menjadi kewajiban internasional bagi ICC dan negara – negara termasuk Indonesia untuk melakukan penegakan hukum terhadap pelaku kejahatan kemanusiaan.

Namun demikian, pelaksanaan kewajiban internasional tersebut dapat mengalami kendala serius dengan belum dirumuskannya kejahatan Agresi (*The Crime of Aggression*) sebagai kejahatan yang termasuk yurisdiksi ICC, apalagi telah lewat waktu 7 (tujuh) tahun sebagai masa tunggu diberlakukannya yurisdiksi kejahatan agresi tersebut sesuai yang maksud pasal 5 ayat 2. Sedang 3 (tiga) jenis kejahatan kemanusiaan lainnya telah dirumuskan sejak semula dalam pasal 6, 7, dan 8 Statuta Roma 1998. kalau dapat diadili, siapa yang dapat mengadilinya dan apa dasar hukum mengadilinya?, Bagaimana rumusan kejahatan agresi dalam literature dan praktek penegakan hukumnya? Jawaban atas pertanyaan diatas akan membantu penegakan hukum terhadap kejahatan agresi sebagai salah satu jenis kejahatan kemanusiaan yang berat, sekaligus sebagai sumbang saran bagi ICC merumuskan kejahatan agresi yang menjadi yurisdiksinya. Kendala penegakan hukumnya, antara lain dapatkah mengadili suatu perbuatan sebelum dirumuskan sebagai suatu kejahatan, atau bagaimana terobosan

hukum yang dapat dilakukan untuk mengadili suatu kejahatan yang belum ada rumusan deliknya? Apalagi pasal 9 statuta menjelaskan, bahwa penafsiran terhadap ketiga kejahatan yang telah mendapat rumusan deliknya dalam pasal 6, 7, dan 8 dilakukan sesuai dengan unsure-unsur kejahatan (elements of crimes) pasal 6.7. dan 8. Sehingga mau tak mau terlebih dahulu perlu dilakukan perumusan delik agresi dan unsure-unsur kejahatan agresi, agar penegakan hukum terhadap kejahatan Agresi dapat dilaksanakan.

B. Penegakan Hukum Melalui Lembaga Peradilan

1. Konsep Penegakan Hukum

“Ibi lus Ibu Society” demikian ungkapan klasik Aristoteles yang menggambarkan dimana ada masyarakat, disitu ada hukum. Sehingga penegakan hukum dalam kehidupan masyarakat sangat penting. Melalui penegakan hukum, hukum memainkan peran memberdayakan setiap anggota masyarakat yang cenderung berinteraksi dengan sesamanya sebagai mahluk social (Zoon Politikon) menurut Socrates, dan memberikan pengayoman dari kecenderungan manusia sebagai srigala terhadap sesamanya (homo homini lupus) sesuai ungkapan Thomas Hobbes dan menjamin hak asasi manusia dari kecenderungan manusia dengan tujuan menghalalkan cara dalam merebut dan menjalankan kekuasaan sebagaimana konsep kekuasaan politik dari Machiavelli.

Oleh karena itu, penegakan hukum merupakan suatu proses tanpa akhir dari upaya mewujudkan keteraturan, ketertiban, kedamaian, dan keadilan dalam kehidupan sehari-hari dan terus-menerus dari suatu masyarakat dalam ruang dan waktu dimana masyarakat itu berada.

Kecenderungan-cenderung manusia sebagai pencari keadilan dan penegak hukum tersebut di atas, dapat menimbulkan situasi “keadilan yang tertinggi adalah ketidak-adilan yang tertinggi” sebagaimana

ungkapan lama yang tidak asing lagi. Ungkapan klasik ini menggambarkan begitu luas dan rumitnya proses penegakan hukum dan keadilan yang sangat didambakan masyarakat manapun dalam segala jaman. Keselarasan *das sein* dan *das sollen*, *law in book* menjadi *law in action* merupakan masalah sentral dalam penegakan hukum.

Menurut Friedman ¹⁶, bahwa hukum adalah cermin masyarakat, Perubahan besar dalam hubungan sosial dan dalam perekonomian hampir pasti menghasilkan perubahan hukum. Kemudian mencontohkan, bahwa sistem hukum menjadi pemain kunci dalam kemajuan masyarakat dan perekonomian Amerika yang dramatis selama bertahun-tahun.

Dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara, hukum dibuat dan ditegakkan untuk mencapai tujuan kehidupan bersama yang dirangkum sebagai cita-cita bangsa dan negara. Upaya pembuatan dan penegakan hukum untuk mencapai cita-cita bangsa dan negara merupakan strategi utama dalam politik hukum. Dengan demikian politik hukum dimaksudkan sebagai sarana pemerintah membuat dan menjalankan peraturan-perundang-undangan yang diarahkan pada pencapaian suatu tujuan penegakan hukum terhadap suatu peristiwa. Peraturan perundang-undangan baik yang bersifat nasional maupun internasional dibuat dan diberlakukan untuk mencapai keteraturan, ketertiban, keamanan, kedamaian dan keadilan terhadap objek pengaturan dari masing-masing peraturan hukum tersebut. Dalam negara hukum, hukum menjadi sarana kebijaksanaan (*policy*) suatu pemerintah karena dapat berfungsi sebagai:

1. Kontrol Sosial (*Social Control System*)
2. Penyelesaian Sengketa (*Dispute Settlement*)
3. Rekayasa Sosial (*Social engineering – Redistributive function*)

¹⁶ Friedman M. Lawrence, *American Law*. New York: W.W. Norton & Company, 1984. hlm. 361, 364, 366

Politik penegakan hukum sangat terkait dengan Hukum Tata Negara atau staatsrecht. Dalam literature Hukum Tata Negara dalam arti sempit atau Staatsrecht in enge zin adalah Hukum Tata Negara. Sedang Hukum Tata Negara dalam arti luas atau Staatsrecht in ruime zin meliputi: ¹⁷

1. Staatsrecht in enge zin atau Hukum Tata Negara dalam arti sempit atau singkatnya Hukum Tata Negara atau HTN, dan
2. Administratiefrecht atau Hukum Administrasi Negara atau HAN.

Selanjutnya menurut J.H.A. Logemann ¹⁸ Hukum Tata Negara adalah serangkaian kaidah hukum mengenai pribadi hukum dari jabatan atau kumpulan jabatan di dalam negara dan mengenai lingkungan berlakunya (gebied) hukum dari suatu negara. Hukum Administrasi Negara, menurut Logemann, adalah hukum mengenai perhubungan hukum yang timbul dalam hal jabatan negara menjalankan tugasnya.

Kemudian disimpulkannya, bahwa Hukum Tata Negara adalah hukum yang mengatur organisasi negara meliputi:

- a. jabatan-jabatan apa yang terdapat di dalam susunan kenegaraan tertentu;
- b. siapa mengadakannya;
- c. bagaimana cara melengkapi mereka dengan pejabat-pejabat;
- d. apa yang menjadi tugasnya (lingkungan pekerjaannya);
- e. apa yang menjadi wewenangnya;
- f. hubungan kekuasaan satu sama lain;
- g. di dalam batas-batas apa organisasi negara (dan bagian-bagiannya) menjalankan tugasnya.

¹⁷ Rukmana Amanwinata, Hukum Tata Negara Arti dan Ruang Lingkup, Jakarta 2005 hlm.1

¹⁸ Ibid hlm. 2

Hukum Administrasi Negara menyelidiki hubungan-hubungan hukum khusus yang ditimbulkan untuk memungkinkan para pejabat di dalam menjalankan tugas kemasyarakatannya yang khusus.

Sedang menurut Rukmana Amanwinata¹⁹, berbagai defenisi atau rumusan tentang Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara yang beragam merupakan indikasi betapa tidak mudahnya membuat batas antara kedua bidang hukum ini. Hal ini selain disebabkan karena masih terdapat perbedaan pendapat para pakar hukum tentang titik berat dalam merumuskan kedua bidang hukum tersebut, juga disebabkan karena pengaruh lingkungan dan pandangan hidup yang berbeda.

Politik penegakan hukum tidak terlepas dari filsafat hukum dan teori hukum yang mendasarinya.. Dalam literature dikenal beberapa teori tentang hal itu yang dikemukakan para ahli, antara lain²⁰ :

- a. Soetikno (1976:10), merumuskan :
“Filsafat hukum mencari hakikat daripada hukum, yang menyelidiki kaidah hukum sebagai pertimbangan nilai-nilai”.
- b. Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto (1979:11), mengatakan:
“Filsafat hukum adalah perenungan dan perumusan nilai-nilai kecuali itu filsafat hukum juga mencakup penyesuaian nilai-nilai misalnya: penyesuaian antara ketertiban dengan ketentraman, antara kebendaan dengan keakhlakan, dan antara kelanggengan / konservatisme dengan pembaharuan.”

¹⁹ Ibid hlm.3

²⁰ Lili Rasjidi, Dasar-dasar Filsafat Hukum. Cetakan kedua, Bandung :PT Alumni, 1985 hlm.2-3.

- c. Menurut Mahadi (1989:10):
"Filsafat hukum ialah falsafah tentang hukum, falsafah tentang segala sesuatu di bidang hukum secara mendalam sampai ke akar-akarnya secara sistimatis".
- d. Soedjono Dirdjosisworo mengemukakan (1984:48):
"Filsafat hukum adalah pendirian atau penghayatan kefilsafatan yang dianut orang atau masyarakat atau negara tentang hakikat, ciri-ciri serta landasa berlakunya hukum".
- e. Van Apeldoorn (1975) menguraikan sebagai berikut:
"Filsafat hukum menghendaki jawaban atas pertanyaan: apakah hukum? Ia menghendaki agar kita berpikir masak-masak tentang tanggapan kita dan bertanya pada diri sendiri, apa yang sebenarnya kita tanggap tentang hukum".
- f. Utrech (1966), mengetengahkan sebagai berikut:
"Filsafat hukum memberi jawaban atas pertanyaan-pertanyaan seperti: Apakah hukum itu sebenarnya (persoalan: adanya dan tujuan hukum). Apakah sebabnya maka kita menaati hukum? (persoalan: berlakunya hukum). Apakah keadilan yang menjadi ukuran untuk baik buruknya hukum itu? persoalan: keadilan hukum. Inilah pertanyaan-pertanyaan yang sebetulnya juga dijawab oleh ilmu hukum. Akan tetapi bagi orang banyak jawaban ilmu hukum tidak memuaskan. Ilmu hukum sebagai suatu ilmu empiris hanya melihat hukum sebagai suatu gejala saja, yaitu menerima hukum sebagai suatu "gegebenheit" belaka. Filsafat hukum hendak melihat hukum sebagai kaidah dalam arti kata "ethisch wardeoordeel".

Selanjutnya untuk memahami filsafat hukum Lili Rasjidi²¹ terlebih dahulu menarik intisari dari berbagai rumusan filsafat yang dikemukakan para ahli, dengan mengatakan, bahwa filsafat itu merupakan karya manusia tentang hakikat sesuatu. Selanjutnya gambarkannya manusia diciptakan Tuhan disertai alat kelengkapan yang sempurna dalam mencapai tujuan hidupnya. Alat-alat kelengkapan itu berupa raga, rasa dan rasio. Manusia berkarya dengan menggunakan ketiga alat tadi. Dalam berkarya seni, tampil kedepan unsure rasanya, sedang mencangkul di sawah dan bekerja mengangkut barang-barang ataupun penumpang, manusia banyak menggunakan unsure raganya. Dalam berkarya filsafat, unsure rasiolah yang kemudian berperan, walaupun pada mulanya unsure rasa yang terlebih dahulu tampil. Rasa heran dan kagum manusia atas alam semesta yang dilihatnya, langit yang terbentang tanpa batas, laut yang maha luas, gunung yang tinggi dan juga binatang terkecil yang mampu menghidupi dirinya (hampir tidak terlihat oleh mata) dan sebagainya, menyebabkan manusia kemudian berpikir bagaimana cara terjadinya, terbuat dari apa, mengapa bentuknya demikian dan banyak pertanyaan lain timbul dibenaknya, yang kesemuanya itu memerlukan jawaban. Suatu jawaban sebagai hasil pemikiran maupun penyelidikan yang mendalam. Dari jawaban akan muncul pertanyaan lagi, demikian seterusnya. Yang dicari adalah segi hakikatnya dari apa yang diselidiki itu, yaitu dalam arti tempangnya di alam semesta dan hubungannya dengan isi alam semesta yang lain.

Berdasarkan uraian diatas, Lili Rasyidi²² kemudian menyimpulkan pengertian filsafat dengan mengatakan, bahwa filsafat itu tidak lain merupakan hasil pemikiran manusia tentang tempat sesuatu di alam semesta dan hubungan sesuatu tadi dengan isi alam syang lain. Kata “sesuatu” dapat berarti alam semesta beserta segala isinya.

²¹ Ibid hlm.10

²² Ibid hlm.11

Selanjutnya ditambahkan dengan ringkasan hubungan antara filsafat dan filsafat hukum dengan mengatakan manusia sebagai salah satu isi alam semesta dijadikan objek filsafat yang menelaahnya dari berbagai segi. Salah satu diantaranya ialah mengenai tingkah lakunya (filsafat etika). Sebagian dari tingkah laku ini lalu diselidiki secara mendalam oleh filsafat hukum. Hubungan antara filsafat dan filsafat hukum itu terlihat dalam skema berikut ini:

Filsafat manusia – genus filsafatnya

Filsafat etika – species filsafat dan

Filsafat hukum – subspecies filsafat

Oleh Bender O.P.(1948:11), hubungan filsafat hukum dengan filsafat (moral atau etik) dijelaskan sebagai berikut: Filsafat itu terdiri dari beberapa bagian. Salah satu bagian utamanya adalah filsafat moral, yang disebut juga etika. Objek dari bagian utama ini ialah tingkah laku manusia dari segi baik dan buruk yang khas, yang ditemukan dalam tingkah laku manusia, yaitu baik atau buruk menurut kesusilaan. Menurut keyakinan saya, filsafat hukum adalah bagian dari filsafat moral atau etika.

Begitupun pendapat para ahli dalam literature secara saksama dapat dirumuskan dengan:

- Bahwa teori hukum itu sama pengertiannya dengan filsafat hukum.
- Bahwa teori hukum itu berbeda pengertiannya dengan filsafat hukum.
- Bahwa teori hukum itu sinonim dengan ilmu hukum.

Dari tiga rumusan diatas Lili Rasjidi lebih memilih pengertian huruf b yang berusaha membedakan pengertian teori hukum dan filsafat hukum. Oleh para pakar seringkali disebut teori hukum dalam arti sempit. Kemudian mengutip pendapat Mochtar Kusumaatmadja, teori hukum adalah ilmu yang mempelajari pengertian-pengertian pokok dan sistim dari hukum. Dalam Filsafat ilmu, teori merupakan sesuatu yang paling tinggi yang dapat dicapai oleh suatu disiplin ilmu. Dengan demikian

suatu teori hukum adalah pemikiran yang bersifat abstrak yang dapat dicapai oleh ilmu hukum.

Melalui kajian-kajian dan penelitian-penelitian para pakar hukum merumuskan temuan-temuannya yang bersifat teoritikal tersebut menjadi suatu teori hukum. Temuan-temuan yang bersifat teoritikal itu merupakan hasil kajian dan penelitian dari pengalaman sehari-hari para pakar hukum memecahkan permasalahan hukum yang dihadapinya. Sehingga temuan-temuan yang bersifat teoritikal itu bersifat membumi artinya dapat lagi digunakan untuk memecahkan masalah-masalah hukum, terutama masalah hukum yang sama dikemudian hari.

Sebagaimana diketahui filsafat kuna yang diperkenalkan sejak abad ke-6 SM di zaman Yunani Kuna, sifat pemikiran filsafatnya berfokus pada kemutlakan kuasa Ke-Tuhan-an sebagai sumber utama, kemutlakan kuasa Ke-Tuhan-an ini mendominasi akal manusia. Kemudian perlu dikemukakan hasil kajian yang bersifat teoritikal dari Harun Hadiwijono²³ yang berpendapat: sifat filsafat dari pemikiran filsafat abad pertengahan yang tidak terlepas dari pengaruh filsafat kuno adalah bahwa orang mencoba mempersatukan secara harmonis apa yang diketahui dari akal dengan apa yang diketahui dari wahyu. Sedang sifat filsafat dari pemikiran modern, lebih berfokus pada "akal" yang menjadi suatu kuasa rohani yang berdiri sendiridengan wataknya sendiri. Hal ini disebabkan karena timbulnya Renaissance, dimana orang lebih memusatkan perhatiannya kepada sendiri, bukan kepada Allah, kepada hidup sekarang, bukan kepada hidup di akhirat. Renaissance kemudian disusul oleh Pencerahan, yang menjadikan manusia merasa menjadi dewasa, makin percaya kepada diri sendiri dan berusaha membebaskan diri dari segala kuasa yang mengikatnya, yaitu lembaga keagamaan. Demikianlah sejak timbulnya Renaissance manusia berusaha menbegakkan suatu pandangan dunia secara sistimatis serta mengembangkannya

²³ Harun Hadiwijono, Sari Sejarah Filsafat Barat 1, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1980. hlm10.

secara metodis, sehingga menjadi suatu bangunan pandangan dunia yang lengkap.

Dari penjelasan diatas dan pendapat para ahli, maka dapat ditarik suatu kesimpulan:

- a. Filsafat Hukum adalah Grand Theory,
- b. Teori Hukum adalah Middle Theory,
- c. Peraturan Hukum, Putusan Hakim dan Aparatur pemerintah adalah Application Theory.

Dalam pengertian, bahwa falsafah hukum sebagai dasar yang tertinggi, yang menjiwai hasil kajian dan penelitian para pakar hukum yang bersifat teoritikal, yang menjadi bahan dasar rumusan peraturan perundang-undangan yang dapat diterapkan melalui putusan-putusan hakim, kebijakan-kebijakan aparatur pemerintahan, dan kepatuhan anggota masyarakat dalam rangka penegakan hukum dan keadilan.

Dengan demikian ada dua unsur utama dalam penegakan hukum, yaitu penegakan dari peraturan-peraturan hukum itu sendiri, dan penegakan hukum yang berkeadilan. George P. Flecher menyatakannya dengan, There are in fact two versions of the rule of law, a modest version of adhering to the rules and a more lofty ideal that incorporates criteria of justice. ²⁴

Peraturan-peraturan hukum yang ditegakkan dimaksudkan sebagai hukum peraturan yang ditetapkan dan diumumkan pemerintah, dan pemerintah terikat untuk mentaati peraturan itu, meskipun terdapat keraguan adanya praktek ketidakadilan seperti suap dalam penegakan hukum dan keadilan tersebut. Sebagaimana penjelasan Justice Scalia, Thus we find arguing explicitly that the rule of law is no more than the law of rules. And philosophers, such as Friedrich Hayek and Joseph Raz, make the same assumption that the rule of law means that the government is bound by rules fixed and announced beforehand. Playing by the rules is,

²⁴ George P. Fletcher. *Basic Concepts of Legal Thought*. Published by Oxford University Press, inc New York, 1996. hlm.11

in some dubious contexts, a great achievement, but once societies have minimized graft and arbitrary rule, the rule of law seems to promise more than blindly playing the game. After all, the rules of the game might be horribly unjust. ²⁵

Berikut berbagai kajian tentang keadilan yang menjadi salah satu tujuan utama penegakan hukum baik yang dilakukan aparat penegakan hukum maupun yang diharapkan masyarakat.

Bahwa keadilan dapat dibagi dalam beberapa jenis, antara lain:

- a. Keadilan Distributif adalah keadilan yang memberikan kesenilaian antara prestasi dan kontra prestasi (antara jasa dan imbalan jasa) dalam hubungan warga masyarakat.
- b. Keadilan komutatif adalah keadilan yang membebaskan kewajiban pimpinan (organisasi) untuk memberikan kepada warga masyarakat beban sosial, fungsi... imbalan balas jasa dan kehormatan tanpa melihat perbedaan kecakapan dan jasmaniah.
- c. Keadilan vindikatif, adalah keadilan yang memberikan ganjaran atau hukuman sesuai tingkat kesalahan yang dilakukan.
- d. Keadilan protektif, adalah keadilan yang memberikan perlindungan kepada setiap manusia, sehingga tidak seorangpun yang akan mendapat perlakuan sewenang-wenang.

Klasifikasi keadilan yang diwariskan Aristoteles kepada umat manusia meliputi: keadilan distributif dan keadilan korektif. Serta keadilan turunannya berupa keadilan retributif dan komutatif, we still classify problems of justy in the categories that Aristotle be quethed to us. The architectonic distinction runs between distributive and corrective justice. Closely related are the

²⁵ Ibid hlm 11

additional categories of retributive and commutative justice ²⁶, jenis-jenis keadilan tersebut adalah:

c. *Keadilan distributif* (distributive justice), menyangkut hal yang paling mendasar: baik dan buruk, dalam mengatur masyarakat. Keadilan korektif berbicara tentang problem dislokasi temporer dalam organisasi dasar ini. Pemeriksaan terhadap keadilan distributif dimulai pada asumsi bahwa suatu otoritas pusat telah mengendalikan semua hal, baik dan buruk, yang dapat dimiliki. Tindakan distribusi tersebut dirancang untuk merealisasikan hubungan yang adil antara dua atau lebih penuntut. Contohnya, prinsip bahwa seseorang harus mendapatkan bagian yang sama adalah pedoman umum untuk keadilan distributif. Selalu ada paling tidak tiga pihak terlibat: Pemegang otoritas sentral dan dua atau lebih penuntut sesuatu yang pemegang otoritas sentral akan distribusikan. Termasuk juga distribusi barang-barang "sosial dan ekonomi": jenis-jenis barang yang dapat terukur dan dipindahkan dari satu orang ke yang lain dengan prinsip keadilan yang terkait kemakmuran. Bahwa keadilan distribusi ini merujuk pada lima sumber ketidak-sederajatan, yaitu: ²⁷

- 1) Sumber daya. Materi (resources matter): uang dan kekayaan membuat suatu perbedaan dalam membatasi jangkauan kesempatan-kesempatan yang individu-individu nikmati.
- 2) Akses pada pendidikan dan pengalaman-pengalaman pengembangan bermasyarakat (education and other society-wide) yang luas yang membentuk kepribadian individu dan menentukan prospek hidup. Ini adalah faktor-faktor yang menghasilkan ketidak-sederajatan dalam masyarakat dan pertanyaannya adalah seberapa banyak ketidaksederajatan, sebagai suatu persoalan keadilan distributif, kita dapat toleran. Ini dapat sulit dijawab kecuali kita

²⁶ Ibid hlm. 80

²⁷ Ibid hlm. 84

- mempertimbangkan sumber daya lain dari ketidakseimbangan juga.
- 3) Prospek hidup seseorang (a person's life prospects), adalah tempat melebur yaitu rumah tangga dan keluarga, yang mungkin bahkan menjadi faktor yang lebih penting dibandingkan sumber daya material. Budaya makan malam dalam satu meja sering dapat menjadi lebih signifikan dibandingkan modal mentah untuk memperoleh kesempatan-kesempatan jangka panjang seseorang.
 - 4) Bakat turunan dan intelegensi individu (individual's inherited talents and intelligence) yang mempengaruhi adanya ketidakseimbangan potensi yang tak terhindarkan.
 - 5) Usaha pribadi individu (individual's own effort), motivasi pribadi untuk mengambil keuntungan atas peluang-peluang yang tersedia dengan sendirinya, mungkin adalah faktor fundamental yang menentukan ketidakseimbangan yang kita perhatikan di sekeliling kita.
- d. *Keadilan korektif* (corrective justice) merespon suatu gangguan dari yang pada awalnya distribusi keadilan ini. Ketidakseimbangan ditandai oleh korban yang menderita kejahatan oleh pihak lain. Hanya terdapat dua pihak yang relevan, korban dan pihak yang membawa kejahatan. Tujuan keadilan korektif adalah untuk membuat ulang atau mengembalikan distribusi keadilan yang eksis sebelum gangguan. Sangat banyak hukum mengandung keadilan korektif. Berbeda dengan keadilan distribusi, yang diasumsikan sebagai suatu distribusi kekayaan dan kesempatan yang adil. Keadilan korektif adalah untuk mengoreksi gangguan yang ada dan mengembalikannya pada keadaan status quo.
- Sebagai ilustrasi, suatu hotel mengoperasikan kolam renang untuk digunakan bagi para tamunya. Kedalamannya bervariasi dari tiga sampai sembilan kaki. Biasanya, dalam suatu komunitas harus

menyediakan seorang penjaga kolam untuk melindungi mereka yang menggunakan kolam renang. Manajemen memutuskan bahwa dengan memandang sedikitnya orang yang menggunakan kolam renang, akan menjadi sia-sia untuk menaruh seorang penjaga kolam. Seorang anak kecil menggunakan kolam renang yang tanpa pengawasan dan tenggelam. Orang tuanya menyalahkan manajemen hotel atas keteledorannya yang menyebabkan kematian anaknya. Argumentasinya adalah bahwa pemilik hotel yang bertanggung jawab karena sudah semestinya menyediakan penjaga kolam. Karena tidak dilakukannya itu berarti suatu kelalaian, dan kelalaian pihak hotel inilah menyebabkan kematian si anak tersebut.

Pemilik hotel dapat membela diri dengan menunjukkan bahwa dalam kenyataannya dengan analisa yang masuk akal mengenai perhitungan biaya dan keuntungan, adalah sangat beralasan untuk tidak menyediakan seorang penjaga kolam untuk melindungi tamu musiman yang menggunakan kolam renang. Untuk tujuan perenang musiman, akan kurang menguntungkan atau tidak ekonomis memiliki seorang penjaga kolam yang bertugas sehari-hari (dan semalaman). Selanjutnya, pemilik hotel dapat berargumen bahwa para orang tua sendiri yang bertanggung jawab atas kematian anaknya. Mereka seharusnya mengawasi anak mereka, kegagalan mereka melakukan itu adalah kelalaian dan penyebab sesungguhnya dari kematian.

Point penting mengenai catatan tentang argumen-argumen ini adalah bahwa mereka hanya memohon sikap dari terdakwa dan penggugat. Yang tidak ada adalah dampak dari keputusan tentang kewajiban hukum kepada masyarakat secara keseluruhan. Akankah kewajiban hukum membuat ini dan pemilik hotel lain lebih hati-hati di masa depan. Haruskah kita memaksa mereka menghabiskan lebih banyak uang untuk standar keselamatan di kolam

renang? Atau haruskah kita menekankan tanggung jawab pada mereka yang menggunakan kolam renang atau membiarkan anak-anak kecil mereka bermain di dekatnya, atau hukum kecelakaan adalah hukum pribadi yang memberi keadilan korektif ini.

Sehubungan dengan keadilan korektif, pihak korban tentu saja menyalahkan pihak pemilik hotel dengan keteledorannya yang menyebabkan kematian seorang anak kecil, kemudian dapat mengoreksi kesalahan itu dengan membayar sejumlah uang untuk menghibur mereka yang kehilangan anaknya. Tentu saja, tidak ada cara untuk “mengkompensasi” kehilangan seorang anak, tidak ada jumlah uang yang menyamai nyawa seseorang dalam situasi seperti tersebut.

- e. *Keadilan retributif* (retributive justice) menjelaskan tentang fenomena kejahatan yang sama yang disebabkan oleh pihak lain yang berbohong pada inti keadilan korektif. Kejadian-kejadian kejahatan ini seperti, contohnya, pemerkosaan, pemukulan, pembunuhan, pembakaran, dan penganiayaan. Respon retributif adalah untuk menimbulkan suatu bentuk penderitaan, disebut hukuman, pada penyerang. Ketika individu pribadi menggugat kompensasi sebagai bentuk keadilan korektif, negara mengambil inisiatif untuk mengidentifikasi penyerang dan menuntut mereka atas kriminal. Beberapa ahli filsafat mengklaim bahwa hukuman menyamakan hubungan antara penyerang dan korban dengan memaksa penyerang untuk menderita seperti korban telah menderita. Jika ini benar, maka hukuman memiliki suatu fungsi seperti perbaikan yang dirancang untuk mencapai keadilan korektif.

Hukuman juga memiliki dimensi distributif. Karena negara bertanggungjawab untuk mendistribusikan beban hukuman denda dan hukuman penjara (tidak termasuk hukuman mati), ini penting bahwa negara tidak diskriminasi dalam menseleksi beberapa orang dan bukan yang lain

untuk menderita atas kejahatan-kejahatan mereka. Hal ini mengapa ahli filsafat pelopor hukuman retributif, Immanuel Kant, menekankan urgensinya menjaga persamaan di antara para penyerang. Sangat tidak adil, dalam pandangan Kant, untuk menghukum beberapa penyerang lebih sedikit dikarenakan mereka bersedia bekerja sama dalam beberapa cara dengan negara. Sebagaimana praktek Amerika modern tentang tawar-menawar pengampunan, dimana penuntutan membuat kesepakatan khusus dengan beberapa tersangka sebagai penukar penyediaan bukti mereka melawan para tersangka lain. Kant begitu keras dalam komitmennya terhadap persamaan di antara para penyerang bahwa dia menganggap penyimpangan apapun dari persamaan atau motivasi mengambil manfaat praktis sebagai gambaran dari prinsip: "jika keadilan hilang, tidak ada lagi nilai apapun bagi kehidupan manusia di muka bumi."

- f. *Keadilan komutatif* (commutative justice) berbicara tentang adanya ketidakseimbangan yang mungkin dihasilkan dari pertukaran barang. Pertukaran yang adil menjaga persamaan pihak-pihak tersebut.

Keempat format keadilan ini: distributif, korektif, retributif dan komutatif adalah substantif sebagai lawan prosedural. Mereka semua berbicara tentang hasil, bukan proses dengan mana hasil itu tercapai. Suatu format berbeda dari keadilan berbicara pada dirinya sendiri tentang bagaimana hasil ini direalisasikan. Hal sentral tentang *keadilan prosedural* adalah "*fairness*".

Prosedur yang fair adalah yang dalam hal kedua pihak memiliki kesempatan yang sama. Dengan analogi bagi sebuah pertandingan olahraga keduanya mendapatkan kesempatan yang sama untuk menang. Fairness merupakan peraturan-peraturan yang fair untuk kedua belah pihak, tidak ada peraturan yang memihak atau ditegakkan dengan diskriminasi.

Sementara ketika keadilan muncul, ia terlihat, dalam semua budaya, ini tidak mungkin secara virtual untuk menemukan terjemahan yang sesuai untuk fairness dalam bahasa Eropa atau Semit. Hasilnya, istilah tersebut ditransplantasikan secara langsung dalam beberapa bahasa, seperti Jerman dan Hebrew, dan tidak ada dalam bahasa lain, seperti Perancis, yang resisten dalam mengadopsi kata serapan yang membawa arti yang unik. Mengapa budaya Anglo-Amerika menumbuhkan konsep berbeda tentang fairness ini? Mungkin bahwa budaya kami, lebih dari yang lain, tersebar ke seluruh bagian oleh budaya olahraga. Kepercayaan kami pada metafor olahraga dalam pembicaraan sehari-hari menyediakan suatu tanda pada apa yang kami anggap penting.

Dalam formatnya yang murni, prosedur yang fair adalah semua yang diperlukan untuk menghasilkan suatu hasil yang adil. Sistem keadilan prosedural yang sempurna adalah diilustrasikan dengan melemparkan sebuah koin untuk memecahkan suatu perselisihan atau metode yang sangat mulia untuk membagi suatu potongan kue secara fair, yakni, membiarkan seseorang memotong dan orang lain memilih potongan yang dia sukai. Ini adalah prosedur-prosedur yang tidak mengijinkan kesalahan; tidak ada yang dapat komplain tentang hasilnya sebagai tidak adil. Kebalikannya, sistem keadilan prosedural yang tidak sempurna bertujuan hanya suatu hasil yang adil dan mengijinkan kesalahan. Contoh yang terkemuka adalah sistem pengadilan. Pengadilan mencoba untuk membuat prosedur-prosedur sefair mungkin untuk kedua belah pihak, tetapi bahkan sistem yang dirancang terbaik pun adakalanya menghasilkan hasil yang salah.

Perbedaan antara keadilan prosedural dan substantif dapat diilustrasikan dengan cerita berikut. Dua orang yang berteman, satu bernama Shark, yang lain bernama Minnow, berselisih tentang pembagian sepotong kue. Shark memotongnya dan mengambil bagian yang lebih besar. Minnow komplain. Terjadilah dialog berikut:

Shark : Apa yang kamu keluhkan? Jika Aku telah memberikan kamu pilihan, bagian mana yang akan kamu ambil?

Minnow : Aku akan menjadi seorang yang sportif dan mengambil bagian yang lebih kecil.

Shark : Baiklah, itulah yang kamu dapat. Jadi mengapa komplain?

Point sederhana dari Teri adalah soal prosesnya. Ia membuat suatu perbedaan bagaimana dia mengakhirinya dengan bagian yang lebih kecil. Hasil tersebut akan terjadi di bawah prosedur yang fair yang mungkin adil (Teri memperoleh bagian yang lebih kecil jika dia yang memilih), tetapi ini tidak adil di bawah prosedur yang tidak fair (seseorang menandai bagian yang lebih kecil untuknya). Kemiripan hasil tidak dapat membolehkan perampasan Hiu melalui prosedur yang tidak fair untuk memecahkan perselisihan.

Untuk hal ini berikut Teori John Rawls tentang tipe keadilan prosedural:²⁸

1. *Keadilan prosedural tidak sempurna* (imperfect procedural justice): Prosedur-prosedurnya fair, tetapi hasilnya tidak selalu adil. Contoh yang terbaik adalah pengadilan kriminal. Terkadang mereka yang bersalah pada kenyataannya dibebaskan, dan yang tidak bersalah, dihukum.
2. *Keadilan prosedural sempurna* (perfect procedural justice): Prosedur-prosedurnya fair, dan hasilnya dapat secara logis tidak adil, tetapi itu tidak pernah. Sebuah contoh mungkin adalah cara orang-orang Katolik yang setia memandang

²⁸ Ibid hlm. 82

pembicaraan Paus di luar Katedral tentang kepercayaan dan moral. Dia selalu mendapatkannya benar.

3. *Keadilan prosedural murni* ((pure procedural justice): Prosedur-prosedurnya fair, dan hasilnya, menurut definisi, adalah selalu benar.

Ketiganya berbeda dan perbedaan tajam adalah antara dua yang terakhir, keadilan prosedural sempurna dan murni. Yang pertama mensyaratkan suatu standar yang mandiri untuk memutuskan apakah hasil itu adil atau tidak adil. Untuk keadilan prosedural murni, tidak ada standar mandiri. Prosedur menentukan, menurut definisi, hasilnya akanlah adil. Prosedur seseorang memotong dan yang lain memilih untuk mengalokasikan potongan-potongan kue adalah sebuah contoh. Prosedurnya membuat hasilnya adil. Pelemparan sebuah koin adalah contoh yang lain. Dan teori Rawls tentang keadilan adalah yang ketiga. Rawls berpikir tentang spekulasinya seperti menetapkan prinsip-prinsip keadilan yang akan mendefinisikan struktur dasar masyarakat. Prosedur-prosedur untuk memilih prinsip-prinsip ini akan adil jika mereka yang memberi suara padanya tidak memiliki konsepsi apakah mereka secara personal akan mendapat keuntungan dari prinsip-prinsip tertentu. Mereka harus memberikan suara dengan tanpa melihat interest pribadi mereka. Mereka harus berproses, karena itu, di bawah suatu selubung pengabaian tentang karakteristik-karakteristik yang dapat membawa mereka menjadi makmur atau menderita di bawah salah satu prinsip atau yang lain. Mereka tidak boleh tahu apakah mereka ningrat atau kampungan, kaya atau miskin, lelaki atau perempuan, religius atau atheis, berbakat atau tidak berbakat. Mereka harus memberikan suara, sebagaimana layaknya, sebagai seorang idealis yang diringkas dari kejadian-kejadian kongkret yang memungkinkan orang-orang menggunakan

beberapa sistem peraturan untuk menekan yang lain. Status pengabaian ini, Rawls menyebutnya "posisi orisinal." suatu posisi yang terpisah dari realita dengan "selubung pengabaian."

Rawls berpendapat, individu rasional akan memilih dua prinsip keadilan. Prinsip pertama yang lekat dan menyerupai definisi Kant tentang Hak: "Setiap orang harus memiliki hak yang sama untuk kebebasan dasar yang paling luas kompatibel dengan kebebasan yang serupa untuk yang lain." Mengenai alokasi kebebasan, kemudian, kriteria yang menjadi pedoman adalah persamaan yang tegas dan kebebasan maksimum yang mungkin untuk setiap orang. Ini adalah prinsip yang berharga yang orang-orang rasional, semua dengan pilihan yang sama, akan memilih di belakang selubung pengabaian. Tidak ada yang akan memiliki alasan interest pribadi untuk memilih prinsip manapun kecuali kebebasan maksimum bagi semua.

Prinsip pertama menyatakan komitmen tentang pondasi keadilan bagi masyarakat. Secara tegas disampaikan, ini adalah prinsip untuk suatu organisasi sosial yang adil dan egaliter, tetapi ini tidak distributif secara natural. Kebebasan dalam pertimbangannya bukanlah asset yang dapat digabung bersama dan dikuasai oleh suatu otoritas terpusat. Ketika seorang tiran melepaskan seseorang dari kebebasan, hasil penjumlahan dari kebebasan adalah negatif; satu orang yang kehilangan tanpa suatu kompensasi yang diperoleh oleh pihak yang lain. Ini adalah di alam kebebasan dan kebebasan tertentu yang mereka tidak dapat peroleh bersama dan dikuasai dan dikuasai oleh otoritas pusat yang dipenuhi dengan menemukan suatu bentuk yang adil dari pembagian total kuantitas di antara para penuntut yang mungkin.

Selanjutnya penegakan hukum dan keadilan sangat terkait dengan beberapa asas hukum umum maupun khusus yang berlaku universal, antara lain:

a. Tiada peristiwa pidana, tanpa dinyatakan sebelumnya dalam undang-undang. Nullum delictum sine praevia lege poenali:

Dalam Pasal 1 ayat (1) KUHPidana ditegaskan:

“Tiada suatu perbuatan boleh dihukum. melainkan atas kekuatan ketentuan pidana dalam undang-undang, yang ada terlebih dahulu dari pada perbuatan itu”.

Selanjutnya dalam bagian penjelasannya disuraikan: *Alinea pertama, bahwa Pasal 1 (1) KUHP ini merupakan perundang-undangan hukum pidana modern yang menuntut, bahwa ketentuan pidana harus ditetapkan dalam undang-undang yang sah, yang berarti bahwa larangan-larangan menurut adat tidak berlaku untuk menghukum orang, selanjutnya menuntut pula, bahwa ketentuan pidana dalam undang-undang tidak dapat dikenakan kepada perbuatan yang telah dilakukan sebelum ketentuan pidana dalam undang-undang itu diadakan, yang berarti bahwa undang-undang tidak mungkin berlaku surut (mundur). Nullum delictum sine praevia lege poenali, diartikan sebagai peristiwa pidana tidak akan ada, jika ketentuan pidana dalam undang-undang tidak ada terlebih dahulu. Dengan adanya ketentuan ini, dalam menghukum orang hakim terikat oleh undang-undang sehingga terjaminlah hak kemerdekaan diri pribadi orang.*

Meskipun alinea pertama ini dimaksudkan untuk menjelaskan arti dari asas Nullum Delictum, namun sekaligus pula menjelaskan asas Retroaktif sebagai kebalikan dari asas Nullum Delictum ini. Dalam asas Retroaktif ini ketentuan pidana yang baru diundangkan diberlakukan terhadap peristiwa pidana sebelum undang-undang pidana itu diundangkan sebagai suatu tindak pidana. Jadi berdasarkan asas

retroaktif undang-undang pidana diberlakukan surut (mundur).

b. Asas Retroaktif: Pemberlakuan surut undang-undang pidana.

Asas ini dapat dimengerti dari bagian penjelasan Pasal 1 ayat (1) KUHP alinea kedua yang menjelaskan:

Dalam perang dunia kedua telah banyak terjadi perbuatan-perbuatan yang merugikan kepentingan negara, sedang perbuatan-perbuatan itu tidak teratur dadalam KUHP. Terdorong oleh hal inilah maka pembuat undangt-undang sebagai kecualian telah meninggalkan asas pidana terhadap perbuatan-perbuatan merugikan negara yang telah dilakukan itu, yang merupakan peristiwa pidana yang biasa disebut"kejahatan perang", yang bagi Hindia Belanda dulu ditentukan dalam Staatsblad 1945 No.135, dimana dalam pasal 18 ditentukan dengan tegas: "Ketentuan dalam pasal 1 KUHP untuk hal-hal yang mengenai ordonansi ini tidak berlaku".

Dalam alinea kedua ini ditegaskan pemberlakuan asas retroaktif sebagai suatu pengecualian terhadap asas Nullum Delictum, dengan syarat-syarat:

- 1) perbuatan itu menimbulkan kerugian bagi negara dalam situasi perang atau merupakan kejahatan perang.
- 2) Ketentun-ketentuan pidana yang diberlakukan surut (mundur) tersebut diatur tersendiri dalam undang-undang khusus diluar undang-undang pidana umum atau KUHP.

Dengan demikian asas retroaktif diberlakukan terhadap tindak pidana khusus atau tindak pidana tertentu saja yang ditegaskan dalam undang-undang khusus untuk itu.

Kesamaan dari kedua asas ini adalah keduanya tetap mensyaratkan adanya ketentuan pidana atas perbuatan yang dinyatakan sebagai tindak pidana itu ditetapkan dalam undang-undang. Namun demikian keduanya tidak berarti saling bertentangan, justru

kedua asas ini saling mengisi dalam menegakkan keadilan sebagai tujuan dari penegakan hukum terhadap semua kejahatan. Sebagaimana asas hukum universal, bahwa tiada suatu kejahatan yang luput dari hukuman.

c. Asas Non-Retroaktif: Larangan Pemberlakuan Surut Undang-Undang Pidana.

Asas non-retroaktif ini memberi pengertian, bahwa ketentuan-ketentuan pidana dalam undang-undang pidana tidak boleh diberlakukan surut (mundur) terhadap perbuatan-perbuatan sebelum undang-undang pidana tersebut diundangkan. Sehingga asas ini adalah kebalikan dari asas *Nullum Delictum*.

Memang dalam pasal 28I UUD 1945, diatur pemberlakuan asas non-retroaktif, yaitu:..., *dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.*

Namun demikian jika dikaji secara saksama, UUD 1945 ini tidak melarang pemberlakuan asas retroaktif, karena pemberlakuan asas non-retroaktif dilakukan secara terbatas, hanya terkait dengan upaya perlindungan hak asasi manusia dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara, dalam rangka mewujudkan hasrat bangsa Indonesia untuk membangun negara yang bersifat demokrasi dan yang hendak menyelenggarakan keadilan social dan perikemanusiaan sebagaimana penjelasan pasal 28 UUD 1945. Tidak dimaksudkan kedalam perbuatan-perbuatan yang tergolong pelanggaran-pelanggaran berat terhadap hak asasi manusia yang meliputi kejahatan-kejahatan kemanusiaan. Sejak disahkan sebagai UUD RI, UUD 1945 tidak mentolerir kejahatan-kejahatan kemanusiaan, justru UUD 1945 lebih dahulu mengatur dan melindungi hak-hak asasi manusia sebelum PBB menetapkan Deklarasi Hak Asasi Manusia (*Declaration of Human Rights*) pada tahun 1948. Sehingga penerapan asas retroaktif terhadap kejahatan kemanusiaan sejalan dengan

jiwa konstitusi (Spirit of constitution) dari UUD 1945. Selain itu, asas non-retroaktif ini merupakan turunan dari asas retroaktif itu sendiri, dalam arti dalam hal-hal tertentu saja dilakukan pembatasan-pembatasan terhadap asas retroaktif. Pembatasan-pembatasan mana dilakukan berdasarkan asas non-retroaktif. Sehingga pemberlakuan asas non retroaktif tidak berarti asas retroaktif menjadi tidak berlaku sama sekali. Oleh karena itu pula asas non-retroaktif tidak identik atau bersumber dari asas Nullum Delictum, meskipun pengertian sama, yaitu keduanya melarang pemberlakuan surut suatu ketentuan undang-undang pidana.

Sehubungan dengan itu, pemberlakuan asas retroaktif dalam UU No.26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM tidak bertentangan dengan Pasal 28I UUD 1945.

d. Asas-Asas Hukum Dalam Statuta Roma 1998

Dalam Statuta Roma 1998 diatur beberapa asas hukum yang menjadi dasar penegakan hukum terhadap kejahatan kemanusiaan baik yang dilakukan ICC maupun pengadilan nasional suatu negara, yaitu:

- 1) Prinsip Nullum crimen sine lege (pasal 22 statuta ICC)
- 2) Prinsip Nulla poena sine lege (pasal 23)
- 3) Prinsip Non-retroactivity ratione personae (pasal 24)
- 4) Prinsip Tanggungjawab pidana individu (pasal 25)
- 5) Prinsip Non-yurisdiksi terhadap orang berusia di bawah 18 tahun. (pasal 26)
- 6) Prinsip tidak memandang Jabatan Resmi atau Non-Impunity (pasal 27)
- 7) Prinsip Tanggungjawab Komandan dan atasan lainnya (pasal 28)
- 8) Prinsip Tidak berlakunya ketentuan pembatasan (pasal 29)

- 9) Prinsip Elemen mental (pasal 30)
- 10) Prinsip Penghapusan Tanggungjawab Pidana (pasal 31)
- 11) Prinsip Perintah Atasan dan Kesalahan Hukum (pasal 32 dan pasal 33)
- 12) Prinsip Ne bis in idem (pasal 20)
- 13) Prinsip Komplementri (pasal 1)
- 14) Prinsip Inadmissibility (pasal 17)
- 15) Prinsip Non-Lapse of Time atau ketidakberlakuan Kadaluarasa.

Selain itu asas-asas lainnya dalam hukum internasional yang dapat digunakan oleh ICC adalah:

- 1) Asas "Au Dedere Au Punere"
- 2) Asas "Au Dedere Au Judicare"
- 3) Asas "Primacy" (secara terbatas).

e. Teori Penemuan Hukum

Dalam ilmu hukum kreatifitas manusia menggunakan akal-pikirannya untuk menemukan hukum dikenal dengan Metode Penafsiran dan Konstruksi Hukum. Metode penafsiran dan konstruksi hukum ini merupakan refleksi filosofis manusia terhadap hukum itu sendiri untuk dimanfaatkannya dalam rangka penegakan hukum yang mendesak ditengah-tengah kekosongan hukum positif tentang sesuatu hal.

Wewenang melakukan penemuan hukum ini tidak dapat dilakukan secara bebas sebeb-bebasnya melainkan tetap dilakukan sesuai ketentuan hukum yang berlaku dan terutama ditunjang oleh ilmu pengetahuan hukum dan praktek negara-negara lainnya.

Penemuan hukum dilakukan dengan menggunakan metode penafsiran ataupun konstruksi hukum oleh lembaga kekuasaan Yudikatif. Sehubungan dengan hal ini, Harold J. Berman.²⁹ mengemukakan praktek di Amerika, bahwa penafsiran UUD terletak di tangan pengadilan (Supreme Court). Bahkan sejak abad ke-19 telah dikembangkan suatu doktrin yang menyatakan bahwa pengadilan tidak dapat memberlakukan suatu tindakan legislative maupun eksekutif yang dianggapnya melanggar UUD Amerika (Federal) maupun UUD Negara Bagian (state) yang bersangkutan. Ternyata pada umumnya pengadilan Amerika lebih kreatif dalam menafsirkan kembali kasus-kasus sebelumnya sehingga dapat menerapkan hukum yang telah diserasikan dengan kondisi kondisi yang berubah.

1) Metode Penafsiran

Bahwa ilmu pengetahuan hukum mengenal beberapa metode penafsiran sebagai sarana penunjang melakukan penemuan hukum yang diperlukan, antara lain:

- a) Penafsiran Gramatikal, yaitu penafsiran terhadap undang-undang yang sesuai dengan kaidah tata bahasa yang digunakan merumuskan undang-undang tersebut.
- b) Penafsiran Historis, yaitu penafsiran yang disesuaikan dengan sejarah pembentukan undang-undang (wetshistorisch). Undang Undang ditafsirkan sesuai dengan kehendak atau tujuan dari para pembentuknya yang dapat dilihat dalam notulen atau catatan-catatan resmi maupun tulisan-tulisan lainnya. Selain itu juga penafsiran dilakukan berdasarkan sejarah daripada hukum itu

²⁹ Harold J. Bergman. Talks on American Law. New York: Wintege Books, 1971.
Diterjemahkan oleh George Churchill dalam Ceramah-Ceramah Tentang
Hukum Amerika Serikat. Penerbit Tatanusa, Jakarta, 1995. hlm. 10

sendiri (rechtshistorisch) dimana undang-undang tersebut diatas menjadi bagian daripadanya dengan memahami makna, asal mula, perkembangan dan penyebaran hukum tersebut di suatu tempat/negara. Penafsiran sejarah hukum (rechtshistorisch) ini jauh lebih luas dan dalam bahasannya dibanding penafsiran terhadap undang-undang (wetshistorisch).

- c) Penafsiran Sistimatis, yaitu penafsiran yang dilakukan dengan cara pandang bahwa setiap undang-undang mempunyai hubungan erat satu dengan yang lain yang membentuk satu kesatuan hukum secara menyeluruh, saling menunjang dan tidak terdapat pertentangan diantara satu peraturan perundang-undangan dengan yang lainnya.

Hukum sebagai tatanan merupakan suatu sistim. Sistim inilah yang memerlukan ketertiban dalam hukum.

Hukum sebagai sistim adalah kumpulan aturan yang ditetapkan penguasa kepada rakyatnya dalam bentuk perintah atau larangan-larangan. Sistim hukum adalah sistim norma yang dibuat secara baik. Bahkan pandangan yang lebih luas memasukkan budaya hukum kedalam sistim hukum.

- d) Penafsiran Sosiologis, yaitu penerapan hukum didasarkan pada penafsiran terhadap realitas sosial yang ada dalam masyarakat saat undang-undang itu dibuat, atau terdapat faktor-faktor sosial baru yang mempengaruhi penerapannya.
- e) Penafsiran Teleologis, yaitu penafsiran yang diarahkan pada apa yang menjadi motif atau tujuan yang ingin dicapai undang-undang itu. Melihat kedalam pikiran para pembentuk undang-undang tentang apa yang diinginkanya dicapai Undang-Undang itu.

- f) Penafsiran Perbandingan, yaitu penafsiran yang dilakukan dengan cara membandingkan sistem hukum yang satu terhadap yang lain untuk dapat menemukan makna dari suatu undang-undang yang ingin dicapai.
- g) Penafsiran Antisipasi atau Futuristik, yaitu menafsirkan undang-undang berdasarkan atau disesuaikan dengan undang-undang yang sedang menunggu pengesahannya.
- h) Penafsiran Restriktif, yaitu penafsiran yang memberi pembatasan arti dari ketentuan undang-undang. Seperti istilah tetangga dalam pasal 666 KUHPerdara adalah setiap tetangga termasuk seorang penyewa dari pekarangan sebelah. Tetapi tidak termasuk tetangga penyewa. Jadi tetangga dibatasi tidak mencakup tetangga dari tetangga.
- i) Penafsiran ekstensif, yaitu penafsiran yang diperluas terhadap gramatikal suatu undang-undang. Seperti: istilah “menjual” dalam pasal 1576 KUHPerdara diperluas menjadi “peralihan hak”. Dengan demikian pasal 1576 KUHPerdara dapat diperlakukan terhadap semua perbuatan “peralihan hak” tidak terbatas pada hanya “menjual” saja. Tentang penafsiran ekstensif ini, beberapa pakar hukum pidana seperti Scholten menyamakannya dengan analogi yang tidak boleh diterapkan dalam perkara pidana. Sebaliknya Moelyatno meskipun mengakui terdapat sifat-sifatnya yang sama, tetap membedakan penafsiran ekstensif dengan analogi secara gradasi. Terdapat batas-batas yang membedakan pada saat mana masih dalam ruang penafsiran dan saat mana sudah menjadi analogi.

Bahwa dalam penerapannya, tidak ditentukan penafsiran mana yang didahulukan atau digunakan, melainkan tergantung pada kebutuhannya apakah digunakan satu metode penafsiran atau lebih.

Sehubungan dengan ini, Achmad Ali.³⁰ menggambarkan tidak mungkin seseorang dituntut terus menerus berpikir secara gramatikal atau historis. Juga tidak mungkin seseorang berpikir terus menerus secara analogis atau menolak analogis dalam seluruh kasus konkrit.

2) Metode Konstruksi Hukum.

Selain melalui metode penafsiran hukum, juga metode konstruksi hukum dapat digunakan untuk melakukan penemuan hukum, yaitu:³¹

a) Metode Analogi (Argumentum Per Analogiam).

Dalam metode analogi ini, penemuan hukum dilakukan melalui penalaran induksi yaitu berpikir dari yang khusus (species) ke yang umum (genus). Mencari esensi umum dari suatu undang-undang untuk dianalogikan dengan kasus konkrit (khusus) yang dihadapi. Misalnya pasal 1567 KUHPerdara hanya mengatur bahwa “jual-beli tidak memutuskan hubungan sewa menyewa”. Lalu apakah berarti “hibah” tidak memutuskan sewa menyewa ?

Disini dicari esensi umum dari perbuatan “jual-beli” dan “hibah” ternyata keduanya adalah perbuatan “peralihan hak”. Maka dengan demikian ditemukan hukum secara analogi bahwa “hibah tidak memutuskan hubungan sewa menyewa”. Sama dengan “jual-beli tidak memutuskan hubungan sewa menyewa”.

³⁰ Achmad Ali. Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan sosiologis). PT.Toko Gunung Agung Tbk. Jakarta 2002. hlm.177

³¹ Ibid hlm. 182

- b) Metode Argumentum A'Contrario, dalam metode A contrario ini digunakan pemahaman bahwa ketentuan undang-undang berlaku hanya pada hal-hal yang diaturnya. Sehingga untuk hal-hal yang tidak diaturnya berlaku kebalikan. Seperti dalam undang-undang perkawinan diatur "masa tunggu" bagi seorang "janda" bila ingin kawin lagi. Oleh karena undang-undang perkawinan tidak mengatur masa tunggu bagi seorang duda maka itu berarti kebalikannya "masa tunggu" tidak berlaku bagi seorang "Duda" yang mau kawin lagi. Masa tunggu diperlukan bagi seorang janda karena secara kodratiah perempuanlah yang melahirkan untuk menentukan kejelasan ayah dari si bayi, sebaliknya laki-laki tidak melahirkan sehingga tidak perlu masa tunggu.
- c) Metode Pengkongkritan Hukum (Rechtsverviijnings), metode ini sering juga dinamakan penghalusan hukum atau penyulingan hukum yang digunakan untuk mengungkapkan sejelas-jelasnya ketentuan undang-undang yang masih abstrak. Misalnya: istilah "perbuatan melawan hukum (pmh)" dalam pasal 1365 BW dijelaskan secara konkrit oleh Hoge Raad (Mahkamah Agung Belanda) yang telah diterima sebagai yurisprudensi Mahkamah Agung RI menjadi perbuatan (berbuat atau tidak berbuat) yang meliputi:
- i) Melanggar hak subjek hukum atau orang lain,
 - ii) Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku,
 - iii) Bertentangan dengan asas kesusilaan,
 - iv) Bertentangan dengan asas kepatutan,
- d) Metode Fiksi Hukum, metode Fiksi dalam penemuan hukum merupakan konsekuensi dari asas in dibio pro reo artinya bahwa setiap orang dianggap mengetahui undang-undang.

Metode ini secara khusus digunakan menemukan hukum dalam masa peralihan dimana seringkali terjadi kekosongan hukum/undang-undang. Kekosongan hukum / UU dalam masa peralihan seringkali terjadi oleh karena terkait dengan sistim hukum/UU yang ada menghadapi tuntutan-tuntutan baru yang belum terantisipasi sebelumnya oleh ketentuan hukum/UU tersebut. Ketidak-antisipasinya sistim hukum/UU yang ada terhadap tuntutan-tuntutan baru tersebut mendorong perlunya penemuan hukum melalui fiksifikasi. Begitu ketidak-ansipasian ini berubah menjadi suatu aturan hukum/UU maka berakhirilah fiktifikasi tersebut, itu berarti penemuan hukum melalui metode fiksi ini telah terpenuhi.

Bahwa selain alasan hukum sesuai UU No.14/1970 diatas, juga di dalam literatur ilmu hukum, dikenal beberapa pandangan sehubungan dengan perlunya melakukan penemuan hukum (setidaknya dalam keadaan-keadaan tertentu), yaitu:

1). Penganut Doktrin "Sens-clair"(la doctrine du sensclair).

Menurut doktrin ini, penemuan hukum hanya diperlukan dalam hal:

- a) Peraturan belum ada untuk suatu kasus in konkreto.
- b) Peraturan sudah ada, tetapi teksnya tidak jelas.

Pada pokoknya penganut doktrin ini berpandangan bahwa aturan yang jelas tidak memerlukan penafsiran (in claris non est interpretation) atau konstruksi hukum dalam rangka penemuan hukum.

2) Penganut Paham Penemuan Hukum selalu harus dilakukan.

Penganut ini berangkat dari pandangan, bahwa bahasa senantiasa terlalu miskin bagi pikiran manusia yang sangat bernuansa, oleh karena itu kata-kata apapun tidak pernah jelas, selalu membutuhkan penafsiran.

3) Konsep Transformasi.

Selain hal diatas menurut hemat penulis, bahwa transformasi nilai abstrak dari teks ketentuan hukum/UU menjadi suatu tindakan nyata (law in action) berupa keputusan-keputusan hukum yang dapat dijalankan memerlukan penafsiran dan konstruksi sebagai penemuan hukum. Law in action selalu memerlukan proses penalaran melalui penafsiran dan konstruksi hukum dalam tindakan. Hal ini penulis sebut sebagai konsep transformasi law in action.

e. Supremasi Hukum

Allah dengan kuasa Ke-Tuhan-anNya menciptakan alam jagad raya semesta dengan segala isinya. Mahluk hidup berupa binatang-binatang dan manusia diciptakan untuk mengisi, mendiami, memelihara dan memanfaatkan potensi alam jagad raya semesta ciptaan ini. Mata rantai kehidupan diantara ciptaan ini: Manusia, binatang, dan potensi alam jagad raya semesta ini terjaring dalam satu ekosistem kehidupan. Ekosistem kehidupan ini berlandaskan pada keteraturan dan ketertiban yang serasi, selaras dan seimbang diantara semua ciptaan. Keteraturan dan ketertiban yang serasi, selaras, dan seimbang dalam ekosistem ini karena semua ciptaan ini merupakan karya agung dari kuasa Ke-Tuhan-an Allah Sang Pencipta. Ekosistem kehidupan ciptaan Allah yang menghendaki keteraturan dan ketertiban yang serasi, selaras, dan seimbang ini bersumber dari kekuasaan (otoritas) ke-Tuhan-an Allah Sang Pencipta. Kuasa

(kekuasaan) Ke-Tuhan-an Allah Sang Pencipta yang menjadi sumber ekosistem kehidupan ciptaan ini tidak dapat dijangkau oleh alam pikiran manusia, dan hanya dapat dimengerti melalui ilmu filsafat sebagai suatu ilmu yang terus-menerus mencari dan mengungkap rahasia kebenaran ciptaan yang maha agung ini melalui observasi, kajian dan penelitian para ahli. Pencapaian rahasia kebenaran ini dilakukan melalui pendekatan filosofis sesuai bidang ilmu. Pendekatan melalui filsafat hukum melahirkan dan merumuskan ekosistem kehidupan ciptaan Allah sebagai suatu Teori Hukum Alam. Semua makhluk hidup ciptaan dilengkapi dengan "Rasa, Raga, dan Karsa" tetapi dalam pengendalian yang berbeda. Rasa, Raga, dan Karsa pada binatang dikendalikan oleh insting, sedang pada manusia oleh nurani. Sehingga menjadikan manusia sebagai makhluk hidup ciptaan yang lebih mulia dibanding makhluk hidup ciptaan lainnya. Nurani adalah insting dalam pengertian yang sempurna karena didalamnya terpatir sebuah ajaran tentang hakekat kebenaran hidup langsung dari Allah Sang Pencipta. Filosofis dari ajaran hakekat kebenaran hidup ini jika dilakukan dengan pendekatan filsafat hukum melahirkan sebuah ajaran, yaitu ajaran supremasi hukum. Sehingga secara teoritik menjelaskan, manusia diciptakan oleh Allah Sang Pencipta dengan dibekali Undang-Undang Ke-Tuhan-an yang terpatir dalam hatinuraninya. Undang –Undang Ke-Tuhan-an dalam hatinurai ini diturunkan pada setiap kelahiran seorang insane manusia dengan kualitas yang sama pada setiap individu manusia dan pada segala Zaman dan tempat. Secara kronologis ajaran supremasi (hukum) ini merupakan ajaran supremasi kebenaran yang paling fundamental pertama yang diturunkan langsung oleh Allah Sang Pencipta kepada setiap insane manusia pada setiap kelahirannya yang berlaku abadi. Ajaran supremasi hukum ini dapat juga dilihat sebagai "kontrak-sosial" antara Allah Sang Pencipta dengan individu manusia

yang bersangkutan yang berlaku sejak kelahiran individu manusia yang bersangkutan sampai dunia-akhirat. Ajaran ini digambarkan pula dengan adagium suara nurani adalah suara Tuhan. Oleh karena individu-individu ini bersifat netral sebagai rakyat dalam sistim pemerintahan negara-kerajaan, maka Suara rakyat adalah suara Tuhan. Ajaran supremasi hukum dalam hati-nurani berfokus pada keteraturan dan ketertiban hubungan manusia dengan sesamanya manusia dialam jagad raya semesta. Dalam tataran implementasinya, perbedaan alam jagad raya semesta, seperti iklim: musim panas-dingin/salju, kemarau-hujan, dan geografis: benua-kepulauan, kutub-khatulistiwa, pegunungan-lautan mempengaruhi pola prilaku dan kehidupan manusia "merefleksikan supremasi hukum" dengan sistim hukum dan institusi yang terkait seperti: pemerintah dan negara dengan berciri khas sesuai dengan keberadaan dimana kumpulan manusia itu berada. Namun hakekat subsatansinya sebagai hukum tetap sama, seperti: hukum harus ditaati, pelanggaran hukum harus di adili, keadilan harus ditegakkan.

f. Negara Hukum NKRI

1) Sifat hukum Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Sejak sehari terbentuknya Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diawali dengan Proklamasi Kemerdekaan Republik Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945 hingga sekarang Undang Undang Dasar yang pernah diberlakukan adalah:

- Undang Undang Dasar 1945 (UUD '45)
- Konstitusi Negara Republik Indonesia Serikat 1949 (Konstitusi RIS 1949)
- Undang Undang Dasar Sementara 1950 (UUDS 1950),³² dan

³² H.A.K. Pringgodigdo, Tiga Undang-Undang dasar, PT. Pembangunan, Jakarta, 1981. hlm. 11

- Undang Undang Dasar 1945 (berdasarkan Dekrit Presiden 5 Juli 1959).

Terhadap UUD tersebut diatas hanya UUD 1945 yang mengalami amandemen. Amandemen terhadap UUD 1945 dilakukan hanya terhadap batang tubuh cara meniadakan, mengganti, dan atau menambah rumusan beberapa pasal. Sedang terhadap Pembukaan UUD 1945 tidak dilakukan amandemen dan tidak akan pernah diamandemen karena didalamnya memuat Ideologi Negara Pancasila dan Prinsip-prinsip perjuangan dan cita-cita luhur bangsa Indonesia membentuk Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Dalam kurun waktu hanya empat tahun (1999-2002) telah dilakukan empat kali amandemen terhadap UUD 1945. Salah satu amandemen yang paling mendasar adalah menyangkut keberadaan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia (MPR RI) sebagai lembaga tertinggi negara dirubah menjadi lembaga tinggi negara, sehingga dipandang yang setara dengan lembaga negara lainnya: DPR, DPD (lembaga baru), Presiden, BPK, dan Mahkamah Agung.

Jika disimak secara saksama ternyata amandemen terhadap UUD '45 yang menyebabkan terjadinya pergeseran hubungan kelembagaan kenegaraan yang adatersebut belum disertai dengan pengaturan yang tegas dan lengkap hubungan kekuasaan kemitraan sebagai penyelenggara negara sebagaimana dimaksud dalam asas checks and balances power. Sehingga jika terjadi "ketiadaan-pengaturan" atau "kekosongan hukum" menyangkut "titik-taut" hubungan kewenangan diantara lembaga negara tersebut, maka dapat dilakukan penemuan hukum melalui penafsiran-penafsiran yang dikenal dalam teori ilmu pengetahuan hukum dan membandingkannya dengan praktek checks and balances power di negara lain, dalam hal ini di Amerika Serikat. Juga perlu diketahui, walaupun Pasal II Aturan Tambahan Amandemen UUD 1945

menyatakan UUD 1945 terdiri atas pembukaan dan pasal-pasal, namun dokumen penjelasan UUD 1945 masih relevan menjadi sumber pengetahuan untuk menjelaskan hal-hal yang terkait, setidaknya sebagai pendapat seorang ahli. Memang naskah penjelasan UUD 1945 adalah karya tulis pribadi Prof.Dr. Soepomo yang membuat kajian penjelasan terhadap naskah pembukaan dan batang tubuh UUD 1945 dan diajukannya dalam Rapat Badan Penyelidik Usaha Usaha Kemerdekaan (BPUK) tanggal 15 Juli 1945. Penjelasan ini tidak pernah disahkan oleh Panitia Hukum Dasar BPUK dan tidak dibicarakan dalam Sidang Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) yang mensyahkan UUD, tetapi kemudian secara resmi dimuat dalam Berita Republik tahun ke II No.7³³ Namun ternyata karya tulis Prof. Supomo tersebut mendapat sambutan positif dan diterima untuk dilekatkan pada naskah pembukaan dan batang tubuh UUD 1945, setidaknya oleh pemerintah sampai adanya amandemen keempat yang disahkan pada tanggal 10 Agustus 2002.

Menurut penjelasan UUD 1945 sistim pemerintahan negara yang ditegaskan dalam Undang-Undang Dasar antara lain Indonesia , ialah negara yang berdasar atas hukum (Rechtsstaat) tidak berdasar atas kekuasaan belaka (Machtsstaat). Pada bagian berikutnya diperjelas lagi apa yang dimaksud “tidak berdasar atas kekuasaan belaka (Machtsstaat)” dengan menyatakan pemerintah berdasar atas sistim konstitusi (hukum dasar) tidak bersifat absolutisme (kekuasaan yang tidak terbatas). Selanjutnya prinsip negara hukum ini ditegaskan lagi dalam pasal 1 ayat (3) UUD’45. Jadi didalam negara RI, prinsip hukum dan prinsip kekuasaan tidak tak terbatas dijunjung tinggi. Dengan demikian

³³ Husein Achmad, Sejarah ketatanegaraan (Hukum Tatanegara) Indonesia, Lembaga Penerbitan UNHAS, Ujung Pandang, 1981 .hlm.59

penumpukan kekuasaan pada satu tangan atau lembaga negara tidak dibenarkan.

Oleh karena itulah UUD '45 mengatur sedemikian rupa adanya pembagian kekuasaan kedalam tiga bagian: kekuasaan eksekutif, kekuasaan legislatif dan kekuasaan yudikatif sebagaimana yang dikenal dalam "Trias Pilitica" oleh Montesquein dari Perancis.

Namun demikian oleh karena negara RI relatif baru berkembang dibanding negara-negara Eropah dan Amerika, dimana tradisi hukum dan politiknya masih berwawasan lama peninggalan zaman penjajahan baik masa orde lama maupun orde baru maka untuk memenuhi tuntutan zaman era reformasi yaitu penegakan Supremasi hukum dan demokrasi serta perlindungan Hak Hak Asasi Manusia, dilakukan amandemen UUD'45.

Sehubungan dengan supremasi hukum, terdapat beberapa indikator supremasi hukum secara keilmuan atau konseptual yang patut dikemukakan³⁴, yaitu:

- (1). Hukum dibuat atau diadakan berdasarkan dan oleh kemauan rakyat. Rakyat berperan membuat hukum yang mereka perlukan.
- (2). Hukum dilaksanakan untuk memenuhi kepentingan rakyat, bukan semata-mata kepentingan penguasa (kekuasaan). Rakyat adalah subjek dari hukum, bukan objek dari hukum.
- (3). Kekuasaan pemerintah harus tunduk pada hukum, bukan diatas hukum.
- (4). Didapati jaminan dan perlindungan hak hak kemanusiaan baik hak hak sipil (individual rights), hak hak politik, maupun hak hak sosial.
- (5). Ada sistim peradilan yang tidak memihak (impartiality).

³⁴ Bagir Manan. Membangun Supremasi Hukum. Bandung,2000 hlm 5

- (6). Ada jaminan, perlindungan, dan kemudahan menyalurkan perbedaan pendapat.

Kemudian Prof. Bagir Manan.³⁵ menjelaskan, bahwa Supremasi hukum (the supremacy of law) menyangkut pengertian hukum in Concreto, hukum dalam arti konkrit, hukum sebagai realitas atau kenyataan, bukan hukum in abstracto. Sebagaimana istilah Eugen Ehrlich, supremasi hukum berkaitan dengan "law in action" atau the living law", bukan law in books.

Begitupun, Friedman³⁶ menyatakan hukum adalah cermin masyarakat, perubahan sosial yang cepat berarti pula perubahan hukum yang cepat. Ditambahkannya lagi, bahwa hukum mengikuti perubahan sosial dan menyesuaikan dengan perubahan itu. Namun demikian, sistem hukum juga membentuk dan menyalurkan perubahan sosial, dan memainkan peranan penting dalam kehidupan komunitas. Jadi, melalui hukum-lah, melalui lembaga hukum-lah, dan melalui proses hukum-lah kebiasaan dan pemikiran mengambil bentuk yang lebih permanen.

Amandemen membawa perubahan-perubahan mendasar dalam sistem ketatanegaraan yang berdampak pada segala bidang kehidupan terutama mencakup bidang sosial-budaya, politik dan hukum. Perubahan-perubahan mendasar ini menuntut pembenahan peraturan perundang-undangan nasional diantaranya perundang-undangan tentang pelaksanaan sistem "Separation of Powers" dan Checks and Balances". Selama masa peralihan sistem ketatanegaraan dari sebelum dan kepada sesudah amandemen UUD'45 terjadi banyak kekosongan hukum atau ketidak lengkapan peraturan perundang-

³⁵ Bagir Manan, Peranan Mahkamah Agung Dalam Menegakkan Supremasi Hukum. Pidato Dies Natalis FH-USU. Medan, 12 Januari 2002. hlm 4

³⁶ Friedman, Lawrence Meir, American Law. New York: W.W. Norton & Company, 1984. Page 254 & 257

undangan yang memerlukan upaya “penemuan hukum” oleh instansi yang berwenang termasuk didalamnya penemuan hukum terhadap pelaksanaan sistim separation of powers dan cheks and balances yang menjadi topik pembahasan tulisan ini.

Secara yuridis-politis pembuatan hukum dalam rangka pembenahan hukum dilakukan oleh kekuasaan legislatif. Sementara penemuan hukum untuk mengisi kekosongan hukum yang sering terjadi dalam masa peralihan dilakukan oleh kekuasaan Yudikatif yang sering juga disebut kekuasaan kehakiman atau mengadili.

Kewenangan menemukan hukum oleh kekuasaan kehakiman ini diatur dalam pasal 14 ayat (1) jo. Pasal 27 ayat (1) UU No.14/1970 tentang Pokok Pokok Kekuasaan Kehakiman. Terhadap kedua pasal kunci tersebut Yudha Bhakti Ardiwisastra menjelaskan³⁷, di dalam Undang-undang tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (UU No.14 Tahun 1970) pada Pasal 14 ayat (1), bahwa Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa perkara dan mengadili sesuatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Maksud ketentuan pasal ini harus diartikan, bahwa hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum. Andaikata ia tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum. Dengan cara bagaimana ia dapat menggali dan menemukan apa yang (dapat) menjadi hukum? Ketentuan Pasal 27 ayat (1) Undang-undang ini mengisyaratkan bahwa hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Ketentuan Pasal 27 ayat (1) ini harus diartikan sebagai suatu kewajiban bagi hakim karena ia merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai hukum yang hidup di kalangan rakyat. Sudah barang

³⁷ Yudha Bhakti Ardiwisastra, Penafsiran dan Konstruksi Hukum. hlm. 1

tentu hakim harus mempelajari berbagai cara menemukan hukum yang memang sudah disediakan oleh ilmu hukum, karena merupakan suatu kewajiban yang harus dijalankan oleh setiap hakim dalam mengemban tugas luhurnya. Cara menemukan ini dikenal dengan metode penafsiran hukum dan konstruksi hukum .

Selanjutnya Yudha Bhakti Ardhiwisastra ³⁸ mengemukakan arti dan tujuan dari penafsiran tersebut, dengan demikian arti dari penafsiran dapat disimpulkan sebagai suatu kegiatan dalam usaha memberikan penjelasan atau pengertian atas kata atau istilah yang kurang jelas maksudnya sehingga orang lain dapat memahaminya. Tujuannya tidak lain untuk mencari serta menemukan sesuatu hal yang menjadi maksud dari para pembuatnya.

Berdasarkan Bab IX pasal 24 & 25 UUD '45, kekuasaan kehakiman (Yudikatif) adalah kekuasaan yang merdeka artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah (kekuasaan eksekutif) yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung RI dan Badan Kehakiman lainnya.

Walaupun disebutkan kekuasaan kehakiman yang diemban Mahkamah Agung RI dan Badan Kehakiman Lainnya adalah merdeka tanpa pengaruh dari kekuasaan pemerintah (eksekutif), itu tidak berarti kekuasaan Mahkamah Agung RI beserta lembaga peradilan lainnya memiliki kekuasaan yang tidak tak terbatas, melainkan tetap merupakan kekuasaan yang terbatas artinya bersumber dan dibatasi oleh sistim hukum dasar yang mengenal adanya hirarkhis peraturan perundang-undangan.

³⁸ Yudha Bhakti Ardhiwisastra, Hukum Internasional Suatu Bunga Rampai. hlm.126-127

2) Refleksi Filosofis Terhadap Proklamasi Kemerdekaan RI

Tinjauan filosofis terhadap perjuangan kemerdekaan bangsa Indonesia membentuk negara Indonesia yang merdeka dan berdaulat, secara sederhana tetapi akurat merupakan pula tinjauan filosofis terhadap Pembukaan UUD 1945. Dalam Pembukaan UUD 1945 yang terdiri dari empat alinea mengandung makna-makna filosofis dari perjuangan kemerdekaan bangsa Indonesia dan negara hukum Indonesia.

Dalam alinea pertama, menyatakan: *“bahwa sesungguhnya kemerdekaan itu ialah hak segala bangsa dan oleh karena itu, maka penjajahan di atas dunia harus dihapuskan, karena tidak sesuai dengan peri kemanusiaan dan peri keadilan”*.

Dalam alinea kedua, menyatakan: *“Dan perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia telah sampailah kepada saat yang berbahagia dengan selamat sentausa mengantarkan rakyat Indonesia ke depan pintu gerbang kemerdekaan Negara Indonesia, yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur”*.

Dalam Alinea ketiga, menyatakan: *“Atas berkat rahmat Allah yang maha kuasa dan dengan didorongkan oleh keinginan luhur, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas, maka rakyat Indonesia menyatakan dengan ini kemerdekaannya.”*

Dalam alinea keempat, menyatakan: *“Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah dara Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian*

abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada: Ketuhanan Yang maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, persatuan Indonesia, dan kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.”

Jika dikaji secara saksama, pembukaan UUD 1945 merangkum nilai-nilai kebathinan yang hidup dan menghidupi suku bangsa – Suku bangsa dengan latar belakang tradisi, religius, dan asal/tempat masing-masing di wilayah Nusantara untuk menyatu sebagai satu bangsa yang majemuk, bangsa Indonesia. Kemudian berjuang mewujudkan keinginan yang luhur untuk membentuk satu negara yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur.

Pada alinea pertama dan kedua mengandung nilai-nilai kebathinan sebagai filosofis perjuangan dan kejuangan, bahwa kemerdekaan adalah hak asasi setiap bangsa, bangsa Indonesia. Hal ini secara spritual mendorong suku bangsa-suku bangsa di wilayah Nunsantara tanpa memperdulikan pelbagai perbedaan latar belakang untuk menyatukan diri sebagai satu bangsa, bangsa Indonesia. Juga menimbulkan kepercayaan dengan menyatunya sebagai satu bangsa Indonesia, sebagai suku bangsa-suku bangsa yang senasib dan sepenanggungan ini dapat berhasil meraih cita kemerdekaannya, dan hidup bersama-sama sebagai satu keluarga besar dalam satu negara Indonesia yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur.

Pada alinea ketiga mengandung filosofis-religius dan kultur:

- a) bahwa perjuangan bangsa Indonesia untuk merdeka sebagai satu bangsa yang bebas merupakan satu berkat rahmat dari Allah Sang Pencipta. Kepercayaan bahwa kemerdekaan sebagai berkat rahmat Allah menggambarkan suasana kerohanian-kebhathinan perjuangan dan kejuangan bangsa Indonesia, bahwa dalam kuasa dan lindungan Allah Sang Pencipta bangsa Indonesia secara bersama-sama telah berhasil dalam perjuangannya merebut kemerdekaan dan membentuk negara Indonesia.
- b) bahwa perjuangan kemerdekaan bangsa Indonesia merupakan keinginan luhur, menggambarkan suasana kerohanian-kebhathinan perjuangan dan kejuangan bangsa Indonesia yang juga mengandung nilai sakral yang bersumber dari kultur-budaya yang hidup di kalangan suku bangsa-suku bangsa yang telah menyatu menjadi bangsa Indonesia.

Kedua nilai sacral: religius dan kultur-budaya tersebut telah menuntun bangsa Indonesia melewati waktu lebih dari tiga setengah abad melakukan perjuangan kemerdekaannya memasuki pintu gerbang Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Selanjutnya pada alinea keempat, mengandung nilai dasar filosofis kenegaraan dan kebangsaan Indonesia, Pancasila. Rumusan Pancasila merupakan rangkuman dari semua nilai kerohanian-kebhathinan menjiwai perjuangan dan kejuangan bangsa Indonesia. Nilai ini sangat penting bagi keberadaan sebuah bangsa atau negara. Sebagaimana yang dialami negara komunis Uni Soviet yang kehilangan nilai kerohanian-kebhathinan kenegaraannya yaitu paham komunis sebagai dasar falsafah negara digeser dengan Glasnot dan

Perestroika oleh Presiden Gorbachev. Glasnost dan Perestroika mengandung faham demokrasi dan liberalisasi yang sangat kontras dengan ideologi Komunis. Sehingga Negara besar Uni Soviet menjadi runtuh dan tercabik-cabik menjadi beberapa negara karena beberapa provinsi memisahkan diri dan menyatakan kemerdekaannya. Pernyataan kemerdekaan sebagai satu negara baru dari beberapa provinsi bekas wilayah negara Uni Soviet ini mendapat pengakuan dari negara-negara lain dan diterima menjadi anggota organisasi internasional Perserikatan Bangsa Bangsa.

Peristiwa ini memperlihatkan tiga perkembangan pokok dalam praktek Hukum Internasional:

- a) Pergeseran atau Penggantian dasar falsafah negara dapat menyebabkan runtuhnya/bubarinya negara tersebut.
- b) Rakyat pada bagian-bagian wilayah negara lama tersebut diatas dapat mendirikan negara baru yang merdeka dan berdaulat.
- c) pengakuan internasional sebagai negara dapat diberikan kepada bagian-bagian wilayah dari Negara lama tersebut yang telah menyatakan kemerdekaannya.

2. Peran Pengadilan Internasional

Upaya negara-negara untuk menegakkan hukum internasional dalam menyelesaikan berbagai sengketa internasional, telah dilakukan dengan membentuk berbagai pengadilan internasional, baik yang bersifat tetap (permanent) atau yang bersifat Ad Hoc (tidak tetap), yaitu:

a. Arbitrasi Internasional (Permanent Court of Arbitration)

Berdasarkan Konvensi The Haque 1899, disusul konvensi yang sama 1907 didirikan lembaga Arbitrasi yang dinamakan Permanent Court of Arbitration dan berkedudukan di Den Haag. Sebenarnya lembaga Arbitrasi ini didirikan secara tetap, namun ternyata secara praktis lebih bersifat ad hoc sebagaimana yang dikenal sebelumnya. Hanya susunan anggota yang ditunjuk sebagai arbitrator (yang menjadi anggota panel permanent court of arbitration) yang bersifat tetap. Sedang mahkamah arbitrasi yang menangani kasus berakhir setelah adanya putusan arbitrasi. Mahkamah Arbitrasi ditetapkan lagi bilamana terdapat kasus yang menjadi yurisdiksinya. Jadi Mahkamah Arbitrasi dibentuk secara ad hoc kasus demi kasus. Ketua dan anggota Mahkamah Arbitrasi yang dibentuk untuk menangani satu kasus dipilih dari anggota panel Permanent Court of Arbitration.

Pengangkatan arbitrasi dilakukan oleh negara peserta dan penandatanganan konvensi Den Haag dengan cara masing-masing mengusulkan empat orang yang diakui kemampuannya di bidang hukum international untuk menjadi anggota panel Permanent Court of Arbitration. Jika para pihak bersengketa setuju menyerahkan penyelesaian dengan cara ini, maka para pihak masing-masing boleh memilih dua arbitrator dari anggota panel diatas satu diantara dua pilihannya itu dibolehkan berkewarganegaraan negaranya. Kemudian keempat arbitrator pilihan para pihak bersengketa memilih seorang arbitrator kelima sebagai Wasit.

Yurisdiksi Mahkamah tetap Arbitrasi bersifat sukarela yaitu meliputi semua kasus yang diserahkan kepadanya oleh negara yang bersengketa, baik melalui perjanjian sebelumnya maupun cara lain yang ditentukan sendiri oleh mereka.

Selain "panel arbitrasi" yang bersifat tetap, juga dibuat sebuah Code of Rules of Prosedures yang bersifat tetap untuk dipakai bilamana para pihak gagal memberlakukan peraturan yang telah mereka perjanjikan sebelumnya. Oleh karena Konvensi The Haque 1899 & 1907 merupakan konvensi yang menghindari penggunaan perang dalam penyelesaian sengketa maka cara penyelesaian melalui Permanent Court of Arbitration merupakan salah satu cara penyelesaian secara damai tanpa kekerasan.

Hal yang sama dikemukakan juga oleh Briely ³⁹ , bahwa Mahkamah Tetap Arbitrasi diciptakan oleh Konvensi Den Haag untuk penyelesaian perselisihan antar negara secara damai, yang dibuat dalam tahun 1899, dan diubah di tahun 1907.

Arbitrasi memiliki garis sejarah yang panjang. Dikenal sejak zaman Yunani kuno. Akan tetapi Arbitrasi modern sebagaimana yang dikenal sekarang ini dimulai sejak adanya Jay Treaty 1794 yang dibuat oleh Inggris dan Amerika Serikat. Sejak saat itu dikenal tiga tipe arbitrasi ad hoc, yaitu:⁴⁰

- Arbitor Tunggal,
- Komisi Bersama,
- Komisi Campuran.

Bahwa arbitrasi memiliki Karakter:

³⁹ Briery, J.L. Hukum Bangsa Bangsa suatu pengantara hukum internasional. Penerbit: Bhatara, Jakarta, 1996, hlm.229

⁴⁰ Bowett, D.W. Hukum Organisasi Internasional. Penerbit: Sinar Grafika, Jakarta, 1991, hlm.327

- 1). "representative" oleh karena para pihak yang bersengketa yang memilih dan menentukan siapa yang menjadi arbitrator dalam memeriksa dan memutuskan sengketa mereka. Arbitrator dapat dipilih dari Kepala negara/Pemerintahan atau perorangan.
- 2). "pengganjil" (odd member) oleh karena merupakan suatu kesulitan besar manakala kompromi-kompromi para arbitrator dalam komisi bersama yang dipilih para pihak gagal mencapai suatu kesepakatan sehingga tidak dapat dihindari pengambilan keputusan berdasarkan Voting. Untuk itu diperlukan satu Arbitrator lainnya (pengganjil) yang dipilih melalui perjanjian atau dengan cara undian oleh para arbitrator pilihan para pihak bersengketa. Arbitrator pengganjil ini merupakan warga negara salah satu pihak sekaligus bertindak sebagai Ketua Arbitrasi tersebut.
Praktek Arbitrator pengganjil ini dipakai dalam Jay Treaty 1794.
- 3). "netral" oleh karena dalam arbitrasi komisi campuran (mixed commission) anggota atau para anggota arbitrasi bukan warga negara salah satu pihak yang dipilih dari permanent court of arbitration menjadi arbitrator yang bersifat netral.
- 4). "final" oleh karena putusan pengadilan arbitrasi adalah final. Para pihak yang bersengketa telah berjanji mentaati semua keputusan yang diambil oleh arbitrator atau para arbitrator yang mereka pilih.

Sebenarnya ide pembentukan Mahkamah Arbitrasi yang benar-benar bersifat tetap telah terangkum dalam proposal tentang Court of Arbitration Justice yang diajukan dalam konvensi Den Haag 1907. Akan tetapi gagal mendapat persetujuan karena tidak tercapainya kesepakatan mengenai

metode pemilihan arbitrator-arbitratornya. Semua negara peserta menginginkan adanya jaminan duduknya arbitrator dari negara asalnya masing-masing.

Selanjutnya, praktek negara-negara sejak abad 20 menunjukkan kecenderungan penentuan pilihan penyelesaian sengketa dengan cara arbitrase diantara pihak ditegaskan dalam perjanjian-perjanjian yang mereka buat. Dengan demikian terdapat sejumlah besar perjanjian antarnegara mengenai pembentukan arbitrase tetap, dan yang tertua diantaranya ialah arbitrase antara Inggris dan Perancis dalam tahun 1903, yang menentukan bahwa "perselisihan yang bersifat hukum atau bersangkutan dengan penafsiran perjanjian antar negara" harus diserahkan kepada Mahkamah Arbitrase Tetap di Den Haag, asal "perselisihan itu tidak menyinggung kepentingan vital, kemerdekaan, atau kehormatan kedua negara, serta tidak mengenai kepentingan pihak ketiga.

Meskipun demikian, gagasan dan semangat dari proposal diatas sangat berguna bagi cita-cita pendirian lembaga penyelesaian sengketa yang bersifat permanent berikutnya.

b. Mahkamah Tetap Internasional (Permanent Court of International Justice)

Mahkamah Tetap Internasional ini dibentuk oleh Dewan Liga Bangsa Bangsa melalui sebuah Komite yang terdiri dari para ahli hukum. Mahkamah dilengkapi dengan sebuah Statute Court dan sejumlah hakim yang dipilih melalui tahap pencalonan (nomination) dan pemilihan (election) sesuai usulan Root-Philimore.⁴¹

⁴¹ Bowett, D.W. *ibid.* hlm.334

Usulan Root-Philimore ini mengatasi kemungkinan kebuntuan mengenai pemilihan para hakim oleh karena sama pada proposal Court of Arbitral Justice, negara peserta konvensi menginginkan jaminan kepastianuduknya hakim yang berasal dari negaranya masing-masing. Dicanangkan jumlah yang diajukan setiap kelompok nasional masing-masing sebanyak tidak lebih dari empat calon. Dari calon tersebut tidak dibolehkan lebih dari dua orang berkewarganegaraan yang sama dengan kelompok nasionalnya. Kelompok nasional dimaksud adalah kelompok nasional yang ada pada Permanent Court of Arbitration. Negara yang menjadi anggota Statuta Court tetapi tidak menjadi anggota Permanent Court of Arbitration dapat membentuk kelompok nasional sendiri untuk berhak mengajukan calon hakim. Pemilihan Hakim dilakukan dalam dua organ yaitu Assembly dan Council Liga. Seorang hakim dinyatakan terpilih bila mendapat dukungan suara terbanyak mutlak. Pemilihan diulang pada sidang kedua organ diatas yang masing-masing diwakili tiga orang melakukan pertemuan untuk melakukan pemilihan hakim untuk mengisi lowongan, juga berdasarkan suara yang sama banyaknya hakim tertua diberi hak untuk memilih.

Untuk selanjutnya, lima orang hakim dipilih setiap tiga tahun. Masa jabatannya setiap periode sembilan tahun dan boleh dipilih kembali. Tidak ada batas usia pensiun, tetapi dapat diberhentikan atas persetujuan bulat anggota Mahkamah lainnya karena alasan tidak lagi memenuhi syarat sebagai hakim. Setiap kali bersidang diperlukan kehadiran minimal sembilan orang hakim untuk mencapai quorum. Keputusan diambil berdasarkan suara mayoritas.

Yuridiksi Mahkamah Tetap Internasional bersifat sukarela, meliputi sengketa antar negara yang menyetujui diperiksa dan diadili oleh Mahkamah ini.

Dalam pasal 12 Anggaran Dasar LBB diatur tiga wadah penyelesaian sengketa dimana negara-negara sepakat menyerahkan sengketanya untuk diselesaikan, yaitu: Arbitrasi, Mahkamah Tetap atau Dewan LBB.

Sebagaimana diketahui Liga Bangsa-bangsa didirikan berdasarkan Perjanjian Versailles pada 1914-1918 oleh karena itu mahkamah tetap Internasional ini dibentuk sebagai sarana penyelesaian sengketa antarnegara secara damai tanpa kekerasan yang ditetapkan sebagai satu prinsip penyelesaian sengketa dalam Covenant LBB.

Perang Dunia I ini menimbulkan korban manusia begitu besar dan kebanyakan dari penduduk sipil yang tidak berdosa serta perang dilaksanakan dengan sangat sadis dan brutal melibatkan pasukan bersenjata dan peralatan perang yang sangat besar. Sehingga pada saat itu juga muncul gagasan pembentukan Mahkamah Tetap International yang mempunyai yurisdiksi pidana untuk mengadili pelaku kejahatan kemanusiaan atau pelanggaran HAM berat dalam perang besar tersebut.

Namun demikian, Mahkamah Tetap International dan gagasan mengadili pelaku kejahatan/pelanggaran berat Hak Asasi Manusia tersebut berakhir bersamaan dengan berakhirnya Liga Bangsa Bangsa yang tidak mampu membendung Agresi Jepang ke Tiongkok (1931), agresi Italia pimpinan Fascic dictator Mussolini di Abesinia (1934) dan agresi Jerman pimpinan NAZI diktator Hitler ke Austria, Cekoslowakia dan Polandia (1939) yang secara langsung memicu meletusnya Perang Dunia II.

c. Mahkamah Internasional (International Court of Justice)

Pembentukan Mahkamah Internasional ini dilakukan melalui suatu Statuta Mahkamah Internasional oleh Perserikatan Bangsa Bangsa pada tahun 1945. Mahkamah Internasional ini didirikan untuk menggantikan Permanent Court of International Justice dimasa LBB. Oleh karena itu sebagian besar statuta Mahkamah Internasional sama dengan statuta Mahkamah sebelumnya.

Yurisdiksinya bersifat sukarela meliputi Jurisdiksi Perdebatan (Contentions Jurisdiction) dan Jurisdiksi Penasihatatan (Advisory Jurisdiction). Dengan demikian yurisdiksi Mahkamah meliputi semua perkara yang diajukan padanya oleh negara-negara yang bersengketa dan semua hal yang khusus tercantum di dalam perjanjian dan konvensi antarnegara yang berlaku, termasuk di dalamnya perbedaan pendapat apakah Mahkamah berwenang mengadili atau tidak atas sebuah perkara. Hanya negara yang dapat berperkara di muka Mahkamah International (pasal 34(1) Statuta), namun dalam kasus terbunuhnya Pangeran Bernadotte dari Swedia saat menjalankan misi perdamaian di Timur Tengah atas nama PBB. Mahkamah International memberikan putusan Advisory Opinium (pasal 65 Statuta) bahwa PBB boleh menjadi pihak berperkara di muka Mahkamah.

Negara-negara yang dapat mengajukan perkara tidak hanya terbatas pada negara anggota PBB ipso facto adalah peserta Statuta Mahkamah, melainkan juga negara lainnya yaitu negara yang bukan anggota PBB tetapi berhasrat dan telah menjadi anggota Statuta Mahkamah setelah memenuhi syarat dan atas rekomendasi Dewan Keamanan PBB (Pasal 93 (2) Piagam PBB), serta negara yang bukan anggota PBB maupun bukan peserta Statuta Mahkamah tetapi berkeinginan perkaranya diselesaikan melalui Mahkamah International, hal ini dimungkinkan oleh pasal 35 (2) dan pasal 36 (3) Statuta, Pasal 94 Piagam dan Resolusi Dewan Keamanan 15 Oktober 1946.

Meskipun yurisdiksi bersifat sukarela, tetapi sekali yurisdiksi itu diakui/diterima maka yurisdiksi tersebut menjadi wajib (pasal 36 (3) Statuta). Pengakuan atau penerimaan yurisdiksi dapat dinyatakan secara tegas terang-terangan atau diam-diam tersirat. Umumnya dilakukan dengan suatu deklarasi dimana ditetapkan

batasan pokok sengketa dan terbatas pada kurun waktu tertentu. Pembatasan pokok sengketa dalam deklarasi tersebut merupakan pemberlakuan pembatasan pada yurisdiksi *ratione materiae*. Sedangkan pembatasan kurun waktu tertentu merupakan pembatasan pada yurisdiksi *ratione temporis* dari mahkamah.

Sesuai pasal 38 Statuta, Mahkamah International mengadili dan menjatuhkan putusannya berdasarkan hukum international yang bersumber pada:

- 1) Konvensi atau perjanjian international, baik yang umum sifatnya atau khusus, menetapkan ketentuan yang diakui oleh yang sedang berselisih;
- 2) Kebiasaan international, yang diterima sebagai ikatan hukum karena sudah umum dipraktekkan;
- 3) Asas-asas umum dari hukum yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab;
- 4) Tunduk pada ketentuan di dalam pasal 59, putusan pengadilan dan ajaran dari pengarang yang paling ahli dari berbagai bangsa, sebagai alat Bantu dalam menetapkan kaidah hukum.

Kemudian Brierly merumuskan sumber hukum international diatas dengan:⁴²

- 1) Konvensi-Konvensi International;
- 2) Kebiasaan antarnegara sebagai bukti dari satu praktek umum yang diterima sebagai hukum;
- 3) Asas-asas hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab;
- 4) Putusan pengadilan dan ajaran dari para sarjana hukum international yang dipergunakan sebagai alat kedua untuk menetapkan hukum; dan

⁴² Brierly, J.L. Op.Cit. hlm.235

- 5) Jika pihak yang berselisih sepakat, mahkamah boleh memutuskan *ex aequo et bono*.

Pencalonan, pemilihan dan pengangkatan hakim mahkamah internasional pada dasarnya sama dengan permanent court of international justice.

Bahwa pembentukan mahkamah internasional ini merupakan amanah konperensi San Fransisco 1945 yang melahirkan PBB dengan Piagamnya dan Mahkamah Internasional dengan Statutnya. Konperensi San Fransisco diselenggarakan untuk mengakhiri perang dunia II yang menimbulkan jutaan korban jiwa dan penderitaan yang tiada taranya baik dikalangan tentara maupun mayoritas penduduk sipil yang tidak berdosa. Oleh karena itu semakin menguat gagasan untuk mengadili para pelaku kejahatan atau pelanggaran berat HAM selama perang berlangsung khususnya ditujukan kepada Jerman dan Jepang yang kalah perang. Sehingga dibentuklah Tribunal Nuremberg dan Tribunal Tokyo.

d. Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Nuremberg (Tribunal Nuremberg)

Mahkamah Militer Internasional di Nuremberg ini dibentuk berdasarkan London Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, tanggal 8 Agustus 1945 yang ditandatangani oleh Amerika, Inggris, Uni Sovyet dan Perancis selaku pihak sekutu pemenang perang dunia kedua. Piagam Mahkamah yang dikenal dengan nama The Charter of The International Military Tribunal at Nuremberg menjadi lampiran kelengkapan London Agreement tersebut.

Dalam pasal 6 piagam ditegaskan, bahwa Mahkamah dibentuk untuk mengadili dan menghukum pelaku kejahatan perang yang dilakukan selama perang dunia kedua, terutama negara Jerman yang kalah perang.

London Agreement merupakan puncak dari pertemuan di Istana St. James, London 1942 yang menghasilkan Deklarasi St, James 13 Januari 1942 dan pertemuan Moskow, 1943 yang melahirkan Deklarasi Moskow 30 Oktober 1943. Kedua pertemuan tersebut membahas keganasan perang yang dilakukan Jerman secara diluar batas-batas kemanusiaan yang beradab sehingga menimbulkan banyak korban penduduk sipil yang tidak berdosa, seperti di negara-negara yang didudukinya: Belgia, Belanda, Perancis, Yunani, Luxemburg, Norwegia, Polandia, dan Yugoslavia.

Dalam deklarasi St. James, 13 Januari 1942 ditegaskan antara lain:

- a). Kekejaman Jerman terhadap penduduk sipil melanggar Hukum Perang
- b). Kejahatan Politik Jerman bertentangan hukum bangsa-bangsa yang beradab.
- c). Meminta pertanggungjawaban pelaku kejahatan perang
- d). Mencari, mengadili dan menghukum pelaku kejahatan perang yang bersalah tanpa membedakan kewarganegaraan.

Dalam deklarasi Moskow, 30 Oktober 1943 dinyatakan antara lain:

"Perwira Jerman dan anggota NAZI yang terlibat (menyetujui atau mengisinkan) terjadinya kekejaman dan kejahatan dalam perang akan dikirim ke negara-negara para korban untuk diadili dan dihukum berdasarkan hukum nasional korban."

Terhadap kasus-pelanggaran berat (major criminal) yang tidak jelas lokasi peristiwa dan pelaku yang harus bertanggungjawab, akan diselesaikan kedalam suatu keputusan bersama negara-negara sekutu.

Selain itu dibentuk juga Komisi Kejahatan Perang (War Crimes Commission) yang beranggotakan 17 negara dan berkedudukan di London dengan tugas menyelidiki kejahatan perang yang terjadi selama perang dunia kedua.

Dalam pasal 6 Piagam Mahkamah diatur yurisdiksi Mahkamah yang meliputi:

- Crimes against peace;
- War crimes;
- Crimes against humanity;

Pelaku kejahatan akan dimintakan pertanggungjawaban secara individual di hadapan mahkamah. Berdasarkan pasal 7 Jabatan dalam pemerintahan negara para pelaku baik sebagai kepala negara/pemerintahan atau jabatan-jabatan lainnya tidak dapat dijadikan alasan untuk membebaskan atau meringankan hukuman para pelaku yang bersalah. Dalam pasal 8 diatur alasan perintah atasan tidak dapat membebaskan pelaku dari pertanggung-jawaban pidana tetapi kenyataan ini dapat dijadikan alasan meringankan hukuman.

Kemudian pasal 9 menyatakan mahkamah dapat menyatakan sebuah organisasi sebagai organisasi kriminal, manakala anggota-anggotanya dinyatakan bersalah melakukan kejahatan. Selanjutnya pasal 12 memungkinkan dilakukannya peradilan in absentia bila dianggap perlu oleh Mahkamah.

Mahkamah Nuremberg ini beranggotakan 4 orang hakim beserta calon penggantinya masing-masing bilamana berhalangan (dan 4 orang chief prosecutor). Mereka ditetapkan oleh negara penandatangan yaitu Inggris, Perancis, Amerika Serikat dan Uni Sovyet. Berdasarkan pasal 4 Piagam Quarum Sidang

ditentukan oleh keempat orang hakim/anggota majelis. Pimpinan sidang dipilih dari keempat anggota majelis hakim dan mempunyai suara yang menentukan bilamana terdapat suara berimbang dalam pengambilan voting. Pada prinsipnya keputusan diambil berdasarkan suara terbanyak.

Berdasarkan pasal 26, Setiap putusan harus memuat alasan-alasan bersalah atau tidak bersalah terhadap terdakwa. Artinya kesalahan terdakwa harus diungkapkan dalam persidangan dan putusan. Putusan bersifat final dan tidak dapat dimohonkan peninjauan kembali.

Pasal 27 menegaskan kewenangan mahkamah menjatuhkan putusan hukuman mati atau hukuman lainnya demi keadilan.

Sesuai catatan, Mahkamah Nuremberg telah menghukum 12 orang terdakwa dengan hukuman mati 3 orang dengan dengan hukuman penjara seumur hidup, 4 orang dengan hukuman penjara yang bervariasi lamanya dan membebaskan 3 orang yang dinyatakan tidak bersalah. Juga menyatakan 6 organisasi sebagai organisasi kriminal dan membebaskan 2 organisasi lainnya.

Diantara pejabat pemerintahan dan organisasi (Nazi) Jerman yang telah diadili adalah: Goering, Von Ribbentrop, Keitel (Menteri Pertahanan), Rosenberg, Saukel (Menteri Perburuhan), Jenderal Jodi (Ketua Gabungan Kepala Staff Jerman).⁴³

Pertimbangan utama Mahkamah dalam menegakkan prinsip pertanggungjawaban individual meskipun pelaku pejabat pemerintahan/negara, adalah:

⁴³ Oebit Sabi T. Beberapa Aspek Kejahatan Perang Dan Bagaimana Mengadilinya. Panitia Tetap Penerapan dan Penelitian Hukum Humaniter. Departemen Kehakiman, Jakarta, hlm 5

"Kejahatan terhadap hukum internasional dilakukan oleh manusia, bukan oleh kesatuan-kesatuan abstrak, dan hanya dengan menghukum individu-individu yang melakukan kejahatan demikian, ketentuan-ketentuan hukum internasional dapat dijalankan."

Pilihan tempat Mahkamah bersidang adalah di Nuremberg yaitu, Benteng dari national socialism dimana pimpinan Nazi Hitler menyelenggarakan pertemuan akbar tahunan⁴⁴

e. Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Tokyo (Tribunal Tokyo)

Tribunal Tokyo dibentuk berdasarkan deklarasi Jenderal Mac Arthur selaku Panglima Tertinggi Tentara Sekutu yang menyatakan pembentukan Mahkamah Militer Internasional untuk Timur Jauh (Internasional Military Tribunal for the Far East) pada tanggal 19 Januari 1946, untuk mengadili pelaku kejahatan perang di Timur Jauh.

Kewenangan Jenderal Mac Arthur membentuk Tribunal Tokyo berdasarkan pendelegasian wewenang dari Komisi Timur jauh yang merupakan sub komisi dari komisi kejahatan perang yang beranggotakan 17 negara dan berkedudukan di London. Sub komisi untuk Timur Jauh ini dibentuk atas permintaan China pada tahun 1944.

Selain itu pembentukan Tribunal Tokyo didasarkan pada hasil Konperensi Tingkat Tinggi negara sekutu yang juga dihadiri Presiden RRC yang menghasilkan Perjanjian Postdam 26 Juli 1945 dimana antara lain dinyatakan penyerahan Jepang tanpa syarat.

⁴⁴ Encyclopedia Americana, Vol.28, Americana Cooperation, USA, 1978, hlm 336

Pada dasarnya Charter Tribunal Tokyo mencontoh pada Charter Tribunal Nuremberg, terkecuali pada susunan majelis hakim dan penuntutnya. Mahkamah Tokyo terdiri dari 11 anggota majelis hakim, dan sidang sah (quorum) bilamana dihadiri 6 orang hakim. Serta hanya terdapat 1 orang Chief prosecutor. Putusan diambil berdasarkan suara terbanyak. Sesuai catatan, Mahkamah Tokyo telah menghukum 7 orang terdakwa dengan hukuman mati, 16 orang dengan hukuman penjara seumur hidup dan 2 orang dengan hukuman penjara yang lamanya bervariasi.⁴⁵

Salah satu pejabat negara yang telah dijatuhi hukuman adalah Jenderal Tojo (Perdana Menteri).

f. Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Yugoslavia (Tribunal ex Yugoslavia)

Tribunal ex. Yugoslavia ini dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan No. 827 tanggal 25 Mei 1993 atas dukungan suara bulat yang ada di DK-PBB. Dalam resolusi tersebut dinyatakan pasal 7 Piagam menjadi dasar hukum DK-PBB untuk memutuskan pembentukan pengadilan internasional yang akan menghukum pelaku pelanggaran serius terhadap hukum humaniter internasional di wilayah bekas Yugoslavia yang telah berlangsung sejak 1 Januari 1991.

Pasal 7 ayat 2 junto pasal 29 memungkinkan pembentukan suatu Pengadilan Internasional ad hoc sebagai alat perlengkapan tambahan yang dianggap perlu dan membantu DK-PBB melaksanakan tugas-tugasnya.

⁴⁵ Encyclopedia Americana, ibid. hlm. 477

Sebelumnya gagasan untuk meminta pertanggungjawaban pidana para pelaku pelanggaran berat hukum humaniter dihadapan sebuah Mahkamah telah tertuang dalam beberapa resolusi yaitu : resolusi DK-PBB No.713 Tahun 1991 Resolusi DK-PBB No.764 Tahun 1992 , Resolusi DK-PBB No.771 Tahun 1992 Resolusi DK-PBB No.808 tahun 1993.

Resolusi-resolusi tersebut saling mendukung dengan upaya Komisi Hukum Internasional dan perhatian Majelis Umum PBB pada pembentukan Pengadilan Pidana Internasional yang bersifat permanen yang memiliki yurisdiksi kriminal internasional.

Pasal 1 Statuta Pengadilan Internasional (Statute of The International Tribunal) menyatakan:

"Pengadilan Internasional ini akan memiliki kekuasaan menghukum orang-orang yang bertanggungjawab terhadap pelanggaran berat dari hukum humaniter internasional yang terjadi di wilayah bekas Yugoslavia sejak 1991 sesuai dengan ketentuan dalam statuta ini".

Dalam statuta diatur kompetensi Ratione Materiae, kompetensi Ratione Personae, kompetensi Ratione Loci, Kompetensi Ratione Temporis serta kompetensi yang bersamaan dan Prinsip non-bis-in-idem.

Kompetensi Ratione Materiae diatur dalam pasal 2-5 yang meliputi:

- 1). Pelanggaran berat (grave breaches) terhadap Konvensi-Konvensi Jenewa 1949 (Pasal 2), yaitu:
 - (a). Pembunuhan yang disengaja;
 - (b). Penyiksaan atau perlakuan tidak manusiawi, termasuk percobaan biologis;

- (c). Dengan sengaja menyebabkan penderitaan atau luka-luka yang serius pada tubuh atau kesehatan;
 - (d). Penghancuran dan pengambilan barang-barang yang tidak berhubungan dengan kepentingan militer secara tidak sah dan sewenang-wenang;
 - (e). Memaksa tawanan perang atau penduduk sipil untuk memperkuat armada musuh;
 - (f). Dengan sengaja menghilangkan hak-hak tawanan perang atau penduduk sipil terhadap pengadilan yang adil;
 - (g). Memindahkan secara tidak sah atau membuat perbatasan wilayah penduduk sipil secara tidak sah;
 - (h). Penyanderaan penduduk sipil;
- 2). Pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang (sesuai pasal 3 Statuta yang mengacu pula pada Konvensi Den Haag IV 1907) meliputi:
- (a). pemakaian senjata beracun atau senjata lain yang dimaksudkan untuk menyebabkan penderitaan yang tidak perlu;
 - (b). penghancuran terhadap kota, desa atau perkampungan yang tidak berhubungan dengan kepentingan militer;
 - (c). serangan atau pemboman terhadap daerah yang tidak terlindung;
 - (d). merebut, menghancurkan atau dengan sengaja merusak tempat ibadah, institusi pendidikan maupun benda-benda budaya;
 - (e). penjarahan benda-benda milik umum maupun pribadi;

- 3). Genosida (sesuai pasal 4 ayat 3 Statuta) meliputi:
 - (a). genosida;
 - (b). persekongkolan untuk melakukan genosida;
 - (c). secara langsung dan terbuka menghasut untuk melakukan genosida;
 - (d). percobaan untuk melakukan genosida;
 - (e). terlibat dalam genosida;
- 4). Kejahatan terhadap kemanusiaan (sesuai pasal 5 statuta) meliputi tindakan yang dilakukan dalam keadaan konflik yaitu:
 - (a). Pembunuhan (murder);
 - (b). pemusnahan (extermination);
 - (c). perbudakan (enslavement);
 - (d). pengasingan (deportation);
 - (e). pemenjaraan (imprisonment);
 - (f). penyiksaan (torture);
 - (g). pemerkosaan (rape);
 - (h). penganiayaan dengan alasan politis, rasial atau religius (persecutions on political, racial and religious grounds);
 - (i). tindakan tidak manusiawi lainnya (other inhuman acts);

Kompetensi Ratione Personae diatur dalam pasal 6 Junto pasal 7 Statuta meliputi individu manusia (natural persons) yang dapat dimintakan pertanggungjawaban kriminal individual tanpa memandang jabatan dalam pemerintahan/negara;

Kompetensi Ratione Loci dan Ratione Temporis diatur bersamaan dalam pasal 8 Statuta yang meliputi wilayah darat, laut dan udara bekas Republik Sosialis Federal Yugoslavia serta dimulai dari tanggal 1 Januari 1991 yang dalam laporan Sekjen PBB dianggap sebagai tanggal yang netral karena tidak terkait dengan suatu peristiwa tertentu.

Kompetensi yang Bersamaan diatur dalam pasal 9 yang menjelaskan pengadilan Internasional memiliki keutamaan (Primary) daripada pengadilan nasional. Meskipun baik pengadilan internasional maupun pengadilan nasional mempunyai kompetensi yang bersamaan untuk mengadili pelaku pelanggaran berat di wilayah bekas Yugoslavia.

Selanjutnya Prinsip Non-bis-in-idem diatur dalam pasal 10 statuta, bahwa tidak seorangpun dapat diajukan kehadapan Pengadilan Nasional untuk mempertanggung-jawabkan perbuatannya melanggar hukum humaniter internasional sesuai statuta ini, apabila orang tersebut telah terlebih dahulu diadili oleh Pengadilan Internasional.

Sebaliknya Pasal 10 ayat 2 menjelaskan seseorang yang telah diadili dalam pengadilan nasional melanggar hukum humaniter internasional, dapat diadili lagi oleh pengadilan internasional, apabila:

- a). tindakan yang dituduhkan kepadanya digolongkan sebagai kejahatan biasa; atau
- b). proses bekerja pengadilan nasional tidak jujur dan tidak independen, dan diatur untuk melindungi terdakwa dari tanggungjawab kriminal internasional.

Sesuai pasal 24 Statuta, hukuman maksimal yang dapat diajukan adalah penjara seumur hidup. Juga tidak mengenal peradilan in absentia, oleh karena berdasarkan pasal 29 Statuta, semua negara berkewajiban mematuhi perintah pengadilan termasuk perintah menangkap atau menyerahkan individu/pelaku yang diperintahkan untuk diadili.

g. Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Rwanda (Tribunal Rwanda)

Sama dengan Tribunal Ex Yugoslavia, juga Tribunal Rwanda (the International Criminal Tribunal for Rwanda-ICTR) di Arusha dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB untuk memeriksa dan mengadili pelaku pelanggaran hak-hak asasi manusia yang berat. Berdasarkan "the Independent Commission of Experts Established in Accordance with Security Council Resolution 935, the Rwanda Commission " melakukan investigasi pelanggaran HAM yang berat yang terjadi selama perang saudara (civil war) di Rwanda tahun 1994. Pelanggaran HAM yang berat dimaksudkan adalah genosida dan pelanggaran hukum humaniter yang dilakukan secara "Systematic, Widespread and flagrant" (Sistimatis, meluas dan menyolok). Ternyata syarat ini belum ada pada Tribunal Ex Yugoslavia. Kemudian syarat tersebut menjadi penekanan pada Statuta ICC.

Selain itu, desakan pembentukan Tribunal Rwanda disebabkan karena sistem dan lembaga peradilan nasional Rwanda dianggap tidak mampu atau gagal menyelenggarakan proses peradilan bagi para pelaku pelanggaran HAM yang berat. Tidak terdapat Hakim dan pengadilan nasional Rwanda yang diharapkan dapat melakukan proses peradilan dimaksud. Sehingga kasusnya diambil alih oleh Pengadilan Pidana (HAM) Internasional Ad Hoc yang dibentuk Dewan Keamanan PBB, yaitu Tribunal Rwanda.

Jadi terdapat dua alasan mendasar yang mendesak dibentuknya Tribunal Rwanda, yaitu:

- 1). Telah terjadi pelanggaran HAM yang berat terutama dalam bentuk genosida di Rwanda dan sekitarnya;

- 2). Kegagalan lembaga dan sistem peradilan pidana nasional menangani kasus tersebut;

Sedang kriteria untuk menentukan telah terjadi kegagalan lembaga dan sistem peradilan pidana nasional secara menyeluruh atau substansial menangani pelanggaran HAM yang berat, adalah:

- 1). Tidak ada lembaga dan sistem peradilan pidana nasional yang dapat menangani kasus tersebut;
- 2). Lembaga dan sistem peradilan pidana nasional yang ada tidak bersedia mencari/menemukan tersangka, atau saksi, atau bukti-bukti;
- 3). Lembaga dan sistem peradilan pidana nasional menyelenggarakan proses peradilan yang sengaja melindungi pelaku kejahatan (tersangka/terdakwa) dari ancaman hukuman;
- 4). Lembaga dan sistem peradilan pidana nasional tidak mampu menyelenggarakan proses peradilan pidana yang adil dan patut, seperti: tidak independen, bersifat memihak, bersifat apriori, diskriminasi, mengabaikan hak-hak tersangka / terdakwa atau korban, dan bentuk-bentuk pelanggaran prinsip "denial of justice" (penyangkalan terhadap keadilan) lainnya;

Kewenangan untuk menentukan terpenuhi-tidaknya kriteria tersebut diatas ada pada Dewan Keamanan PBB selaku lembaga yang berwenang membentuk tribunal internasional ad hoc. Berbeda pada ICC, yang menentukan ada tidaknya kesungguhan (*genuinely*) atau ketidakmauan (*unwillingness*) atau ketidakmampuan (*inability*) lembaga dan sistem peradilan pidana nasional menangani kasus pelanggaran HAM yang berat adalah ICC itu sendiri. Hal ini sangat terkait dengan prinsip *Admissibility* ICC dalam pasal 17 Statuta ICC.

Dalam hal ini menurut Muladi lembaga peradilan pidana nasional seringkali tidak mau atau tidak mampu berbuat, baik karena harus mengadili warga negaranya sendiri yang kadang-kadang posisinya sangat tinggi ataupun karena ketidakberdayaan (collapsed) lembaga peradilan tersebut seperti yang terjadi di Rwanda.⁴⁶

Sebagaimana diketahui, istilah "tribunal" digunakan bagi pengadilan pidana internasional ad hoc. Sedang "court" digunakan bagi ICC yang bersifat permanen.

h. Pengadilan Pidana Internasional (The International Criminal Court)

Bahwa pembentukan ICC disahkan dalam Sidang UN Diplomatik Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court yang diselenggarakan di Roma pada tanggal 15 Juni - 17 Juli 1998. Pada saat itulah diputuskan dan ditandatangani Statuta pembentukan ICC yang dikenal dengan The Rome Statute of International Criminal Court, UN. Doc. A/Conf.183/9 (July 17,1998).

Statuta Roma 1998 ini telah berlaku efektif sejak tanggal 1 Juli 2002 yaitu saat lewat hari ke-60 sejak ratifikasi negara ke-60 pada tanggal 11 April 2002 sesuai maksud pasal 126 Statuta. Pada tanggal tersebut telah tercatat 66 negara meratifikasi statuta bersamaan dengan negara yang ke-60.

Pembentukan ICC yang merupakan pengadilan pidana internasional permanen dan independen telah dirintis sejak berakhirnya perang dunia I yang dilakukan oleh Liga Bangsa Bangsa berdasarkan pasal 227 Perjanjian Perdamaian Versailles. Tetapi upaya ini gagal dengan meletusnya perang dunia II.

⁴⁶ Muladi, 2001. op cit hlm 5

Kemudian gagasan ini dilanjutkan oleh PBB dengan membentuk The Committee on Codification of International Law pada tanggal 21 November 1947 yang bertugas merumuskan prinsip-prinsip hukum internasional yang telah diakui dalam The Charter dan Tribunal of the Nuremberg Trial.

Semula Panitia Hukum Internasional ini memikirkan pula kemungkinan pembentukan Sidang Majelis Pidana di dalam Mahkamah Internasional (The International Court of Justice). Tetapi kemungkinan ini tidak dapat terwujud. Hal ini dapat dimengerti mengingat statuta Mahkamah Internasional hanya memungkinkan negara menjadi pihak berperkara dihadapannya. Sedang gagasan pembentukan ICC adalah untuk mengadili dan menghukum perorangan (individu) yang melakukan kejahatan kemanusiaan atau pelanggaran berat terhadap Hak Asasi Manusia.

Pertimbangan pembentukan ICC antara lain disebabkan bahwa telah terjadi kejahatan-kejahatan kemanusiaan yang tidak dapat dibayangkan yang sangat mengguncang kesadaran manusia selama abad ini dan telah menimbulkan korban jutaan anak, pria dan wanita. Diakui pula bahwa kejahatan-kejahatan kemanusiaan ini telah mengancam perdamaian, keamanan dan keselamatan dunia. Kejahatan-kejahatan kemanusiaan ini tidak dapat dibiarkan dan harus diakhiri. Oleh karena itu setiap negara mempunyai tugas melaksanakan yurisdiksi-pidananya mengadili kejahatan-kejahatan internasional ini. Dalam rangka inilah ICC dibentuk untuk harus dijadikan pelengkap terhadap yurisdiksi pidana nasional.

Keberadaan ICC sebagai pelengkap yurisdiksi pidana suatu negara dimaksudkan apabila Pengadilan Pidana Negara tersebut sungguh-sungguh (genuinely) tidak berkemauan (unwillingness) sesuai pasal 17 (2) atau tidak

berkemampuan (inability) sesuai pasal 17 (3) statuta untuk melaksanakan yurisdiksi pidananya terhadap para pelaku kejahatan kemanusiaan yang diatur dalam pasal 5 statuta, maka ICC mempunyai kewajiban untuk melaksanakan yurisdiksi pidananya mengadili kasus kejahatan kemanusiaan tersebut berdasarkan Statuta Roma 1998.

Bahwa gagasan pembentukan sebuah pengadilan tetap international yang berwenang mengadili para pelaku kejahatan atau pelanggaran berat HAM telah dikukuhkan dalam Sidang Diplomatik Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an international Criminal Court-ICC) yang dikenal dengan The Rome Statute of International Criminal Court, UN. Doc.A/Conf.183 (Juli 17, 1998) disingkat Statuta Roma 1998 atau Statuta ICC.

Setelah mendapat ratifikasi negara ke-60 pada tanggal 11 April 2002 maka kehadiran ICC sebagai sebuah lembaga peradilan pidana international telah sah dan kini menunggu pengisian formasi hakim dan perangkat kelembagaan lainnya agar dapat menjalankan tugas dan tanggung-jawabnya sesuai Statuta Roma 1998.

Sedang yurisdiksi ICC menurut pasal 5 ayat 1 statuta Roma 1998 meliputi kejahatan atau pelanggaran berat HAM dalam bentuk genocida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan agresi. Selain yurisdiksi tentang pokok perkara (subject matter jurisdiction / *ratione material*) diatas juga yurisdiksi ICC menyangkut: *ratione temporis*, *ratione loci*, individual, administrasi dan *contemp of court*.

Selanjutnya berdasarkan pasal 29, yurisdiksi ICC tidak dapat dibatasi dengan konvensi atau perjanjian international manapun.

Sangat disayangkan Indonesia tidak menandatangani Statuta Roma ini sehingga tidak mempunyai hak untuk mengajukan calon hakim yang dibutuhkan. Peluang untuk menjadi hakim ICC sangat bergantung pada kebaikan negara lain yang mau mencalonkan hakim yang berkewarganegaraan RI.

Bahwa ide pembentukan ICC merupakan suatu perjuangan panjang setidaknya selama 50 tahun. Dimulai sejak Resolusi Sidang Umum PBB tanggal 21 November 1947 yang membentuk The Committee on Codification of International Law yang bertugas merumuskan prinsip-prinsip hukum internasional yang telah diakui dalam The Charter dan Tribunal of the Nuremberg Trial di tahun 1945. Semula melalui resolusi ini negara peserta meminta perhatian komite mengenai kemungkinan pelaku kejahatan atau pelanggaran berat HAM dapat menjadi bagian dari yurisdiksi international Court of Justice yang telah terbentuk.

Menurut hemat penulis dua hal utama yang menghambat kemungkinan kejahatan atau pelanggaran berat HAM menjadi bagian dari yurisdiksi Mahkamah International, yaitu:

- 1). Hanya negara yang dapat berperkara dimuka Mahkamah International. Sehingga yang dimintakan pertanggungjawaban atas suatu peristiwa adalah negara. Sedang kejahatan atau pelanggaran berat HAM merupakan perbuatan Individual, sehingga yang dimintakan pertanggungjawaban adalah individu.
- 2). Pertanggungjawaban yang dapat dimintakan pada negara adalah pertanggungjawaban dalam hukum perdata (seperti pernyataan maaf atau pernyataan bersalah). Sedang pertanggungjawaban yang dapat dimintakan pada individual yang bersangkutan adalah pertanggungjawaban pidana (seperti

pemberian hukuman penjara). Namun demikian, terdapat saling keterkaitan erat antara individu dan negara dalam proses terjadinya peristiwa kejahatan atau pelanggaran berat HAM, bahkan sejarah kejahatan atau pelanggaran berat HAM berawal dari kejahatan perang atau konflik bersenjata yang melibatkan aparat militer suatu negara. Oleh karena itu maka tepatlah upaya mempersandingkan kedua mahkamah peradilan tersebut (ICJ dan ICC) yang bermarkas di Den Haag.

Dari uraian singkat pembentukan beberapa lembaga penyelesaian sengketa baik yang berbentuk arbitrase maupun pengadilan di atas, setidaknya dapat ditarik beberapa kesimpulan:

- 1). Terdapat benang biru yang menghubungkan pembentukan lembaga arbitrase dan pengadilan internasional diatas.
- 2). Benang biru tersebut berupa hasrat dan semangat berbagai pihak untuk mengadili individu pelaku kejahatan atau pelanggaran berat HAM melalui sebuah peradilan internasional yang tetap.
- 3). Pembentukan lembaga arbitrase dan pengadilan internasional tersebut berlatar-belakang semakin besar korban manusia yang ditimbulkan oleh peristiwa kejahatan atau pelanggaran berat HAM dalam penyelesaian sengketa secara kekerasan bersenjata (perang). Selain itu telah mengancam perdamaian, keamanan dan keselamatan dunia.

3. Peran Pengadilan Nasional

Bahwa peran peradilan nasional suatu Negara dalam rangka penegakan hukum terhadap kejahatan kemanusiaan terbuka lebar bahkan diutamakan sehubungan dengan sifat komplementari ICC sebagaimana ditegaskan pada bagian pembukaan dan pasal 1 Statuta ICC.

Dalam bagian kesepuluh pada pembukaan Statuta ICC dinyatakan:

"Menekankan bahwa Pengadilan Pidana Internasional yang dibentuk sesuai Undang-undang ini harus menjadi pelengkap terhadap yurisdiksi pidana nasional".

Kemudian dalam pasal 1 ditegaskan lagi:

"Pengadilan Pidana Internasional (selanjutnya disebut "Pengadilan") dengan Undang-undang ini dibentuk. Pengadilan ini merupakan lembaga yang permanen dan akan mempunyai kekuasaan untuk melaksanakan yurisdiksinya terhadap orang-orang yang melakukan kejahatan-kejahatan yang paling serius yang menjadi perhatian internasional, sebagaimana yang disebutkan pada Undang-undang ini, dan akan menjadi pelengkap yurisdiksi hukum pidana nasional. Yurisdiksi dan fungsi pengadilan itu akan diatur dengan ketentuan-ketentuan dalam Undang-undang ini".

Penegasan prinsip komplementari yang dianut ICC ini merupakan suatu perkembangan baru dalam sejarah peradilan internasional yang selama ini mengenal prinsip Primacy yang mengembangkan paham bahwa yurisdiksi (hukum/lembaga hukum) internasional harus lebih dominan dari yurisdiksi nasional.

Menurut hemat penulis prinsip komplementeri merupakan bukti fleksibilitas terhadap sensitifitas prinsip kedaulatan negara yang umumnya dianut secara ekstrim negara-negara sedang berkembang atau negara yang dipimpin oleh rezim penguasa yang abnormal dimana cenderung terjadi pelanggaran HAM yang berat, dengan

demikian dapat menjadi alasan memproteksi diri dari intervensi negara lain.

Selanjutnya jika dihubungkan dengan teori Monisme dan teori Dualisme yang dikenal dalam literatur hukum internasional tentang hubungan hukum internasional dengan hukum nasional, maka prinsip komplementari tersebut mencerminkan ICC menganut teori Dualisme. Sedang prinsip primacy cenderung menganut teori Monisme.

Dengan demikian maka dengan sifat komplementari ini, ICC dan pengadilan nasional dipandang sebagai pengadilan yang tunduk pada dua sistem hukum yang terpisah yang mempunyai wilayah-lingkungan berlakunya masing-masing. Sehingga untuk menerapkan yurisdiksi ICC ke dalam yurisdiksi peradilan pidana nasional, terlebih dahulu diadakan "transformasi" Statuta ICC ke dalam sistem hukum nasional negara yang bersangkutan.

Transformasi yang dimaksud dapat dilakukan dalam bentuk Ratifikasi (Ratification), Aksesasi (Accession), Penerimaan (Acceptance) dan Penyetujuan (Approval).

Hukum Internasional tidak mengatur cara dan syarat-syarat yang diperlukan untuk melakukan "transformasi" hukum internasional ke dalam hukum nasional. Semuanya diserahkan menurut hukum nasional setiap negara.

Indonesia telah lama mempraktekkan beberapa bentuk transformasi hukum tersebut di atas, tetapi baru pada tanggal 23 Oktober 2000 mengundangkan UU RI No.24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional, yang mengatur cara dan syarat-syarat pengesahan suatu perjanjian internasional menjadi bagian dari hukum nasional untuk dilaksanakan. Dengan pengesahan melalui undang-undang RI tersebut Indonesia mengikatkan diri untuk melaksanakan di dalam yurisdiksi-territorialnya semua ketentuan-ketentuan hukum dari perjanjian internasional tersebut sebagai bagian dari hukum nasional Indonesia.

Sebagaimana diketahui UU No.24 Tahun 2000 mengatur pengertian pengesahan dan bentuk-bentuk pengesahan dalam pasal 1 ayat 2 dengan menyatakan:

"Pengesahan adalah perbuatan hukum untuk mengikat diri pada suatu perjanjian internasional dalam bentuk ratifikasi (ratification) aksesi (accession), penerimaan (acceptance) dan penyetujuan (approval)."

Kemudian, cara dan syarat-syarat pengesahan perjanjian internasional diatur dalam pasal 10 yang berbunyi:

"Pengesahan perjanjian internasional dilakukan dengan undang-undang apabila berkenaan dengan:

- (1) masalah politik, perdamaian, pertahanan, dan keamanan negara;
- (2) perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara Republik Indonesia;
- (3) kedaulatan atau hak berdaulat negara; hak asasi manusia dan lingkungan hidup;
- (4) pembentukan kaidah hukum baru; pinjaman dan/atau hibah luar negeri.

Selanjutnya pasal 11 menegaskan:

- (1) Pengesahan perjanjian internasional yang materinya tidak termasuk materi sebagaimana dimaksud pasal 10, dilakukan dengan keputusan presiden.

Selain persyaratan di atas, masih terdapat syarat lainnya sebagaimana yang disebut dalam pasal 9 yang menyatakan:

- (1) Pengesahan perjanjian internasional oleh Pemerintah Republik Indonesia dilakukan sepanjang dipersyaratkan oleh perjanjian internasional tersebut.

Dengan demikian pengesahan (ratifikasi, aksesi, penerimaan atau penyetujuan) perjanjian internasional menjadi bagian dari hukum nasional Indonesia dilakukan dengan cara pembuatan Undang-undang khusus untuk itu atau penerbitan Keputusan Presiden khusus untuk itu.

Sedang syarat-syarat pengesahan yang harus dipenuhi adalah:

- 1). syarat yang ditetapkan dalam pasal 9 ayat 1;
- 2). syarat-syarat yang ditetapkan dalam pasal 10 untuk pengesahan dengan Undang-undang.
- 3). syarat-syarat yang dinyatakan dalam pasal 11 ayat 1 untuk pengesahan dengan Keputusan Presiden.

Namun demikian ternyata Indonesia belum menempuh cara pengesahan (ratifikasi, Aksepsi, penerimaan atau penyetujuan) terhadap Statuta Roma 1998 sebagai perjanjian internasional. Indonesia lebih memilih mengadopsi langsung sebagian ketentuan Statuta Roma 1998 kedalam hukum nasionalnya dalam bentuk UU No.26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM. Keberadaan Undang-undang ini ditempuh Indonesia untuk menunjukkan kepeduliannya yang penuh kesungguhan (“genuinely”) ingin (“willing”) dan mampu (“ability”) melaksanakan suatu peradilan terhadap pelaku kejahatan kemanusiaan yang terjadi di Indonesia. Pembentukan undang-undang ini merupakan upaya politik hukum negara Indonesia melaksanakan kewajiban internasionalnya sebagai subjek hukum internasional dalam kehidupan masyarakat internasional. Politik hukum ini dilakukan dengan cara menempatkan prinsip-prinsip Statuta Roma 1998 kedalam UU No.26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Sehingga prinsip-prinsip Stata Roma 1998 ini menjadi bagian dari hukum nasional Indonesia yang berlaku dalam yurisdiksi peradilan nasional Indonesia. Walaupun hanya memuat dua yurisdiksi pokok perkara (Subject Matter Jurisdiction/Ratione Materiel), yaitu kejahatan genosida (the Crime of Genocide) dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan (Crime against Humanity), akan tetapi Undang-undang ini memiliki jangkauan yurisdiksi waktu (Temporal Jurisdiction/Ratione Temporis) yang lebih panjang dibanding Statuta Roma 1998, karena Undang-Undang ini mengatur Peradilan HAM ad hoc (pasal 43 UU No.26/2000) yang berwenang mengadili kasus-kasus pelanggaran berat HAM dimasa lalu . Dengan demikian

menerapkan asas retroaktif, sedang Statuta menerapkan asas Non-retroactivity (pasal 24 Statuta, sehingga yurisdiksi ICC tidak menjangkau kejahatan kemanusiaan yang terjadi dimasa lampau.

Walaupun yurisdiksi pokok perkara (Subject Matter Jurisdiction/Ratione Materiel) Peradilan HAM Indonesia hanya menyangkut dua jenis kejahatan, yaitu kejahatan genosida (the Crime of Genocide) dan Kejahatan terhadap Kemanusiaan (Crime against Humanity), namun melalui metode penemuan hukum dapat pula menjangkau kejahatan perang (war crime) bahkan kejahatan Agresi (the crime of aggression). Hal ini dimungkinkan karena Indonesia telah ikut serta dalam seluruh Konvensi Jenewa tanggal 12 Agustus 1949 tentang Perlindungan Korban Perang melalui pernyataan turut serta tertanggal 10 September 1958 berdasarkan UU No. 59 tahun 1958, sementara yurisdiksi kejahatan perang (war crimes) ICC merujuk pada Konvensi Jenewa 1949 tersebut. Dalam Konvensi Jenewa 1949 tersebut diatur berbagai ketentuan tentang kejahatan perang yang juga menjangkau kejahatan agresi. Serta penegasan konvensi bahwa merupakan kewajiban internasional setiap negara untuk menghormati dan melaksanakan dan menyebarkan ketentuan-ketentuan konvensi.

Demikian menurut:

- a. Pasal 1 jo 47 keempat Konvensi Jenewa 1949:
“**berjanji** dan **menjamin** menghormati & **sebarluaskan** isi Konvensi”
- b. Alinea keenam Mukadimah Statuta Pengadilan Pidana Internasional (ICC) 1998 tersebut ditegaskan:
“**melaksanakan** yurisdiksi pidananya sesuai Statuta”

C. Konsep Yurisdiksi Pengadilan Pidana Internasional

1. Yurisdiksi Pokok Perkara (Subject Matter Jurisdiction/Ratione Material)

Dalam pasal 5 ayat 1 Statuta Roma 1998 ditegaskan yurisdiksi ICC adalah kejahatan atau pelanggaran berat HAM yang meliputi:

- a. The Crime of Genocide
- b. Crime against humanity
- c. War Crimes
- d. The Crimes of aggression

Selanjutnya rumusan jenis-jenis kejahatan Kemanusiaan diatas (terkecuali kejahatan agresi) telah dirumuskan secara jelas pada pasal 6,7 dan 8 statuta Roma 1998.

a. The Crime of Genocide

Kejahatan genosida diatur dalam pasal 6 Statuta Roma 1998 dengan rumusan, bahwa genocide (pemusnahan etnis) berarti setiap tindakan berikut ini yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan, secara keseluruhan ataupun sebagian, kelompok bangsa, etnis, ras atau agama seperti:

- (a) Pembunuhan para anggota kelompok;
- (b) Menyebabkan kerusakan/luka-luka tubuh ataupun mental yang sangat serius terhadap para anggota kelompok;
- (c) Dengan sengaja merugikan kondisi-kondisi kehidupan kelompok yang diperhitungkan dapat berakibat pada kerusakan fisik secara keseluruhan ataupun sebagian;
- (d) Tindakan-tindakan berat yang dimaksudkan untuk mencegah kelahiran kelompok itu;
- (e) Pemindahan paksa anak-anak dari suatu kelompok ke kelompok lain;

Bahwa rumusan kejahatan genosida yang menjadi yurisdiksi ICC diatas adalah sama dengan rumusan kejahatan genosida yang diatur dalam pasal 7a UU RI No.26 tahun 2000, bahkan sebelumnya telah dinyatakan dalam pasal 2 Konvensi Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida (Convention the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) yang disahkan melalui Resolusi Majelis Umum PBB No.260 B (III) tgl.9 Desember 1948. Namun Konvensi Genosida 1948 ini lebih luas sebagaimana diatur pada pasal 3 yang meliputi juga perbuatan-perbuatan yang sehubungan dengan genosida yang dapat dihukum, yaitu:

- (a) Genosida
- (b) Persekongkolan untuk melakukan genosida
- (c) Hasutan langsung dan didepan umum, untuk melakukan genosida
- (d) Mencoba melakukan genosida
- (e) Keterlibatan dalam genosida

Selain itu dalam pasal 1 Konvensi Genosida 1948 ditegaskan sebagai kejahatan menurut hukum internasional genosida baik yang dilakukan dimasa damai maupun masa perang. Sedang dalam Statuta Roma 1998 tidak secara tegas dinyatakan. Sehingga menurut hemat penulis bahwa genosida yang menjadi yurisdiksi ICC adalah genosida yang dilakukan dimasa damai dan genosida yang dilakukan dimasa perang atau konflik bersenjata merupakan bagian dari kejahatan perang sehingga tunduk pada yurisdiksi ICC tentang kejahatan perang. Jadi terhadap genosida dimasa damai diberlakukan yurisdiksi ICC tentang genosida sesuai pasal 6 sedang genosida dimasa perang atau konflik bersenjata diberlakukan yurisdiksi ICC tentang kejahatan perang sesuai pasal 8.

Demikian juga pasal 6 Konvensi Genosida 1948 yang mengatur kemungkinan adanya suatu tribunal nasional dan tribunal pidana internasional untuk mengadili kejahatan genosida adalah selaras dengan pasal 1 dan bagian pertimbangan Statuta Roma 1998 tentang prinsip komplementari ICC sebagai peradilan pidana internasional terhadap peradilan pidana nasional suatu negara dalam mengadili kejahatan genosida.

Konvensi Genosida 1948 merupakan salah satu konvensi yang secara tegas menginginkan pembentukan suatu peradilan pidana internasional selain peradilan pidana nasional untuk mengadili kejahatan kemanusiaan khususnya genosida. Majelis Umum PBB mendukung prinsip-prinsip Nuremberg sehingga berupaya merumuskan tugas-tugas suatu Dewan Kriminal Internasional. Defenisi dari tugas dewan ini diprakarsai melalui Resolusi 260 B (III) yang disahkan oleh MU PBB pada tanggal 9 Desember 1948. Dalam Resolusi itu Majelis Umum meminta komisi hukum internasional untuk: Mempelajari keinginan dan kemungkinan pendirian suatu organ pengadilan internasional untuk mengadili orang-orang yang dituduh mengadakan pemusnahan suatu suku atau suku bangsa atau melakukan tindakan kriminal lainnya dimana kepada orang tersebut diberikan hak hukum yang diatur dalam konvensi-konvensi internasional.

Dengan adanya permintaan MU PBB kepada Komisi Hukum Internasional diatas maka semula berkembang pemikiran memasukkan kejahatan kemanusiaan termasuk genosida menjadi yurisdiksi Mahkamah Internasional (International Court of Justice) yang telah terbentuk. Namun mendapat kendala diantaranya yang utama adalah hanya negara yang boleh menjadi pihak-berperkara di muka Mahkamah Internasional (pasal 34 (1) Statuta Mahkamah Internasional). Sedang tujuan yang ingin

dicapai bagi peradilan kejahatan kemanusiaan adalah untuk menghukum pelaku-pelaku kejahatan kemanusiaan secara individual.

Memang dalam kasus terbunuhnya Pangeran Bernadotte dari Swedia selaku utusan khusus perdamaian PBB di Timur Tengah, Mahkamah Internasional dengan Advisory opinion (sesuai pasal 65 Statuta Mahkamah) Memberikan kemungkinan PBB dapat menjadi pihak dihadapan Mahkamah Internasional. Sehingga merupakan pengecualian dari pasal 34 (1) Statuta Mahkamah yang hanya memungkinkan negara sebagai pihak berperkara.

Akan tetapi Advisory opinion Mahkamah tersebut belum cukup menjadi dasar hukum bagi yurisdiksi pidana Mahkamah Internasional mengadili individu-individu pelaku kejahatan kemanusiaan. Apalagi ternyata legal opinium tersebut tidak dilaksanakan oleh PBB mengajukan perkara tewasnya Pangeran Bernadotte tersebut ke Mahkamah Internasional.

Kendala yang lain adalah menyangkut penerapan yurisdiksi hukumnya yaitu Mahkamah Internasional menerapkan hukum publik-privat sedang peradilan pidana internasional yang diinginkan menerapkan hukum pidana (nasional dan internasional).

b. Crime Against Humanity

Kejahatan terhadap kemanusiaan ini diatur dalam pasal 7 Statuta Roma 1998 dengan rumusan:

- 1) Untuk tujuan undang-undang ini, "kejahatan terhadap kemanusiaan" berarti setiap tindakan-tindakan berikut ini apabila dilakukan sebagai bagian dari upaya penyerangan yang sistimatis dan menyebar luas yang diarahkan terhadap salah satu kelompok penduduk sipil, dengan penyerangan yang disengaja:
 - (a) Pembunuhan;
 - (b) Pembasmian;
 - (c) Perbudakan ;

- (d) Deportasi atau pemindahan paksa penduduk;
- (e) Pemenjaraan atau tekanan-tekanan kebebasan fisik yang kejam yang melanggar peraturan dasar hukum international;
- (f) Penyiksaan;
- (g) Perbudakan seksual, prostitusi paksa, kehamilan paksa, sterilisasi paksa, atau bentuk-bentuk pelanggaran seksual lainnya dengan tingkat keseriusan yang dapat diperbandingkan;
- (h) Tuntutan terhadap kelompok tertentu yang dapat diidentifikasi atau dilakukan secara bersama-sama dalam bidang politik, ras, bangsa, etnik, budaya, agama, jenis kelamin sebagaimana dijelaskan pada ayat 3, atau dasar-dasar lain yang secara universal dikenal sebagai hal yang tidak dapat diizinkan sesuai dengan hukum international, sehubungan dengan suatu tindakan yang disebutkan pada ayat ini atau kejahatan dalam yurisdiksi pengadilan itu;
- (i) Penculikan/penghilangan paksa seseorang;
- (j) Kejahatan apartheid;
- (k) Tindakan-tindakan tidak berperikemanusiaan lain dari sifat yang sama secara sengaja menyebabkan penderitaan yang besar atau kecelakaan yang serius terhadap tubuh atau mental atau kesehatan phisik.

2). Untuk tujuan ayat 1:

- (a) "Penyerangan yang diarahkan terhadap penduduk sipil" berarti suatu tindakan yang melibatkan perbuatan tindakan yang berlipat ganda yang disebutkan pada ayat 1 terhadap penduduk sipil, sesuai dengan atau merupakan kelanjutan dari kebijakan suatu negara atau organisasi untuk melakukan penyerangan itu;
- (b) "Pemusnahan" mencakup hukuman atau yang sengaja dari kondisi-kondisi penyiksaan kehidupan, inter alia perampasan akses terhadap makanan dan obat-obatan yang diperhitungkan membawa akibat kerusakan dari bagian suatu populasi;
- (c) "Perbudakan" yaitu pelaksanaan salah satu atau semua kekuasaan yang melekat pada hak kepemilikan seseorang dan termasuk pelaksanaan kekuasaan itu dalam pelaksanaan perdagangan orang, pada khususnya wanita dan anak-anak;
- (d) "Deportasi" atau pemindahan penduduk secara paksa" yaitu pemindahan paksa orang-orang yang terkait dengan pengusiran atau tindakan-tindakan lain dari daerah dimana mereka secara hukum berada, tanpa dasar-dasar yang diizinkan sesuai dengan hukum internasional;
- (e) "Penyiksaan" yaitu penyiksaan yang sengaja dari rasa sakit yang sangat berat atau menderita, baik secara fisik maupun mental pada seseorang yang berada dalam penjagaan atau di bawah kontrol dari terdakwa; kecuali bahwa penyiksaan itu tidak termasuk rasa sakit atau menderita yang timbul hanya dari,

- yang menjadi sifat atau secara tidak disengaja dari sanksi-sanksi hukum;
- (f) "Kehamilan yang dipaksa" yaitu pengurangan yang tidak berdasar hukum dari seorang wanita yang dipaksa untuk hamil, dengan maksud mempengaruhi komposisi etnis dari suatu populasi atau melakukan pelanggaran-pelanggaran berat lain dari hukum internasional. Defenisi ini bagaimanapun juga tidak boleh diinterpretasikan mempengaruhi hukum nasional yang berhubungan dengan kehamilan;
 - (g) "Penganiayaan" yaitu perampasan yang disengaja dan kejam dari hak-hak dasar yang bertentangan dengan hukum internasional dengan alasan identitas dari kelompok atau pengelompokkan;
 - (h) "Kejahatan apartheid" yaitu tindakan-tindakan yang disebutkan pada ayat 1, yang dilakukan dalam konteks resim yang dilembagakan dari penekanan sistimatis dan dominasi sistimatis oleh salah satu kelompok rasial terhadap kelompok rasial lain atau beberapa kelompok dan dilakukan dengan maksud untuk menjaga resim itu;
 - (i) "Penghilangan paksa orang" yaitu penangkapan, penahanan, atau penculikan orang-orang oleh atau dengan kewenangan, dukungan atau pengakuan dari negara atau organisasi politik yang diikuti dengan penolakan untuk mengakui bahwa perampasan kebebasan atau keberadaan dari orang-orang itu, dengan maksud menghilangkannya dari perlindungan hukum untuk jangka waktu yang lama;

- 3). Untuk tujuan undang-undang ini, hal ini dipahami bahwa istilah "jenis kelamin" merujuk pada dua jenis kelamin, pria dan wanita, dalam konteks masyarakat. Istilah "gender" tidak menunjukkan adanya pengertian yang berbeda seperti diatas.

Yurisdiksi ICC tentang Kejahatan terhadap kemanusiaan ini ditegaskan pula sebagai yurisdiksi Pengadilan HAM di Indonesia sebagai diatur dalam UU RI No.26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM dalam pasal 7b dengan rumusan yang sama.

Bahwa rumusan kejahatan terhadap kemanusiaan ini lebih terinci luas dibanding rumusan yang sama yang terdapat dalam Piagam Perjanjian London 1945 (London Agreement of 1945 for the European Axis) yang disahkan pada tanggal 8 Agustus 1945 oleh AS, Inggris, Perancis dan Uni Soviet selaku pemenang Perang Dunia II. Dalam pasal 6 c dirumuskan kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu pembunuhan, membinasakan, memperbudak, pengasingan dan lain-lain kekejaman di luar kemanusiaan terhadap penduduk sipil, yang dijalankan sebelum atau sesudah ada perang, penuntutan berdasarkan alasan-alasan politik, rasialisme, atau keagamaan. Organisasi yang mengorganisir, menghasut dan membantu mereka yang turut serta dalam memformulir atau melaksanakan rencana bersama komplotan untuk menjalankan kejahatan-kejahatan tersebut adalah bertanggungjawab atas perbuatan orang-orang (oknum-oknum) yang menjalankan rencana-rencana tersebut.

Prinsip hukum tentang kejahatan terhadap kemanusiaan ini kemudian menjadi salah satu prinsip hukum internasional yang diterapkan untuk mengadili pelaku kejahatan perang oleh Tribunal Neremberg dan Tokyo.

Demikianpun rumusan kejahatan terhadap kemanusiaan tersebar luas dan berwujud dalam rumusan pelanggaran HAM dalam Deklarasi Universal tentang Hak-Hak Asasi Manusia (Universal Declaration of Human Right) Resolusi MU PBB 217 A(III) 10 Desember 1948, dan Konvensi Genewa 1945. Berikut ini tersebut berbagai konvensi dan deklarasi internasional tentang HAM :⁴⁷

A). Instrumen-instrumen Umum:

- (A.1). Deklarasi Universal tentang Hak-hak Asasi Manusia
- (A.2). Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik
- (A.3). Protokol Opsional Kovenan tentang Hak-hak Sipil dan Politik
- (A.4). Protokol Opsional Kedua pada Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik, yang Ditujukan pada Penghapusan Hukuman Mati
- (A.5). Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya
- (A.6). Proklamasi Teheran
- (A.7). Piagam tentang Hak-hak dan Kewajiban-kewajiban Ekonomi Negara, 3281 (XXIX), Disetujui oleh Majelis Umum, 12 Desember 1974
- (A.8). Resolusi 1503 (XLVIII): Prosedur untuk Menangani Surat Pengaduan tentang Pelanggaran Hak-hak Asasi Manusia
- (A.9). Resolusi 1235 (XLII): Pelanggaran Hak-hak Asasi Manusia dan Kebebasan Dasar, termasuk Kebijakan-kebijakan Diskriminasi Rasial dan Pemisahan Rasial dan Apartheid

⁴⁷ Peter Baehr, Pieter Van Dijk, Adnan Buyung Nasution dan Leo Zwaak. *Instrumen Internasional Pokok Hak Hak Asasi Manusia*. Penerbit: Yayasan Obor Indonesia, 2001, Jakarta, hlm. viii-xiv

- (A.10).Piagam Afrika tentang Hak-hak Asasi Manusia dan Hak-hak Rakyat
 - (A.11).Deklarasi Amerika tentang Hak-hak dan Kewajiban-kewajiban Manusia
 - (A.12) Konvensi Amerika tentang Hak-hak Asasi Manusia, ditandatangani di San Josepada tanggal 22 November 1969, mulai berlaku pada tanggal 18 Juli 1978
 - (A.13).Konvensi bagi Perlindungan Hak-hak Asasi Manusia dan Kebebasan Dasar
 - (A.14).Piagam Sosial Eropah, ditandatangani di Turin pada tanggal 18 Oktober 1961, mulai berlaku pada tanggal 26 Februari 1965
- B). Penentuan Nasib Sendiri:
- (B.1). Deklarasi tentang Pemberian Kemerdekaan kepada Negara-negara dan Bangsa-bangsa Jajahan
 - (B.2). Resolusi Majelis Umum 1803 (XVII) 14 Desember 1962, "Kedaulatan Permanen atas Sumber Daya Alam"
- C). Pencegahan Diskriminasi:
- (C.1). Konvensi Internasional tentang Penghapusan Semua Bentuk Diskriminasi Rasial
 - (C.2). Konvensi Internasional mengenai Penindasan dan Penghukuman Kejahatan Apartheid
 - (C.3). Konvensi Tentang Penghapusan Semua Bentuk Diskriminasi terhadap Wanita Konvensi melawan Diskriminasi dalam Pendidikan

- (C.5). Protokol yang Membentuk Komisi Konsiliasi dan Jasa baik yang bertanggungjawab atas Pencarian Penyelesaian Perselisihan Apapun yang Mungkin Timbul di antara Negara Peserta Konvensi melawan Diskriminasi dalam Pendidikan
- (C.6). Konvensi Diskriminasi (Pekerjaan dan Jabatan), Konvensi (No.111) tentang Diskriminasi mengenai Pekerjaan dan jabatan (C.4).
- (C.7). Deklarasi tentang Penghapusan Semua Bentuk ketidakrukunan dan Diskriminasi Berdasarkan Agama atau Kepercayaan
- (C.8). Deklarasi tentang Ras dan Prasangka Rasial
- D). Administrasi Peradilan, Penahanan dan Penganiayaan
 - (D.1). Peraturan-peraturan Standar Minimum bagi Perlakuan terhadap Narapidana
 - (D.2). Konvensi melawan Penganiayaan dan Perlakuan Kejam yang Lain, Tidak Manusiawi atau Hukuman yang Menghinakan
 - (D.3). Konvensi Eropah untuk Pencegahan Penganiayaan dan Perlakuan Tidak manusiawi atau Hukuman yang Menghinakan
 - (D.4). Konvensi Inter-Amerika untuk Mencegah dan Menghukum Penganiayaan
 - (D.5). Aturan-aturan Tingkah Laku bagi Petugas Penegak hukum

- (D.6). Prinsip-prinsip Etika Kedokteran, yang Relevan dengan Peran Personel Kesehatan, terutama para Dokter, dalam Perlindungan Narapidana dan Tahanan terhadap Penganiayaan dan Perlakuan Kejam yang Lain, Tidak Manusiawi atau Hukuman yang Menghinakan
- (D.7). Prinsip-prinsip Dasar tentang kemandirian Pengadilan
- (D.8). Kumpulan Prinsip-prinsip untuk Perlindungan Semua Orang yang Berada dibawah Bentuk Penahanan Apa pun atau Pemenjaraan
- E). Kejahatan Perang, Kejahatan Kemanusiaan, termasuk Genosida
 - (E.1). Konvensi tentang Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida
 - (E.2). Konvensi tentang Tidak Dapat Ditetapkannya Pembatasan Statuta pada Kejahatan Perang dan Kejahatan Kemanusiaan
- F). Perbudakan dan Lembaga dan Praktek-praktek Serupa
 - (F.1). Konvensi Perbudakan
 - (F.2). Konvensi Pelengkap tentang Penghapusan Perbudakan, Perdagangan Budak, dan Lembaga dan Praktek Serupa dengan Perbudakan
 - (F.3). Konvensi Kerja Paksa
 - (F.4). Konvensi Penghapusan Kerja Paksa
 - (F.5) Konvensi untuk Menumpas Perdagangan Orang dan Eksploitasi Pelacuran Orang Lain

- G). Kewarganegaraan, Ketiadaan Kewarganegaraan, Suaka dan Pengungsi
 - (G.1). Konvensi tentang Kewarganegaraan Wanita Kawin
 - (G.2) Konvensi tentang Kewarganegaraan Wanita (Montevideo, tahun 1933)
 - (G.3). Konvensi tentang Pengurangan Ketiadaan Kewarganegaraan
 - (G.4). Konvensi mengenai Status Orang yang Tidak Berkewarganegaraan
 - (G.5). Konvensi mengenai Status Pengungsi
 - (G.6). Protokol mengenai Status Pengungsi
 - (G.7). Deklarasi tentang Suaka Teritorial
 - (G.8). Persetujuan Eropah tentang Penghapusan Visa bagi Pengungsi, Tahun 1959
 - (G.9). Persetujuan Eropah tentang Pengalihan Pertanggungjawaban untuk Pengungsi, Tahun 1980
 - (G.10). Konvensi tentang Suaka Politik
 - (G.11). Konvensi tentang Suaka Diplomatik Rancangan Protokol Tambahan pada Konvensi-konvensi tentang Suaka Diplomatik:
 - (G.12) Konvensi tentang Suaka Teritorial
 - (G.13). Konvensi Organisasi Kesatuan Afrika mengenai Aspek-aspek Khusus Permasalahan Pengungsi di Afrika
- H). Perkawinan dan Keluarga, Anak-anak dan Remaja
 - (H.1). Konvensi mengenai Persetujuan Perkawinan, Usia Minimum Perkawinan dan Pencatatan Perkawinan
 - (H.2). Konvensi tentang Hak-hak Anak
 - (H.3). Konvensi Eropah tentang Status Hukum Anak yang Lahir di Luar Ikatan Perkawinan

- I). Hak untuk Bekerja dan Hak untuk Bebas Berhimpun
 - (I.1). Konvensi tentang Kebebasan Berhimpun dan Perlindungan Hak untuk Berorganisasi
 - (I.2). Konvensi tentang Hak Berorganisasi dan Penawaran Kolektif
 - (I.3). Konvensi Tentang Perwakilan Pekerja
 - (I.4). Konvensi Kebijakan Pekerjaan
 - (I.5). Konvensi tentang Penggajian yang Sama
 - (I.6). Konvensi Eropah tentang Status Hukum Pekerja Pendatang
- J). Kesejahteraan Sosial, Kemajuan dan Pembangunan
 - (J.1). Deklarasi Universal tentang Pemberantasan Kelaparan dan kekurangan Gizi
 - (J.2). Deklarasi tentang Hak atas Pembangunan
- K). Hak-hak Politik dan Sipil Wanita
 - (K.1). Konvensi tentang Hak-hak Politik Wanita
 - (K.2). Konvensi Inter-Amerika tentang Pemberian Hak-hak Politik kepada Wanita
 - (K.3). Konvensi Inter-Amerika tentang Pemberian Hak-hak Sipil kepada Wanita
- L). Kebebasan Informasi dan Perlindungan Data
 - (L.1). Konvensi tentang Hak Koreksi Internasional
 - (L.2). Konvensi untuk Perlindungan Individu mengenai Pemrosesan Otomatis Data Pribadi
- M). Penduduk Asli dan Kelompok Minoritas
 - (M.1). Konvensi tentang Penduduk Asli dan Penduduk Suku di negara-negara Merdeka
 - (M.2). Rancangan Deklarasi tentang hak-hak Orang-orang yang termasuk Kelompok Minoritas Bangsa atau Etnis, Agama, dan Bahasa.

Dalam instrumen nasional Indonesia rumusan pelanggaran HAM termuat dalam :

- 1). UUD 1945 & Amandemen khususnya pasal 5 ayat (1), Pasal 20 ayat (1), Pasal 26, Pasal 27, Pasal 28, Pasal 29, Pasal 30, Pasal 31, Pasal 33 ayat (1) & ayat (3), dan Pasal 34.
- 2). TAP MPR RI No.XVII/MPR/1998 Tentang Hak Asasi Manusia
- 3). UU RI No.39 Tahun 1999 Tentang Hak-Hak Asasi Manusia
- 4). UU RI No.26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia
- 5). Pelbagai UU RI tentang Ratifikasi Konvensi-Konvensi Internasional yang terkait dengan HAM.

c. War Crime

Kejahatan perang dirumuskan secara detail dalam pasal 8 Statuta ICC, sebagai berikut:

- 1). Pengadilan mempunyai yurisdiksi yang berkaitan dengan kejahatan perang pada khususnya ketika dilakukan sebagai bagian dari perencanaan atau kebijakan atau sebagai bagian dari perbuatan yang mempunyai dampak skala luas dari kejahatan itu.
- 2). Untuk tujuan Undang-undang ini, "kejahatan perang" berarti:
 - (a) Pelanggaran-pelanggaran berat terhadap Konvensi Jenewa tertanggal 12 Agustus 1949, yaitu setiap tindakan-tindakan berikut ini terhadap orang-orang atau kekayaan yang dilindungi sesuai dengan ketentuan-ketentuan Konvensi Jenewa yang bersangkutan:
 - (i) Pembunuhan yang disengaja;
 - (ii) Penyiksaan atau perlakuan tidak manusiawi, termasuk uji coba biologi;

- (iii) Kesengajaan yang menyebabkan penderitaan atau rasa sakit yang luar biasa terhadap tubuh atau kesehatan; Pengrusakan yang berlebih-lebihan dan pemusnahan harta benda/ kekayaan, yang tidak dibenarkan oleh kebutuhan-kebutuhan militer dan dilakukan secara tidak berdasarkan hukum dan tanpa alasan;
 - (iv) Pengrusakan yang berlebih-lebihan dan pemusnahan harta benda/ kekayaan, yang tidak dibenarkan oleh kebutuhan-kebutuhan militer dan dilakukan secara tidak berdasarkan hukum dan tanpa alasan;
 - (v) Pemaksaan tahanan perang atau orang yang dilindungi lainnya untuk melaksanakan secara paksa kekuasaan yang sedang bertempur;
 - (vi) Penyiksaan tahanan perang atau orang yang dilindungi lainnya untuk melaksanakan secara paksa kekuasaan yang sedang bertempur;
 - (vii) Penyiksaan disengaja terhadap tahanan perang atau orang yang dilindungi lainnya dari hak-hak pengadilan yang adil dan reguler;
 - (viii) Deportasi atau pengalihan orang yang tidak berdasarkan hukum atau pengurangan yang tidak berdasarkan hukum;
 - (ix) Penyanderaan.
- (b) Pelanggaran-pelanggaran berat lainnya terhadap hukum dan hukum adat yang berlaku dalam konflik bersenjata internasional dalam kerangka kerja yang ditetapkan dari hukum internasional yaitu setiap tindakan-tindakan berikut ini:

- (i) Dengan sengaja mengarahkan penyerangan terhadap penduduk sipil seperti atau terhadap penduduk sipil secara individu yang tidak ambil bagian secara langsung dalam kerusuhan/permusuhan itu;
- (ii) Dengan sengaja mengadakan penyerangan terhadap obyek-obyek sipil yaitu obyek-obyek yang bukan merupakan obyek-obyek militer;
- (iii) Dengan sengaja mengarahkan penyerangan terhadap personil, instalasi, bahan-bahan, unit atau kendaraan-kendaraan yang terlibat dalam bantuan kemanusiaan atau misi penjagaan keamanan sesuai dengan Piagam PBB, sepanjang hal tersebut mendapat perlindungan yang diberikan terhadap orang-orang sipil atau obyek-obyek sipil sesuai dengan hukum international dari konflik bersenjata;
- (iv) Secara sengaja melancarkan serangan yang menurut pengetahuannya bahwa penyerangan itu akan menyebabkan kerugian yang tiba-tiba terhadap jiwa atau kecelakaan terhadap warga sipil atau kerusakan terhadap obyek-obyek sipil atau kerusakan-kerusakan yang luas, jangka panjang dan berat terhadap lingkungan alam yang dengan jelas akan berhubungan dengan keuntungan-keuntungan militer yang kongkrit dan langsung secara keseluruhan yang dapat diantisipasi;

- (v) Penyerangan atau bombardir, dengan cara apapun kota-kota, desa-desa, tempat-tempat hunian atau gedung-gedung yang tidak dipertahankan dan yang bukan merupakan obyek-obyek militer;
- (vi) Pembunuhan atau penyiksaan sandera yang telah meletakkan senjatanya atau tidak lagi mempunyai daya pertahanan, telah menyerahkan kebijaksanaannya;
- (vii) Membuat penggunaan yang tidak tepat bendera gencatan senjata, bendera atau tanda-tanda militer serta seragam musuh atau PBB, serta perangkat-perangkat Konvensi Jenewa, yang mengakibatkan kematian atau kecelakaan jiwa yang gawat;
- (viii) Pengalihan, secara langsung ataupun tidak langsung, dengan penempatan kekuasaan sebagian dari penduduk sipilnya sendiri ke wilayah huniannya, atau deportasi atau pengalihan seluruh atau sebagian penduduk dari wilayah yang ditempati di dalam atau di luar wilayahnya;
- (ix) Dengan sengaja mengarahkan penyerangan terhadap gedung-gedung yang diperuntukkan untuk tujuan agama, pendidikan, seni, ilmu pengetahuan atau tujuan amal, monumen-monumen histories, rumah sakit, dan tempat-tempat dimana orang-orang sakit dan luka dikumpulkan, asal mereka bukan obyek militer;

- (x) Melakukan pada orang-orang yang berada pada kekuasaan pihak lawan, mutilasi fisik atau eksperimen medis atau ilmiah dari salah satu jenis yang tidak dibenarkan oleh perawatan medis, gigi atau perawatan rumah sakit dari orang yang bersangkutan demi kepentingan-kepentingannya, dan yang menyebabkan kematian terhadap atau bahaya yang serius terhadap kesehatan orang atau beberapa orang itu;
- (xi) Pembunuhan atau mengakibatkan luka terhadap individu-individu yang menjadi milik bangsa yang bermusuhan atau angkatan bersenjata;
- (xii) Menyatakan bahwa tidak ada tempat tinggal yang akan diberikan;
- (xiii) Merusak atau menyita harta kekayaan musuh kecuali pengrusakan atau penyitaan itu diminta dengan tegas untuk kebutuhan-kebutuhan perang;
- (xiv) Menyatakan hilang, berhenti atau tidak dapat diizinkan di pengadilan hukum hak-hak dan tindakan-tindakan pihak nasional maupun pihak yang bermusuhan;
- (xv) Memaksa bangsa-bangsa dari pihak yang bermusuhan untuk ambil bagian dalam operasi perang yang diarahkan terhadap negaranya sendiri, bahkan apabila mereka berada dalam layanan belligerent sebelum memulai perang itu;
- (xvi) Penjarahan kota atau tempat, bahkan apabila dilakukan dengan penyerangan;
- (xvii) Menggunakan racun atau senjata beracun;

- (xviii) Menggunakan gas asphyxiating, gas beracun atau gas-gas lain, dan semua bahan-bahan cairan, bahan-bahan dan perangkat-perangkat yang sama;
- (xix) Menggunakan peluru tajam yang menyebar atau mudah menusuk pada tubuh manusia, seperti peluru-peluru dengan pelindung keras yang intinya tidak tertutup seluruhnya atau diberi incisions;
- (xx) Menggunakan senjata, proyektil dan bahan-bahan serta metode perang yang sifatnya dapat menyebabkan kecelakaan yang maha berat atau penderitaan yang tidak diperlukan atau yang secara disengaja tidak membedakan dalam pelanggaran hak internasional atau konflik bersenjata, asalkan senjata-senjata, proyektil dan bahan-bahan serta metode perang itu mangacu pada larangan yang komprehensif dan termasuk dalam lampiran Undang-undang ini, dengan perubahan-perubahannya sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang relevan yang ditetapkan pada pasal 121 dan 123;
- (xxi) Melakukan kekejaman terhadap harta benda manusia, pada khususnya kemanusiaan dan perlakuan kejam;
- (xxii) Melakukan pemerkosaan, perbudakan, perbudakan seks, prostitusi paksa, kehamilan paksa, sebagaimana yang diidentifikasi pada pasal 7 ayat 2 (f), sterilisasi paksa atau bentuk-bentuk pelanggaran seksual lain apapun yang juga

merupakan pelanggaran berat terhadap Konvensi Jenewa;

(xxiii) Menggunakan keberadaan masyarakat sipil atau orang yang dilindungi lain untuk tameng titik-titik, daerah-daerah atau kekebalan-kekebalan kekuasaan militer tertentu dari operasi militer;

(xxiv) Dengan sengaja mengarahkan serangan terhadap bangunan-bangunan, unit-unit medis dan transportasi dan personil-personil yang menggunakan perangkat khusus dari Konvensi Jenewa sesuai dengan hukum internasional;

(xxv) Sengaja menggunakan kelaparan sipil sebagai metode perang dengan membiarkan mereka menghilangkan obyek-obyek yang tidak dapat diperbaiki bagi kelanjutan hidupnya termasuk dengan sengaja menghambat pasokan-pasokan sebagaimana yang diberikan sesuai dengan Konvensi Jenewa;

(xxvi) Memaksa atau mengikutsertakan anak-anak di bawah umur limabelas tahun dalam kekuatan bersenjata nasional atau menggunakannya untuk berpartisipasi aktif dalam pertempuran.

(c) Dalam hal konflik bersenjata bukan bersifat internasional, pelanggaran-pelanggaran serius dari pasal 3 pada Konvensi Jenewa ke empat tanggal 12 Agustus 1949, yaitu setiap tindakan berikut ini yang dilakukan terhadap orang-orang yang tidak ambil bagian secara aktif dalam pertempuran termasuk para anggota angkatan bersenjata yang telah meletakkan senjatanya/menyerah dan mereka yang

ditempatkan hors de combat karena sakit, luka, penahanan atau sebab-sebab lain apapun:

- (i) Pelanggaran terhadap nyawa dan orang, pada khususnya pembunuhan tanpa pandang bulu, mutilasi, perlakuan kejam dan penyiksaan;
 - (ii) Melakukan penyiksaan pada harkat pribadi, khususnya kemanusiaan dan perlakuan kejam;
 - (iii) Penyanderaan;
 - (iv) Memberikan hukuman dan melakukan eksekusi tanpa pengadilan terlebih dahulu yang diumumkan oleh pengadilan yang dilembagakan secara reguler, yang mengupayakan seluruh jaminan yudisial yang secara umum dikenal sangat diperlukan;
- (d) Ayat 2 © berlaku bagi konflik bersenjata yang bukan bersifat internasional dan dengan demikian tidak berlaku bagi situasi-situasi gangguan internal dan ketegangan-ketegangan, seperti kerusuhan, tindakan-tindakan isolasi dan sporadic dari pelanggaran dan tindakan-tindakan lain dari sifat yang serupa.
- (e) Pelanggaran-pelanggaran hukum serius lainnya dan hukum tradisional yang berlaku di dalam konflik bersenjata yang bukan bersifat internasional, dalam kerangka kerja yang ditetapkan pada hukum internasional yaitu setiap tindakan berikut ini:
- (i) Dengan sengaja mengarahkan serangan terhadap penduduk sipil seperti atau terhadap warga negara sipil yang tidak ambil bagian secara langsung dalam pertempuran/ permusuhan itu;

- (ii) Dengan sengaja mengarahkan serangan terhadap bangunan, bahan-bahan, unit medis dan transportasi, dan personil yang menggunakan perangkat khusus dari Konvensi Jenewa sesuai dengan hukum internasional;
- (iii) Dengan sengaja mengarahkan serangan terhadap personil, instalasi, bahan-bahan unit atau kendaraan yang terlibat dalam bantuan kemanusiaan atau misi penjaga keamanan sesuai dengan Piagam PBB, dan juga mereka berhak mendapat perlindungan yang diberikan kepada warga sipil atau obyek-obyek sipil sesuai dengan hukum internasional dari konflik bersenjata;
- (iv) Dengan sengaja mengarahkan penyerangan terhadap bangunan-bangunan yang diperuntukkan untuk tujuan keagamaan, pendidikan, seni, ilmu pengetahuan atau tujuan-tujuan amal, monumen bersejarah, rumah sakit dan tempat-tempat dimana orang-orang sakit berada asalkan mereka bukan tujuan militer;
- (v) Penjarahan kota atau tempat, bahkan apabila dilakukan dengan penyerangan;
- (vi) Melakukan pemerkosaan, perbudakan seksual, prostitusi paksa, kehamilan paksa, sebagaimana dijelaskan pada pasal 7 ayat 2 (f), sterilisasi paksa dan setiap bentuk pelanggaran seksual lainnya dan juga yang merupakan pelanggaran serius terhadap pasal 3 sampai dengan Konvensi Jenewa keempat;
- (vii) Mengikutsertakan atau mendaftarkan anak-anak di bawah umur limabelas

- tahun dalam angkatan bersenjata atau kelompok-kelompok atau menggunakannya untuk berpartisipasi aktif dalam kerusuhan;
- (viii) Memerintahkan pemindahan populasi atau penduduk sipil untuk alasan-alasan yang terkait dengan konflik kecuali menjamin masyarakat sipil yang terlibat atau untuk alasan-alasan militer imperatif yang diminta;
 - (ix) Pembunuhan atau mengakibatkan luka yang hebat;
 - (x) Menyatakan bahwa tidak ada tempat yang akan diberikan;
 - (xi) Menjadikan orang-orang yang berada pada kekuasaan pihak lain yang bertikai sebagai obyek mutilasi fisik atau pada uji coba medis atau ilmiah dari jenis apapun yang tidak dibenarkan oleh medis, kedokteran gigi atau rumah sakit dari orang-orang yang bersangkutan yang tidak dilakukan pada kepentingannya, yang menyebabkan kematian atau bahaya yang serius terhadap kesehatan orang atau beberapa orang itu;
 - (xii) Merusak atau menyita harta benda pihak lain kecuali pengrusakan atau penyitaan itu dituntut dengan tegas oleh kebutuhan konflik;
- (f) Ayat 2 (e) berlaku bagi konflik bersenjata yang bukan bersifat internasional dan dengan demikian tidak berlaku bagi situasi-situasi gangguan internal dan ketegangan - ketegangan, seperti kerusuhan, tindakan-tindakan isolasi dan sporadic dari pelanggaran atau tindakan-tindakan lain dari sifat yang serupa. Ini berlaku bagi konflik bersenjata

yang berlangsung di wilayah suatu Negara apabila ada konflik bersenjata yang terjadi antara pemerintah dan kelompok bersenjata terorganisir atau antara kelompok-kelompok itu.

- 3) Tidak ada ketentuan dalam ayat 2 (c) dan (e) yang akan mempengaruhi tanggung jawab Pemerintah untuk menjaga atau menetapkan kembali undang-undang atau aturan di Negara itu atau untuk mempertahankan kesatuan dan integritas wilayah Negara itu, dengan segala cara yang sah.

Dari rumusan diatas dapat disimak pelanggaran berat HAM yang dikategorikan sebagai kejahatan perang tersebut diatas terjadi dalam situasi konflik bersenjata internasional (pasal 8 ayat 2 (b) dan situasi konflik bersenjata non internasional (pasal 8 ayat 2 (c).

Dalam situasi konflik bersenjata internasional yang diterapkan adalah keempat Konvensi Jenewa dan Protokol Tambahan I. Sedang dalam situasi konflik bersenjata non internasional yang diberlakukan adalah Pasal 3 dalam keempat konvensi Jenewa dan Protokol Tambahan II.

Yang dimaksud konflik bersenjata internasional adalah perang antar negara. sedang konflik bersenjata non internasional adalah konflik bersenjata yang terjadi antara pemerintah (tentara nasional) dengan kelompok bersenjata terorganisir atau antar kelompok bersenjata terorganisir yang satu dengan yang lainnya (pasal 2 (f).

Situasi-situasi gangguan internal dan ketegangan-ketegangan, seperti kerusuhan, tindakan-tindakan isolasi dan sporadis lainnya tidak termasuk dalam pengertian konflik bersenjata non internasional. Sehingga terhadapnya tidak diberlakukan yurisdiksi ICC tentang kejahatan perang ini.

Namun demikian dalam situasi kekacauan-kekerasan dalam negeri seperti tersebut diatas yang belum merupakan konflik bersenjata, perlindungan minimal terhadap Hak Asasi Manusia tetap dijamin oleh hukum, karena perlindungan HAM sudah merupakan tekad dan gerakan internasional.

Sehubungan dengan itu, menurut Muladi⁴⁸, ada penemuan yang progresif dari praktek kedua Tribunal Nuremberg dan Tokyo yaitu pandangan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan (crimes against humanity) dapat dilakukan dalam keadaan damai (peacetime) dan hakekat kejahatan perang dapat terjadi pada konflik bersenjata internal.

Begitupun rumusan kejahatan perang dalam pasal 8 Statuta Roma 1998 atau Statuta ICC tidak terlepas dari sejarah perang dunia kedua dimana merupakan tekad bersama negara-negara sekutu untuk mengadili dan menghukum para pelaku kejahatan perang Jerman, dan Jepang jika perang telah usai. Untuk itu disepakati Deklarasi Moskow tanggal 30 Oktober 1943 dilanjutkan Piagam Perjanjian London 1945 dimana dalam pasal 6 diatur bentuk-bentuk kejahatan perang yang dapat dijatuhi hukuman, yaitu:

- 1) Kejahatan terhadap perdamaian yaitu, merencanakan, mempersiapkan, memulai atau menjalankan perang agresi, atau perang yang melanggar perjanjian-perjanjian internasional, persetujuan-persetujuan atau jaminan-jaminan, atau turut serta dalam rencana-rencana bersama atau komplotan untuk mencapai salah satu dari tujuan perbuatan-perbuatan tersebut diatas.

⁴⁸ Muladi. Perbandingan Hukum Pidana Internasional dengan Hukum Pidana menurut Undang-undang No.26 / 2000. Ceramah FH. UNDIP Semarang, 2002 hlm. 4

- 2) Kejahatan perang yaitu, pelanggaran-pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan-kebiasaan perang, seperti pembunuhan, perlakuan kejam terhadap penduduk sipil dengan mengasingkan mereka, mengerjakan mereka secara paksa atau diwilayah pendudukan memperlakukan tawanan-tawanan perang dengan kejam, membunuh mereka atau memperlakukan mereka yang dilaut secara demikian, merajah milik negara atau perseorangan, menghancurkan kota atau desa dengan semau-maunya atau membinasakannya dengan tidak ada alasan kepentingan militer.
- 3) Kejahatan terhadap kemanusiaan yaitu, pembunuhan, membinasakan, memperbudak, pengasingan dan lain-lain kekejaman diluar prikemanusiaan terhadap penduduk sipil yang dijalankan sebelum atau selama perang, penuntutan berdasarkan alasan-alasan politik, rasialisme atau keagamaan yang dalam hubungannya dengan suatu kejahatan yang berada dalam yurisdiksi mahkamah, atau apakah tidak merupakan pelanggaran dari hukum dalam negeri yang bersangkutan jika tidak dilakukan.

Keinginan untuk mengadili dan menghukum para pelaku kejahatan perang dunia II pada awalnya dinyatakan secara unilateral melalui pelbagai deklarasi-deklarasi antara lain :⁴⁹

⁴⁹ Oebit Sabi T. Hukum Perang dan Humaniter, FH-UNPAD. hlm.18-19

- a) Secara sendiri-sendiri Presiden AS F.D. Roosevelt dan Perdana Menteri Inggris W. Churchill pada tanggal 25 Oktober 1941 dan deklarasi Menteri Luar Negeri Uni Soviet Molotov pada tanggal 17 November 1941 mengatakan bahwa kekejaman dan kebiadaban Jerman harus diadili sesudah Perang Dunia II selesai;
- b) Deklarasi St. James tahun 1942, kemudian tanggal 13 Januari 1942 oleh negara-negara Belgia, Chekoslavia, Luxemburg, Norwegia, Polandia, Yugoslavia, Yunani, Belanda dan Perancis yang berada di London secara bersama mengatakan adanya perbuatan-perbuatan Nazi Jerman yang keji dengan konsesi tindakan perang atau kejahatan-kejahatan politiknya terhadap penduduk sipil yang tak bersalah di Negara-negara yang didudukinya, maka nantinya sesudah perang selesai terhadap pelaku-pelaku tersebut, harus diberikan hukuman melalui saluran badan-badan peradilan guna menyatakan kesalahan dan atau bertanggungjawab terhadap kejahatan-kejahatan tersebut.
- c) Deklarasi Moskow tanggal 30 Oktober 1943. Dengan adanya Deklarasi Moskow terhadap kekejaman Jerman pada tanggal 30 Oktober 1943, dari Presiden Amerika Serikat Roosevelt, Perdana Menteri Uni Soviet Stalin untuk mengadili penjahat-penjahat perang Jerman segera sesudah Perang Dunia II selesai yaitu, perwira-perwira Jerman dan anggota-anggotanya serta pengikut partai Nazi yang bertanggungjawab untuk ini atau yang telah mengambil bagian dalam keganasan-keganasan tersebut, pembunuhan-pembunuhan dan pelaksanaannya, mereka harus diadili dan dihukum sesuai dengan

hukum dari negara-negara bebas tersebut, dan atau pemerintah merdeka yang dibentuk nantinya.

- d) Perjanjian London tanggal 8 Agustus 1945 dan Deklarasi Panglima Tertinggi Tentara Sekutu untuk Timur Jauh di Tokyo tanggal 19 Januari 1946. Sesudah Jerman menyerah dan selesainya Perang Dunia II, di London diadakan konferensi atas dasar deklarasi Moskow tanggal 30 Oktober 1943 antara empat negara besar sekutu: AS, Inggris, Uni Soviet dan Perancis yang dimulai sejak tanggal 26 Juni 1945. Hasil konferensi tersebut adalah adanya perjanjian London (London Agreement) tanggal 8 Agustus 1945 tentang penuntutan dan pemidanaan kejahatan perang yang besar dari negara-negara poros Eropah. Berhasilnya disusun prosedur kerja Mahkamah Militer Internasional di Berlin pada tanggal 6 Oktober 1945 (Charter of the International Military Tribunal).

Kemudian proklamasi bersama pada tanggal 26 Juli 1945 oleh Presiden AS Harry S. Truman, PM Uni Soviet Stalin, PM. Inggris W.Churchill dan Presiden Cina Jenderal Chiang Kai Shek atas adanya Postdam Agreement 1945 yang diadakan dari tanggal 17 Juli sampai 2 Agustus 1945 menyatakan bahwa, bangsa Jepang tidak akan dimusnahkan sebagai bangsa, tetapi akan dihukum mereka yang telah melakukan kejahatan perang, termasuk mereka yang melakukan kekejaman terhadap tawanan perang.

Selanjutnya dalam literatur hukum humaniter dikenal "kejahatan perang dalam arti sempit" yaitu pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang, dalam hal ini pelanggaran terhadap keempat Konvensi Jenewa tahun 1949. Bentuk-bentuk tindakan pelanggaran tersebut terdapat dalam:

(a) Pasal 50 Konvensi Jenewa I yang berbunyi:

Pelanggaran-pelanggaran berat yang dimaksud oleh pasal terdahulu ialah pelanggaran yang meliputi perbuatan-perbuatan berikut, apabila dilakukan terhadap orang atau milik yang dilindungi oleh konvensi: pembunuhan disengaja, penganiayaan atau perlakuan tak berperikemanusiaan, termasuk percobaan biologis, menyebabkan dengan sengaja penderitaan besar atau luka berat atas badan atau kesehatan, serta pembinasaan yang luas dan tindakan pemilikan atas harta benda yang tidak dibenarkan oleh kepentingan militer dan yang dilaksanakan dengan melawan hukum dan dengan semena-mena.

(b) Pasal 130 Konvensi Jenewa III menyebutkan:

Pelanggaran-pelanggaran berat yang dimaksud oleh pasal terdahulu adalah pelanggaran yang meliputi perbuatan berikut, apabila dilakukan terhadap orang atau milik yang dilindungi oleh konvensi: pembunuhan disengaja, penganiayaan atau perlakuan tak berperikemanusiaan, termasuk percobaan biologis, menyebabkan dengan sengaja penderitaan besar atau luka berat atas badan atau kesehatan, memaksa seorang tawanan perang untuk berdinis dalam ketentaraan negara musuh atau dengan sengaja merampas hak-hak tawanan perang atau peradilan yang adil dan wajar yang ditentukan dalam konvensi ini.

(c) Pasal 147 Konvensi Jenewa IV menyebutkan:
Pelanggaran-pelanggaran berat yang dimaksud oleh pasal terdahulu adalah pelanggaran yang meliputi perbuatan berikut, apabila dilakukan terhadap orang atau milik yang dilindungi oleh konvensi: pembunuhan disengaja, penganiayaan atau perlakuan tak berprikemanusiaan, termasuk percobaan biologis, menyebabkan dengan sengaja penderitaan besar atau luka berat atas badan atau kesehatan, deportasi, pemindahan atau penahanan seorang yang dilindungi untuk berdinis dalam ketentaraan negara musuh, atau dengan sengaja merampas hak-hak orang yang dilindungi atas peradilan yang adil dan wajar yang ditentukan dalam konvensi ini, penyanderaan dan perusakan besar-besaran serta tindakan pemilikan atas harta benda yang tidak dibenarkan oleh kepentingan militer dan yang dilaksanakan dengan melawan hukum dan dengan sewenang-wenang.

Pelanggaran-pelanggaran dalam konvensi diatas menggambarkan jenis-jenis perbuatan yang lumrah terjadi dalam perang di darat, laut dan udara pada umumnya khususnya dalam Perang Dunia I dan Perang Dunia II.

Menurut GPH. Haryomataram⁵⁰ kejahatan perang dalam arti luas adalah:

- 1) Pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang.
- 2) Kejahatan terhadap perdamaian (crimes against peace)
- 3) Kejahatan terhadap prikemanusiaan (crimes against humanity)
- 4) Genocide.

⁵⁰ Haryamataram,GPH. Hukum Humaniter, Penerbit:CV.Rajawali, Jakarta, hlm.96

Sedang kejahatan perang dalam arti sempit adalah pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang.

Untuk memperjelas perlu pula dikemukakan pendapat beberapa ahli tentang kejahatan perang berikut ini.

Menurut Wirjono Prodjodikoro⁵¹, macam-macam tindakan yang dianggap merupakan kejahatan perang antara lain:

- 1) Mempergunakan racun atau gas beracun dalam peperangan,
- 2) Membunuh prajurit-prajurit yang sakit atau luka-luka,
- 3) Menghancurkan bangunan-bangunan yang tidak boleh dihancurkan seperti hospital, gereja, mesjid, museum, sekolah dan lain-lain sebagainya,
- 4) Menyerang kota-kota yang dinyatakan terbuka, yaitu yang tidak dilengkapi dengan alat-alat penangkis serangan bersenjata,
- 5) Merampas kapal-kapal laut swasta yang tidak boleh diserang seperti, kapal-kapal hospital, kapal-kapal dagang.

Sementara itu Oppenheim-Lauterpacht⁵² membedakan jenis-jenis kejahatan perang berdasarkan sifat dari kejahatan-kejahatan itu, yaitu:

- 1) Violations of recognised rules regarding warfare committed by members of the armed forces,
- 2) All hostilities in arms committed by individuals who are not members of the enemy armed forces,
- 3) Espionage and war treason,

⁵¹ Wirjono Prodjodikoro, Azas-azas Hukum Publik Internasional, 1967, Penerbit: PT. Pembimbing Masa, Jakarta, hlm. 173

⁵² Oppenheim-Lauterpacht, International Law. Vol. II: War and Neutrality, Seventh Edition, Longmans, hlm. 567

4) All Marauding acts.

Begitupun Ali Sastroamidjojo⁵³ membagi kejahatan perang dalam empat jenis, yaitu:

- 1) Pelanggaran-pelanggaran peraturan-peraturan perang yang berlaku dengan sah, oleh anggota-anggota angkatan bersenjata musuh.
- 2) Semua tindakan permusuhan bersenjata yang dilakukan oleh oknum-oknum yang bukan anggota-anggota bersenjata musuh.
- 3) Spionase dan penghianatan perang.
- 4) Tindakan-tindakan yang merupakan perajahatan (penggedoran).

Bahwa rumusan kejahatan perang dalam pasal 8 ICC merujuk pada Konvensi Jenewa tanggal 12 Agustus 1949. Konvensi Jenewa ini terdiri dari empat konvensi yang secara bersama-sama dinamakan Konvensi Jenewa 1949 mengenai Perlindungan Korban Perang, juga dikenal dengan nama Konvensi Paling Merah tahun 1949⁵⁴ Negara RI telah menerima seluruh Konvensi Jenewa 1949 tersebut berdasarkan Undang-Undang No.59 Tahun 1958 tanggal 10 September 1958 tentang Ikut Serta Negara Republik Indonesia dalam seluruh Konvensi Jenewa tanggal 12 Agustus 1949 yang dimuat dalam Lembaran Negara No.109, 1958 dan memori penjelasan dalam tambahan Lembaran Negara No.1644. Sebenarnya Negara RI bukan peserta konperensi diplomatik yang melahirkan Konvensi-Konvensi Jenewa 1949 tersebut. Namun melalui pernyataan turut serta (tanpa pensyaratan/reservation) tertanggal 10 September 1958 Republik Indonesia telah menjadi anggota Konvensi Konvensi Jenewa tahun 1949. Pernyataan turut serta semacam

⁵³ Ali Sastroamidjojo. *Pengantar Hukum Internasional*. Penerbit: Bharata, 1971, Jakarta. hlm.283

⁵⁴ Mochtar Kusumaatmadja, Op.cit. hlm.7

ini merupakan salah satu cara mengikat diri terhadap suatu perjanjian atau konvensi internasional yang dikenal dalam hukum internasional.⁵⁵

Cara penerimaan Konvensi Jenewa 1949 di atas dipergunakan dalam hubungannya dengan klausula formula penerimaan (acceptance formula Clause)⁵⁶. Kekuatan hukumnya sama dengan ratifikasi dan dibenarkan untuk memudahkan negara-negara bukan penandatangan menjadi anggota konvensi.

Cara pengesahan perjanjian internasional semacam ini telah dibakukan kedalam hukum nasional Indonesia melalui UU RI Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional, dimana dalam pasal 1 ayat 2 diatur bentuk-bentuk pengesahan dengan cara ratifikasi (ratification), aksesi (accession), penerimaan (acceptance) dan penyetujuan (approval).

Dengan demikian maka seharusnya pula Indonesia meratifikasi Statuta Roma 1998 apalagi telah mendapat ratifikasi lebih dari 60 negara pada tanggal 11 April 2002 dan berlaku efektif sejak tanggal 1 Juli 2002.

Selain itu AS sendiri yang tadinya menolak mentah-mentah Statuta Roma 1998 kini telah berubah sikap dengan menandatanganinya.

Sebagaimana yang dikemukakan Menteri Kehakiman dan HAM dalam acara pembukaan pelatihan Hakim Ad Hoc tanggal 5 November 2000 dengan menyatakan bahwa, di penghujung tahun 2000 perjuangan penegakan Hak Asasi Manusia (HAM) telah ditandai oleh 2 (dua) perkembangan penting, yaitu Amerika Serikat telah menandatangani Perjanjian Pengadilan Tetap Pidana Internasional

⁵⁵ Yudha Bhakti A. *Hukum Internasional Suatu Bunga Rampai*, 2000, Penerbit: Alumni, Bandung, hlm. 170

⁵⁶ Starke, J.G. *Pengantar Hukum Internasional*. 1986. Penerbit: Justitia Study Group Bandung, hlm. 244

(PPTPI) atau Statuta Roma 1998 dan DPR Khmer Merah telah menyetujui rancangan undang-undang pembentukan Pengadilan Khmer Merah untuk mengadili para pelaku kejahatan kemanusiaan semasa rezim PolPot. Semula AS tidak menyetujui Statuta Roma dengan alasan utama bahwa pengadilan akan dapat menerapkan yurisdiksinya atas peristiwa yang terjadi dalam wilayah sebuah negara yang telah menerima yurisdiksinya. Amerika mendesak agar Pengadilan hanya dapat menerapkan yurisdiksinya jika negara dimana tersangka adalah warga negaranya dan negara tersebut telah meratifikasi Statuta⁵⁷.

Selain itu, disebabkan serdadu dan kepentingan militer AS ada dimana-mana di wilayah dunia, maka dikhawatir berbagai konflik bersenjata yang melibatkan militer AS akan dapat menyeret serdadunya kedalam yurisdiksi pengadilan HAM negara setempat maupun ICC.

Sesungguhnya kejahatan kemanusiaan yang menjadi yurisdiksi ICC banyak diatur dalam KUH Pidana seperti pembunuhan berencana, penganiayaan/penyiksaan berat, perbudakan, penggunaan senjata dan berbagai jenis tindak kekerasan terhadap nyawa atau badan orang dan barang/benda lainnya, namun karena dilakukan secara sistimatis dan menyebar luas atau menjadi bagian dari perencanaan atau kebijakan yang berdampak skala luas dari suatu negara atau organisasi maka kejahatan kemanusiaan dalam statuta memperoleh karakteristik tersendiri dan pengaturan tersendiri dalam hukum pidana internasional yang seyogyanya dapat diadopsi kedalam sistim hukum pidana nasional setiap negara.

⁵⁷ Soedjono Dirdjosisworo. *Pengadilan Hak Hak Asasi Manusia Indonesia*. 2002. Penerbit: PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 147 & 146

Sehubungan dengan penjelasan kejahatan perang di atas kini menjadi pertanyaan yang menarik, apakah pemberlakuan Konvensi Jenewa 1949 terhadap kasus-kasus kejahatan perang yang tunduk pada yurisdiksi ICC tidak bersifat retroaktif ?

Menurut hemat penulis pemberlakuan Konvensi Jenewa 1949 oleh ICC dengan demikian juga oleh pengadilan pidana (HAM) nasional yang menerapkan yurisdiksi ICC tidak bersifat retroaktif atau tidak melanggar prinsip legalitas dalam Statuta ICC karena:

- 1) Pemberlakuan Konvensi Jenewa 1949 sama dengan pemberlakuan beberapa prinsip-prinsip hukum pidana internasional (universal) yang telah lama dikenal jauh sebelumnya sebagaimana yang disebutkan diikut dalam Statuta ICC, seperti: prinsip *Nullum crimen sine lege* (pasal 22), *Nulla poena sine lege* (pasal 23), *Non-retroactivity ratione personae* (pasal 24), prinsip tanggungjawab pidana individu (pasal 25), prinsip *admissibility* (pasal 17), prinsip *non-impunity* (pasal 27), prinsip tanggungjawab komandan/atasan (pasal 28) dan lain-lain.
- 2). Dengan disebutkannya secara tegas dalam Statuta ICC tersebut maka Konvensi Jenewa 1949 menjadi bagian tak terpisahkan dari statuta ICC, artinya ketentuan-ketentuan konvensi Jenewa 1949 menjadi ketentuan-ketentuan ICC yang keberlakuannya (kekuatan hukumnya) sama dengan ketentuan ICC lainnya sepanjang mengenai kejahatan perang di darat, laut dan udara terutama tentang konflik bersenjata internasional dan non internasional. Sehingga Konvensi Jenewa 1949 dapat diberlakukan terhadap kasus-kasus yang menjadi Yurisdiksi ICC yang terjadi setelah Statuta ICC berlaku efektif.

d. The Crime of Aggression

Tiga dari empat jenis kejahatan kemanusiaan universal yang menjadi yurisdiksi ICC secara berurutan dirumuskan dalam pasal 6,7 dan 8 Statuta Roma 1998. Sedang perumusan yurisdiksi ICC yang keempat tentang kejahatan agresi ini belum dilakukan menunggu selang waktu 7 tahun terhitung sejak 1 Juli 2002 saat mana mulai berlaku efektifnya statuta ini sebagaimana dimaksud pasal 5 ayat 2 yang merujuk pada pasal 121 tentang amandemen dan pasal 123 tentang peninjauan statuta.

Statuta Roma berlaku efektif mulai tanggal 1 Juli 2002 karena telah lewat hari ke-60 sejak ratifikasi negara ke-60 pada tanggal 11 April 2002.

Namun demikian oleh karena agresi sangat terkait dengan perang atau konflik bersenjata internasional bahkan merupakan bagian awal dari perang itu sendiri maka segala kejahatan kemanusiaan yang berat yang terkait dengan kejahatan agresi dapat terhisap kedalam yurisdiksi ICC tentang kejahatan perang. Kejahatan perang dapat dimulai dari kejahatan agresi, atau kejahatan agresi dapat berlanjut menjadi kejahatan perang. Tetapi kedua jenis kejahatan ini dapat dibedakan dan diatur sendiri-sendiri karena memiliki karakteristik yang berbeda.

Sebagai gambaran kedepan, maka sebaiknya dikemukakan beberapa konsepsi dan kaidah hukum internasional tentang agresi yang sesungguhnya telah lama dikenal dalam literatur hukum internasional.

Pada tahun 1954 Komisi Hukum Internasional pernah mengajukan konsep agresi kepada Majelis Umum PBB sebagaimana yang diungkapkan James Barros⁵⁸⁾, sebagai berikut:

⁵⁸ James Barros *.PBB Dulu, Kini dan Esok*. Alih Bahasa D.H.Gulo. Penerbit: Bumi Aksara, hlm.210

Tindakan-tindakan sebagai berikut adalah bertentangan dengan perdamaian dan keamanan umat manusia:

- 1) Setiap tindakan agresi, termasuk penempatan kekuatan bersenjata oleh penguasa sebuah negara terhadap negara lain dengan tujuan apapun kecuali pembelaan diri baik nasional maupun bersama atau menjalankan keputusan Perserikatan Bangsa Bangsa atau berdasarkan rekomendasi sebuah organ PBB yang berwenang.
- 2) Setiap ancaman oleh penguasa sebuah negara untuk terpaksa mengambil tindakan agresi terhadap negara lain.

Selain itu J.G. Starke⁵⁹ menyatakan bahwa Komisi Khusus yang dibentuk PBB merumuskan definisi agresi yang menggambarkan Agresi adalah penggunaan angkatan bersenjata oleh suatu negara terhadap kedaulatan, integritas wilayah atau kebebasan politik negara lain atau cara lain yang bertentangan dengan Piagam PBB sebagaimana diterapkan dalam definisi ini.

Dalam penerapannya, Tribunal Nuremberg dalam putusannya membedakan antara tindakan agresi seperti tindakan pendudukan Jerman atas Austria pada tahun 1938 dan Cekoslowakia pada tahun 1939 tanpa adanya perlawanan bersenjata yang berarti dengan perang agresi seperti pendudukan Jerman atas Polandia sejak 1 September 1939 yang mendapat perlawanan bersenjata yang sengit. Tetapi Tribunal Tokyo dalam putusannya sama sekali tidak mengadakan pembedaan antara tindakan agresi dan perang agresi.

⁵⁹ Starke, J.G. Op.cit. hlm.222

Jadi agresi adalah setiap ancaman kekuatan bersenjata suatu negara terhadap negara lain yang tidak berdasarkan pada upaya pembelaan diri (sesuai pasal 51 Piagam PBB) atau bukan keputusan atau saran organ PBB yang berwenang yaitu Dewan Keamanan PBB (sesuai pasal 39 jo. pasal 41 & pasal 42 Piagam PBB).

Kesulitan utama merumuskan agresi sebagaimana dikemukakan J.G. Starke⁶⁰ adalah bagaimana menentukan adanya perang agresi atau kapan permusuhan-permusuhan bukan perang menimbulkan tindakan agresi. Kesulitan ini dialami oleh komisi hukum internasional PBB dalam mempersiapkan suatu rancangan keputusan bagi yurisdiksi ICC tentang kejahatan agresi sehingga perumusannya masih memerlukan waktu 7 (tujuh) tahun setelah berlaku efektifnya ICC melalui upaya amandemen dan peninjauan statuta (pasal 121 jo 123 statuta ICC). Amerika Serikat juga menolak yurisdiksi ICC tentang kejahatan agresi, mengingat serdadu dan kepentingan militernya ada dimanamana dimuka bumi ini.

Sesungguhnya sejak berlakunya Piagam PBB terutama berdasarkan pasal 2 ayat 3 & 4 yang menegaskan prinsip penyelesaian sengketa tanpa kekerasan bersenjata serta pasal 33 yang menyebutkan cara-cara penyelesaian damai yang dapat ditempuh pihak bersengketa maka perang tidak lagi dapat dijadikan alat untuk menyelesaikan suatu sengketa internasional. Piagam PBB hanya membenarkan penggunaan kekerasan/kekuatan militer dalam menyelesaikan suatu sengketa internasional dalam dua hal yaitu:

⁶⁰ Starke, J.G. Op.cit. hlm.296

- 1) Pembelaan diri suatu negara dari ancaman/ serangan militer negara lain sesuai pasal 51 Piagam PBB
- 2) Tindakan Militer Pasukan Perdamaian PBB yang terdiri dari berbagai negara sesuai pasal 39 jo. pasal 41 & pasal 42 Piagam PBB.

Dengan demikian semua aksi militer suatu negara yang mengancam atau menyerang negara lain yang dilakukan tidak berdasarkan pasal 51 dan pasal 39 jo. pasal 41 & 42 Piagam PBB adalah tindakan agresi atau perang agresi.

Prinsip inilah yang dapat menjadi kriteria utama dalam penyusunan rumusan agresi yang dapat menjadi yurisdiksi ICC yang keempat dikemudian hari.

2. Yurisdiksi Terkait Waktu (Temporal Jurisdiction/Ratione Temporis)

Yurisdiksi temporal ini ditegaskan dalam pasal 11 ayat 1 dan pasal 24 statuta ICC serta saling terkait dengan pasal 22 , pasal 23 dan pasal 12 ayat 3 jo. pasal 11 ayat 2 Statuta ICC.

Pasal 11 ayat 1 secara tegas menyebutkan yurisdiksi *ratione temporis* ICC hanya berkaitan dengan kejahatan-kejahatan yang terjadi setelah berlakunya statuta ICC. Kemudian pasal 24 menegaskan Prinsip *Non-retroactivity*, bahwa tidak seorangpun dapat dimintakan pertanggung-jawaban pidana atas tindakan-tindakan yang dilakukan sebelum berlakunya statuta ICC. Dikuatkan lagi dalam pasal 22 yang menegaskan pemberlakuan prinsip *Nullum crimen sine lege*, bahwa seseorang tidak bertanggung-jawab secara pidana kecuali tindakan yang dilakukannya merupakan kejahatan dalam yurisdiksi ICC. Penegasan mana juga terdapat dalam pasal 23 yang memberlakukan prinsip *Nulla poena sine lege*, bahwa seseorang hanya dapat dihukum oleh ICC berdasarkan statuta ICC ini.

Selanjutnya pasal 12 ayat 3 jo Pasal 11 ayat 2 mengatur adanya pengecualian pelaksanaan yurisdiksi temporis dalam pra-konsidi. Sehubungan dengan hal ini Muladi⁶¹ menyatakan, berlakunya asas legalitas tersebut mengandung perkecualian yang diatur dalam pasal 12 ayat 3 Jo. pasal 11 ayat 2 yaitu apabila negara yang bersangkutan telah membuat suatu pernyataan (ad hoc declaration) yang diajukan pada Panitera bahwa negara tersebut dapat menerima pelaksanaan yurisdiksi oleh Pengadilan yang berkaitan dengan kejahatan yang bersangkutan yang dilakukan pada masa lalu, sesuai dengan Bagian 9 Statuta (International Cooperation and Judicial Assistance).

Ditambahkannya lagi, bahwa asas legalitas ini dalam konteks yang berbeda juga tersurat dan tersirat dalam pasal 22 dan pasal 23 Statuta ICC. Terhadap kejahatan-kejahatan yang sudah dimulai sebelum Statuta berlaku secara efektif dan berlanjut sesudahnya (continuous crimes), maka penyelesaiannya sepenuhnya pada pertimbangan Pengadilan.

Hal yang terpenting pula, bahwa segala perubahan Aturan-aturan Prosedur dan Pembuktian serta Aturan-aturan sementara tidak akan diterapkan secara retroaktif (pasal 51 ayat 4 Statuta ICC).

Akan tetapi terhadap Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc diberlakukan asas retroaktif yang sangat bertentangan dengan asas legalitas.

Tentang hal ini, Indiyanto Seno Adji⁶² menyarankan, bahwa makna yang terkandung dalam asas legalitas yang universalitas sifatnya, baik ilmu hukum, doktrin maupun yurisprudensi, adalah bahwa (1) tiada pidana tanpa peraturan Undang-undang terlebih dahulu, (2) larangan adanya analogi hukum, dan (3) larangan berlaku surut suatu Undang-undang atau yang dikenal sebagai larangan berlakunya asas retroaktif. Artikulasi

⁶¹ Muladi 2002. Op Cit, hlm. 9

⁶² Indriyanto Seno Adji. *Catatan Tentang Pengadilan HAM & Masalahnya*. Talk Show IKA UNAIR, 6 Mei 2000, Jakarta, hlm.6

yang terakhir inilah yang menimbulkan polemik dalam kerangka penyusunan (rancangan) UU Pengadilan HAM, sehingga untuk memahami efektifitasnya perlu dilakukan suatu historical approach dalam wacana sistim hukum pidana Indonesia, yang sejak pengaruh konkordansi hukum pidana Indonesia selalu menolak keberadaan asas retroaktif.

Selanjutnya dikatakannya⁶³, bahwa dari pendekatan historis tersebut, keberadaan asas retroaktif haruslah memenuhi kriteria yang rigid dan limitatif, antara lain:

- (1) Adanya korelasi antara Tata Negara Darurat (Staatsnoodrecht) dengan hukum pidana, artinya asas retroaktif hanya dapat diberlakukan apabila negara dalam keadaan darurat (abnormal) dengan prinsip-prinsip hukum darurat (abnormaalrecht), karena sifatnya penempatan asas ini hanya bersifat temporer dan dalam wilayah hukum yang sangat limitatif,
- (2) Asas retroaktif tidak diperkenankan bertentangan dengan pasal 1 ayat 2 KUHPidana yang imperatif sifatnya, artinya sifat darurat keberlakuan asas retroaktif ini tidak berada dalam keadaan yang merugikan seorang tersangka/terdakwa, dan
- (3) Substansiel dari suatu aturan yang bersifat retroaktif harus tetap memperhatikan asas lex certa, yaitu penempatan substansiel suatu aturan secara tegas dan tidak menimbulkan multi-interperatif, sehingga tidak dijadikan sebagai sarana penguasa melakukan suatu perbuatan yang dikategorikan abuse of power.

Pemberlakuan asas retroaktif terhadap peradilan HAM Internasional maupun nasional ad hoc tidak bijaksana untuk dipertentangkan dengan asas legalitas karena pada hakekatnya kedua asas tersebut bersumber dari asas yang lebih mendasar yaitu asas

⁶³ Indriyanto Seno Adji, *ibid.* hlm.9

keadilan. Tidaklah adil jika suatu kejahatan HAM yang begitu menggugah hati nurani tidak mendapat penghakiman. Apalagi dilakukan oleh aparat pemerintah/negara yang seharusnya melayani dan melindungi rakyatnya dan orang asing dinegaranya. Pemberlakuan asas retroaktif secara eksklusif-khusus terhadap kasus-kasus HAM berat dimasa lalu melalui peradilan HAM ad hoc tidaklah melanggar asas keadilan. Penekanan tujuan peradilan HAM ad hoc adalah bukan pada penegakan asasnya melainkan pemberantasan kejahatannya yang tidak berkesan balas dendam (*lex talionis*).

3. Yurisdiksi Territorial (Territorial Jurisdiction/ Ratione Loci)

Menyimak pasal 12 ayat 2 Statuta ICC, dapat dilihat yurisdiksi territorial ICC berlaku terhadap kejahatan-kejahatan kemanusiaan yang terjadi pada:

- a). Wilayah negara peserta konvensi/Statuta Roma 1998 tanpa mempertimbangkan kewarganegaraan pelaku.
- b). Wilayah negara yang menerima yurisdiksi ICC berdasarkan pernyataan ad hoc (*ad hoc declaration*).
- c). Wilayah yang ditentukan Dewan Keamanan PBB.
- d). Wilayah negara bendera atas Kapal Laut dan Pesawat Udara. Sejak lahirnya negara-negara moderen yang dimulai dan ditandai dengan ditandatanganinya perjanjian-perjanjian West Phalia tahun 1648 suatu perjanjian yang mengakhiri perang 30 tahun di Eropa (1618-1648) praktek bendera sebagai simbol identitas negara sudah berkembang (bahkan jauh sebelumnya di zaman kerajaan-kerajaan di masa lalu bendera sebagai simbol identitas kerajaan sudah ada).

Selanjutnya di negara-negara yang lahir setelah Perang Dunia II lebih cenderung mencantumkan bendera kebangsaannya ke dalam UUD Negara.

Kemudian negara Indonesia menegaskannya dalam Pasal 35 UUD 45. Sebagai identitas negara bendera juga dipandang sebagai “bayangan positif” dari kemerdekaan, kedaulatan, dan yurisdiksi negara bendera, juga harkat dan martabat masyarakat/bangsanya, sehingga bendera mempunyai nilai sakral, suci dan kramat terutama bagi negara yang lahir dari hasil perjuangan panjang segenap bangsa dan masyarakat pendahulunya seperti Indonesia.

Bahwa hubungan erat dan esensial antara bendera dan keberadaan negara antara lain dapat dilihat dalam praktek negara sejak abad 18 tentang Flag of convenience yang mengandung prinsip umum bahwa bendera yang menentukan yurisdiksi negara yang berlaku di atas sebuah kapal artinya hukum dan perundang-undangan serta kebijaksanaan pemerintah negara bendera yang berlaku/diperlakukan di atas kapal tersebut dimanapun kapal itu berada baik di laut bebas maupun di laut teritorial negara lain.

Juga praktek di masa perang sejak lama telah menjadi kebiasaan internasional penurunan atau pengibaran bendera merupakan simbol kekalahan atau kemenangan suatu pihak (negara atau kerajaan).

Dalam hukum dan kebiasaan perang, juga bendera merupakan salah satu lambang tanda pembeda utama pihak-pihak yang berperan maupun pihak-pihak terkait lainnya seperti organisasi Palang Merah Internasional dan pasukan perdamaian (PBB). Lebih khusus lagi dalam membedakan status kombatan dan non kombatan serta kelompok-kelompok non kombatan yang dalam hal-hal tertentu diperlakukan sama dengan kombatan sebagaimana antara lain yang diatur dalam Konvensi Den Haag IV 1907 mengenai Hukum dan kebiasaan perang di darat dan Konvensi Jenewa 1949 mengenai perlindungan korban perang.

4. Yurisdiksi Personal-Individual (Personal Jurisdiction / Ratione Personae).

Yurisdiksi personal-individual ICC diatur dalam beberapa pasal yaitu: pasal 12 ayat 2 b, pasal 12 ayat 3, pasal 27 ayat 1 dan 2, pasal 28 ayat 1 dan 2 serta pasal 26 dan pasal 25 statuta ICC.

Berdasarkan pasal-pasal tersebut di atas, yurisdiksi Individual ICC meliputi:

- a. Warga negara peserta Konvensi Roma 1998
- b. Warga negara penerima yurisdiksi ICC
- c. Warga negara manapun yang melakukan kejahatan kemanusiaan di wilayah negara peserta dan penerima yurisdiksi ICC.
- d. Warga negara manapun yang melakukan kejahatan kemanusiaan diatas Kapal Laut dan Pesawat Udara.
- e. Warga negara manapun yang melakukan kejahatan kemanusiaan sesuai keputusan DK-PBB.
- f. Siapa saja yang melakukan kejahatan kemanusiaan tanpa memandang jabatan kenegaraan/pemerintahan yang dipangkunya.
- g. Komandan dan atasan militer lainnya.
- h. Siapa saja yang telah mencapai usia 18 tahun atau lebih.

Bahwa sistim pertanggungjawaban pidana tanpa memandang kapasitas-jabatannya yang dianut Statuta ICC merupakan pembatasan eksklusif terhadap teori imputation yang dikenal dalam literatur hukum internasional selama ini. Menurut paham imputation, pertanggungjawaban atas pelanggaran/kejahatan yang dilakukan aparat/badan negara dapat berpindah ke negara, selama tindakan tersebut dilakukan sesuai kewenangannya. Berarti aparat badan negara secara individual dapat dilepaskan dari pertanggungjawaban pidana.

Hanya dalam hal aparat badan negara melakukan tindakan yang melampaui batas wewenangnya sehingga organ negara melakukan ultra vires, maka aparat badan negara tersebut secara individual dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana.

Tetapi menurut J.G.Starke⁶⁴, namun juga dalam hal peristiwa-peristiwa ultra vires negara dapat dipertanggung-jawabkan apabila karena peristiwa-peristiwa tersebut telah melanggar kewajiban-kewajiban yang berdiri sendiri, misalnya kewajiban mengambil langkah-langkah menghentikan tindakan-tindakan yang salah dan sebagainya. Jadi negara dapat secara tidak langsung bertanggungjawab karena tindakan-tindakan ultra vires.

Dengan demikian menurut hemat penulis pemindahan pertanggungjawaban dari aparat badan negara kepada negara bukan pemindahan pertanggungjawaban pidana individualnya melainkan terbatas secara eksklusif hanya pada pertanggungjawaban perdata/privat berupa pemberian ganti-rugi atas kesalahan/kelalaian aparat negara yang menimbulkan kerugian bagi pihak ketiga, dapat pula berupa pertanggungjawaban politis-diplomatik berupa permintaan maaf pemerintah/negara, atau pemutusan hubungan diplomatik atau tindakan persona non grata terhadap individu yang bersangkutan.

Pelaksanaan yurisdiksi individual diatas mendapat pembatasan eksklusif atas dasar:

- a) Security Council Veto of Prosecution oleh DK-PBB yaitu sesuai pasal 16 Statuta ICC, DK-PBB dapat meminta ICC menunda/menangguhkan penyidikan dan penuntutan suatu kasus selama dua belas bulan yang dapat diperpanjang sehubungan dengan kewenangan DK-PBB dalam Bab VII Piagam PBB tentang tindakan-tindakan yang berkenaan dengan ancaman-ancaman

⁶⁴ Starke,J.G. Op.cit. hlm.176

terhadap perdamaian, pengacauan terhadap perdamaian dan tindakan agresi.

- b) Penegasan pasal 26 Statuta ICC yang menyatakan yurisdiksi personal ICC tidak menjangkau seseorang yang berumur di bawah 18 tahun pada saat melakukan kejahatan yang dituduhkan.

Menurut hemat penulis, ketentuan ini akan menyulitkan penerapan yurisdiksi ICC tentang kejahatan perang berdasarkan Konvensi Jenewa 1949 dan diadopsi pula kedalam Statuta ICC yang masih memungkinkan perekrutan anak-anak berusia 15 tahun untuk menjadi anggota kombatan. Karena merupakan anggota kombatan meskipun konvensi Jenewa melarang ditempatkannya digaris depan pertempuran, maka anak-anak berusia 15 tahun/di bawah 18 tahun tersebut dapat saja terlibat dalam suatu kejahatan perang yang sudah menjadi yurisdiksi ICC.

Bahwa ketentuan-ketentuan Statuta ICC diatas mencerminkan prinsip pertanggungjawaban pidana secara individual sesuai pasal 25 Statuta ICC terhadap siapapun yang melakukan kejahatan kemanusiaan yang selama ini dituntut untuk diadili dan dihukum melalui suatu pengadilan.

Tribunal Nuremberg dan Tribunal Tokyo serta Pengadilan HAM Ad Hoc ex Yugoslavia dan Pengadilan HAM Ad Hoc Rwanda serta Pengadilan Ad Hoc Nasional Indonesia telah dan sedang mengadili dan memvonis para terdakwa kejahatan kemanusiaan berdasarkan prinsip pertanggungjawaban pidana Individual.

Bahwa terdapat perbedaan yang tajam antara Tribunal Nuremberg, Tribunal Tokyo dan Pengadilan Internasional HAM Ex Yugoslavia dan Rwanda termasuk Pengadilan HAM Ad Hoc Nasional RI disatu pihak dengan ICC dan pengadilan HAM (permanen) nasional RI dilain pihak, yaitu kelompok yang pertama

menerapkan asas hukum Retroaktif dan yang lainnya menerapkan asas hukum legalitas.

Selain itu Tribunal Nuremberg dan Tokyo menempatkan peradilannya sebagai peradilan internasional yang berada diatas (superior atau primacy) dari pengadilan nasional. Sementara ICC menempatkan peradilannya dalam hubungan komplementari (pelengkap) dari pengadilan HAM nasional. Hal ini sama dengan Konvensi Jenewa yang memungkinkan adanya pengadilan nasional disamping pengadilan pidana internasional.

Tentang peralihan penanganan kasus kejahatan kemanusiaan dari pengadilan internasional (tribunal) ke Pengadilan HAM Nasional diatas, Mochtar Kusumaadmadja⁶⁵ menyatakan: dari ketentuan-ketentuan ini ternyata bahwa konvensi tidak mengikuti sistim peradilan penjahat-penjahat perang dunia kedua yang telah menjadi terkenal karena pengadilan-pengadilan penjahat perang Nuremberg dan Tokyo. Ketentuan ini sebaliknya menyerahkan peradilan pidana dari pelanggaran-pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan hukum internasional yakni ketentuan-ketentuan konvensi-konvensi Jenewa tahun 1949, kepada peradilan nasional pihak penandatangan.

Sebagai sistim peradilan penjahat perang, sistim konvensi Jenewa 1949 ini jadinya merupakan suatu tingkat peralihan dari peradilan kejahatan-kejahatan internasional oleh pengadilan-pengadilan nasional yang dikenal dalam hukum perang tradisional dan peradilan internasional daripada penjahat perang model Nuremberg dan Tokyo sesudah perang dunia kedua.

Dengan demikian sama dengan ICC, setiap negara berdaulat diberi wewenang hukum untuk mengadili kejahatan kemanusiaan sebagaimana yang dimaksud dalam Statuta ICC.

⁶⁵ Mochtar Kusumaadmadja, *ibid.* hlm. 42

Bahwa kejahatan kemanusiaan yang belum diatur dalam Statuta ICC seperti yurisdiksi terhadap kejahatan agresi, sebaiknya diadili melalui pengadilan HAM Ad Hoc Internasional maupun Nasional dengan menerapkan prinsip-prinsip hukum dalam Konvensi Jenewa 1949 maupun yang tersebar dalam pelbagai Konvensi HAM lainnya. Sambil menunggu penyempurnaan yurisdiksi ICC yang dimaksud tujuh tahun mendatang.

5. Yurisdiksi Pelanggaran Administrasi Pengadilan

Yurisdiksi ICC terhadap pelanggaran administrasi pengadilan diatur dalam pasal 70 Statuta ICC yang antara lain mengatur tentang:

- (a) Pemberian pengakuan palsu sehubungan dengan kebenaran bukti yang diberikan saksi.
- (b) Mengajukan bukti palsu atau dipalsukan.
- (c) Mempengaruhi baik melalui bujukan seperti suap maupun ancaman kepada saksi dalam memberikan kesaksian atau kepada petugas pengadilan dalam melaksanakan tugasnya.
- (d) Meminta pengiriman suatu kasus kepada pihak yang berkompeten melakukan penuntutan.
- (e) Menjatuhkan pidana penjara setinggi-tingginya lima tahun dan/atau denda.

6. Yurisdiksi Pelanggaran Tata Tertib Pengadilan.

Yurisdiksi ICC terhadap pelanggaran tata tertib di muka pengadilan diatur dalam pasal 71 Statuta ICC yang meliputi:

- (a) Menjatuhkan sanksi terhadap setiap orang yang melanggar tata tertib dalam ruang persidangan, termasuk mengganggu persidangan dan menolak mematuhi aturan-aturannya.

- (b) Menjatuhkan sanksi berupa tindakan administrasi, pemenjaraan, mengeluarkan sementara waktu atau selamanya dari ruang sidang serta menjatuhkan denda atau tindakan serupa yang ditetapkan dalam peraturan dan bukti.

D. Sistim Pengadilan Pidana Internasional

1. Konsep Sistem Peradilan Pidana

Bahwa Sistim Peradilan Pidana (Criminal Justice System) merupakan suatu sistim penanggulangan kejahatan yang mula-mula berkembang di Amerika pada masa pemerintahan Presiden Lyndon B. Johnson di era 1960-an.

Pada masa itu kejahatan semakin berkembang, merajalela dan memprihatinkan di berbagai tempat dan kota di AS, sehingga Presiden L.B. Johnsons mencanangkan satu program nasional tentang penanggulangan kejahatan yang kemudian dikenal dengan konsep Criminal Justice System. Sejak itu dalam literatur muncul beberapa pemikiran dikalangan para ahli tentang criminal justice system.

Remington dan Ohli⁶⁶ mengemukakan, bahwa Criminal Justice System dapat diartikan sebagai pemakaian pendekatan sistim terhadap mekanisme administrasi peradilan pidana, dan peradilan pidana sebagai suatu sistim merupakan hasil interaksi antara peraturan perundang-undangan, praktik administrasi dan sikap atau tingkah laku sosial. Pengertian sistim itu sendiri mengandung implikasi suatu proses interaksi yang dipersiapkan secara rasional dan dengan cara efisien untuk memberikan hasil tertentu dengan segala keterbatasannya.

⁶⁶ Romli Atmasasmita. *Sistim Peradilan Pidana Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*. Penerbit:Putra Bardin,Cetakan Kedua,1996, hlm.14

Sementara itu Hagan (1987) membedakan pengertian antara "criminal justice process" dan "criminal justice system". "Criminal justice process" adalah setiap tahap dari suatu putusan yang menghadapkan seorang tersangka ke dalam proses yang membawanya kepada penentuan pidana baginya. Sedangkan "criminal justice system" adalah interkoneksi antara keputusan dari setiap instansi yang terlibat dalam proses peradilan pidana.

Beberapa pakar di Indonesia juga memberikan penjelasan tentang hal yang sama.

Mardjono Reksodipoetro⁶⁷ memberikan batasan bahwa yang dimaksud dengan sistim peradilan pidana adalah, sistim pengendalian kejahatan yang terdiri dari lembaga-lembaga kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan masyarakatan terpidana.

Sementara itu Romli Atmasasmita (yang sependapat dengan Sanford Kadish) mengatakan, bahwa pengertian sistim peradilan pidana dapat dilihat dari sudut pendekatan normatif, manajemen dan sosial. Ketiga bentuk pendekatan tersebut, sekalipun berbeda, tetapi tidak dapat dipisahkan satu sama lain. Bahkan lebih jauh ketiga bentuk pendekatan tersebut saling mempengaruhi dalam menentukan tolok ukur keberhasilan dalam menanggulangi kejahatan.

Ketiga pendekatan tersebut adalah:

- a) Pendekatan normatif memandang keempat aparaturnya penegak hukum (kepolisian, kejaksaan, pengadilan, dan lembaga masyarakatan) sebagai institusi pelaksana peraturan perundang-undangan yang berlaku sehingga keempat aparaturnya tersebut merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari sistim penegakan hukum sematamata.

⁶⁷ Mardjono Reksodipoetra. *Sistim Peradilan Pidana Indonesia (Melihat Kepada Kejahatan dan Penegakan Hukum dalam batas-batas toleransi)*; Pidato Pengukuhan Penerimaan Guru Besar tetap dalam ilmu hukum pada FH-UI 1993:1, dikutip dari Romli Atmasasmita, *Sistim Peradilan Pidana*, hlm.14.

- b) Pendekatan administrasi memandang keempat aparaturnya sebagai suatu organisasi manajemen yang memiliki mekanisme kerja, baik hubungan yang bersifat horisontal maupun yang bersifat vertikal sesuai dengan struktur organisasi yang berlaku dalam organisasi tersebut. Sistem yang dipergunakan adalah sistem administrasi.
- c). Pendekatan sosial memandang keempat aparaturnya merupakan bagian yang tak terpisahkan dari suatu sistem sosial sehingga masyarakat secara keseluruhan ikut bertanggungjawab atas keberhasilan dari keempat aparaturnya tersebut dalam melaksanakan tugasnya. Sistem yang dipergunakan adalah sistem sosial.⁶⁸

Dalam hal pendekatan normatif sub.a. diatas dikenal lagi dua model yaitu Crime Control Model dan Due process Model yang mempunyai karakteristik nilai yang sama dan berbeda. Tetapi oleh Muladi⁶⁹) mengemukakan kelemahan-kelemahan model-model sistem peradilan pidana tersebut bagi Indonesia, yaitu:

- a) Crime control model: tidak cocok karena model ini berpandangan tindakan yang bersifat represif sebagai terpenting dalam melaksanakan proses peradilan pidana.
- b) Due process model: tidak sepenuhnya menguntungkan karena bersifat "anti-authoritarian values".
- c) Model family atau "family model": (griffits) kurang memadai karena terlalu "offender oriented" karena masih terdapat korban (victims) yang juga memerlukan perhatian serius.

⁶⁸ Romli Atmasasmita, Op.cit. hlm.16-17

⁶⁹ Muladi, dikutip dari Romli Atmasasmita *Sistem Peradilan Pidana*, hlm.22

Selain itu, sistem perlawanan (adversary model) seperti yang dikenal di Amerika Serikat, baik yang bersifat "crime control model" maupun yang bersifat "due process model" nampaknya agak sulit untuk menerima peranan pihak ke tiga, yaitu si korban, dalam proses peradilan pidana. Hal ini disebabkan karena pada model perlawanan secara filosofis hanya dikenal adanya kontes antara dua pihak yang berlawanan yakni terdakwa bersama penasihat hukumnya dan negara dalam hal ini diwakili oleh Jaksa. Dalam model ini yang paling penting adalah "publik order" dan "efisiensi". Proses kriminal pada hakekatnya merupakan perjuangan atau bahkan semacam perang antara dua kepentingan yang tidak dapat dipertemukan kembali, yakni kepentingan negara dan kepentingan individu (terdakwa). Karena itu model ini juga sering disebut ""The Battle Model" Model perlindungan hak (due process model) yang mulai mengedepankan perlindungan hak-hak individu guna mengendalikan maksimal efisiensi pada hakekatnya tetap berada dalam kerangka sistem perlawanan yang didasarkan atas pertimbangan kepentingan dan ketiadaan hubungan harmoni antara negara dan pelaku tindak pidana.

Terhadap adversary model, berkembang model ketiga sistem peradilan pidana yang disebut "Model Keluarga" (Family Model) yang diperkenalkan oleh John Griffith. Dalam model ini pelaku tindak pidana tidak dipandang sebagai musuh masyarakat melainkan dipandang sebagai anggota keluarga yang harus dimarahi guna pengendalian kontrol pribadinya, tetapi tidak boleh ditolak atau diasingkan. Semuanya dilandasi oleh semangat cinta kasih.⁷⁰

⁷⁰ Muladi. Hak Asasi manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana. 2002. Badan Penerbit UNDIP, Semarang, hlm. 181-182

Selanjutnya Muladi mengemukakan bahwa model sistim peradilan pidana yang cocok bagi Indonesia adalah model yang mengacu kepada: "daad-dader strafrecht" yang disebut: model keseimbangan kepentingan. Model ini adalah model yang realistik yaitu yang memperhatikan pelbagai kepentingan yang harus dilindungi oleh hukum pidana yaitu kepentingan negara, kepentingan umum, kepentingan individu, kepentingan pelaku tindak pidana dan kepentingan korban kejahatan.

Pemahaman yang sama dikemukakan juga oleh Indriyanto Seno Adji yang memberikan abstraksi berdasarkan pendapat Mardjono Reksodiputro, bahwa keterpaduan (integrated) diantara operasionalisasi sub-sistim tersebut sangat menentukan keberhasilan mekanisme sistim peradilan pidana ini. Pola kerja sistim ini layaknya suatu "bejana berhubungan" yang memerlukan korelasi dan kooperasi di antaranya, sehingga secara a contrario, hasil kerja satu sub-sistim akan mempengaruhi kerja sub-sistim lainnya. Hambatan keberhasilan suatu "Integrated Criminal Justice System" terletak pada arogansi sektoral di antara pola kerja sub-sistim tersebut.⁷¹

Dengan demikian criminal justice system (sistim peradilan pidana) sangat terkait dengan:

- 1) Pengendalian kejahatan sampai batas batas minimal.
- 2) Sistim hukum yang berlaku dan kesadaran hukum yang hidup dan berlaku dalam masyarakatnya
- 3) Keberadaan Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Lembaga Pemasyarakatan (termasuk peran Penasihat Hukum)
- 4) Kehidupan sosial-budaya-masyarakat yang hidup dan berkembang disekitarnya.

⁷¹ Indriyanto Seno Adji. Op.cit. hlm. Abstraksi

Selanjutnya yang dimaksud hukum acara pidana adalah peraturan perundang-undangan yang digunakan sebagai pedoman dalam proses pemeriksaan perkara pidana melalui satu sistem pemeriksaan penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan putusan yang melibatkan instansi kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan. Sehingga pembahasan berikut ini adalah aturan-aturan yang berlaku sebagai pedoman bagi Kepolisian Jaksa, Pengadilan dan lembaga pemasyarakatan serta negara dan lembaga organisasi internasional, terdakwa dan penasihat hukumnya melaksanakan tugas, tanggungjawab, hak dan kewajibannya masing-masing sesuai keberadaannya masing-masing pada semua tingkat pemeriksaan dan peradilan, dari penyelidikan, penyidikan penuntutan, penjatuhan putusan sampai pelaksanaan putusan; dari pengadilan tingkat pertama sampai tingkat lebih tinggi (Banding, Kasasi dan Peninjauan Kembali). Termasuk didalamnya mengenai bantuan hukum atau pembelaan terhadap terdakwa.

Dalam hukum nasional Indonesia hukum acara diatur dalam UU No.8 tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana. Sedang Statuta ICC menggunakan istilah Peraturan Prosedur dan Pembuktian (pasal 51 Statuta ICC) yang tersebar dalam berbagai pasal menyangkut kewenangan penyelidikan, pra penyidikan/peradilan, penuntutan, penangkapan, penahanan, putusan, menjalankan hukuman, banding, gantirugi, kerjasama internasional, pemberian bantuan hukum, perlindungan terhadap saksi, pengajuan alat bukti, perkara pengakuan bersalah, pemeriksaan biasa, dan pemeriksaan khusus.

2. Sistem Pengadilan Pidana Internasional Tetap - ICC

Sistem peradilan pidana yang diterapkan oleh pengadilan pidana internasional – ICC, meliputi:

a. Pemeriksaan Pendahuluan

Pemeriksaan pendahuluan merupakan pemeriksaan yang dilakukan sebelum pemeriksaan di pengadilan (ICC) yang dimulai dari tahap penyelidikan, penyidikan dan penuntutan (pengajuan perkara di pengadilan). Dalam proses ini Jaksa dan Dewan Pra-Penyidikan/Dewan Pra-Peradilan (the Pre-Trial Chamber) yang terdiri dari Hakim Tunggal/Anggota-Anggota Majelis Hakim ICC memegang peranan utama, terutama dalam hal menentukan apakah suatu informasi atau hasil penyelidikan/penyidikan sudah memenuhi syarat diajukan sebagai perkara tindak pidana di pengadilan ICC. Fungsi dan Tugas Dewan Pra-Penyidikan ini secara luas diatur dalam pasal 57 yang dapat mengeluarkan segala perintah dan aturan dalam bentuk keputusan atau penetapan berdasarkan pasal 15, 18, 19, 54 (2), 62 (7), 72, 58, 56 Bagian 9, 93 ayat 1 (j). Kewenangan tersebut meliputi meneliti dan memutuskan apakah permintaan melakukan penyelidikan oleh Penuntut beralasan atau tidak, atau apakah hasil penyelidikan Penuntut telah memenuhi syarat untuk diajukan ke muka pengadilan, pemanggilan, pemeriksaan, penangkapan, penahanan, penyitaan, dan hal lain yang mendukung kelancaran proses penyelidikan dan penyidikan dalam rangka penuntutan di muka pengadilan oleh Penuntut.

Permulaan penyelidikan atas informasi atau laporan terjadinya kejahatan kemanusiaan (Genocide, Crime against humanity dan war crime) dilakukan oleh Jaksa (penuntut) yang terbentuk berdasarkan pasal 42 Statuta ICC. Informasi atau laporan dapat saja berasal dari suatu negara (pasal 14), DK-PBB (pasal 13 b), atau pihak lain seperti

organisasi internasional, individu/kelompok individu lainnya.

Berdasarkan pasal 15 jo 53 Statuta ICC, penuntut dapat melakukan penyelidikan "proprio motu" (pengujian awal informasi) suatu informasi terjadinya kejahatan kemanusiaan, menganalisisnya, dan menyimpulkannya dengan dua kemungkinan:

- 1) Jika disimpulkan informasi tersebut mempunyai dasar yang kuat untuk ditindaklanjuti maka penuntut meminta kewenangan melakukan investigasi kepada Majelis Pra-Peradilan (the Pre-Trial Chamber).
- 2) Jika disimpulkan informasi tersebut tidak berdasar, maka penuntut akan memberitahukan kepada pemberi-informasi tentang hal tersebut. Kecuali jika kemudian ditemukan fakta-fakta atau bukti-bukti baru kuat untuk hal yang sama, maka penuntut dapat kembali melakukan "proprio motu" dengan dua kemungkinan diatas.

Dalam hal Penuntut ingin mengawali penyelidikan atas suatu informasi yang diterimanya, Penuntut terikat dengan kriteria (pasal 53 ayat 1):

- 1) Informasi tersebut harus benar-benar meyakinkan,
- 2) Kasusnya dapat diselesaikan sesuai pasal 17
- 3) Mempertimbangkan berat-ringannya kejahatan dan kepentingan korban yang ditimbulkan.

Sedang kriteria untuk tidak cukup dasar melakukan penuntutan setelah diadakan penyelidikan yang mengikat penuntut (pasal 53 ayat 2) adalah:

- 1) Ketiadaan dasar hukum dan fakta yang memadai untuk mendapat jaminan melakukan penahanan atau panggilan sesuai pasal 58.
- 2) Kasusnya tidak memenuhi syarat-syarat pasal 17

- 3) Secara keseluruhan tuntutan bukan dalam kepentingan peradilan.

Selanjutnya pasal 54 mengatur Tugas-tugas dan Kekuasaan Penuntut berkaitan dengan penyelidikan yaitu:

- 1). Mengambil semua tindakan penyelidikan yang dipandang perlu dan efektif dalam arti seluas-luasnya dalam memperoleh dan mengumpulkan fakta dan bukti suatu kejahatan kemanusiaan, termasuk memanggil dan memeriksa para saksi, korban dan pihak lainnya, melakukan kerjasama dengan negara atau organisasi lainnya, menjaga kerahasiaan sumber informasi, mengupayakan perlindungan terhadap setiap orang pemberi informasi dan perlindungan bukti-bukti.
- 2). Menjalankan investigasi dalam wilayah suatu negara sesuai ketentuan Bagian 9 atau yang disahkan oleh Dewan Pra-Penyidikan berdasarkan pasal 57 ayat 3 (d).

b. Pemeriksaan Persidangan

Selanjutnya, dalam peningkatan pemeriksaan penyelidikan menjadi penyidikan dalam rangka penuntutan di muka Pengadilan, Penuntut tetap memegang peranan penting atas persetujuan dan pengawasan Majelis Penyidik/Majelis Hakim dengan segala fungsi dan kewenangannya yang termuat dalam pasal 64.

Sebelum diadakan peningkatan pemeriksaan dari penyelidikan ke penyidikan, terlebih dahulu diadakan konfirmasi tuntutan dihadapan Dewan Pra Penyidikan, setelah itu Pejabat Presiden ICC mengangkat Majelis Hakim yang bertanggungjawab dalam proses persidangan pengadilan selanjutnya, dan mengambil-alih semua fungsi dan kewenangan Majelis Pra-Penyidikan sebagaimana dimaksud pasal 61.

Pada awal pemeriksaan (penyidikan) di muka persidangan, Majelis Hakim memberi kesempatan kepada Terdakwa untuk menyampaikan pengakuan bersalah atau pengakuan tidak bersalah. Majelis Hakim tidak terikat dengan pengakuan bersalah yang dilakukan terdakwa. Jika Majelis hakim menganggap pengakuan bersalah oleh terdakwa tidak didukung fakta-fakta dan bukti-bukti kasus yang termuat dalam surat tuntutan dan diakui sebelumnya oleh Terdakwa dan para saksi maka Majelis Hakim dapat memerintahkan perkara dilanjutkan dengan acara pemeriksaan biasa (pasal 65 ayat 1 (c), ayat 3 dan 4).

Selama masa penyidikan dan pemeriksaan di pengadilan, hak-hak terdakwa tetap dilindungi sesuai pasal 67. Terdakwa diperiksa dan diadili di tempat kedudukan pengadilan (terkecuali ditentukan lain) sesuai pasal 62 dan diperlakukan sesuai asas Praduga tak bersalah, sehingga merupakan tanggungjawab Penuntut untuk membuktikan kesalahan Terdakwa sesuai pasal 66. Oleh karena itu sistim pembuktian yang digunakan adalah sistim pembuktian biasa bukan sistim pembuktian terbalik. Penuntut berhak mengajukan semua alat bukti, sebaliknya Terdakwa dapat menolak atau menerima alat-alat bukti tersebut atau dapat mengajukan alat bukti lainnya. Akan tetapi penilaian akhir dari kebenaran alat bukti tersebut merupakan kewenangan Majelis hakim untuk digunakan sebagai pertimbangan mengambil keputusan akhir.

Dalam mengambil keputusan, Majelis hakim ICC harus memenuhi syarat pasal 74, pasal 66 ayat 3, pasal 77 dan pasal 78 yaitu :

- 1) Menghadiri semua tahap pemeriksaan penyidikan di persidangan.
- 2) Mengevaluasi bukti-bukti dan segala yang terungkap dalam persidangan.
- 3) Tidak melebihi apa yang dituntut oleh Penuntut

- 4) Mendahulukan pengambilan putusan secara bulat/aklamasi, kemudian pengambilan putusan berdasarkan suara mayoritas (voting).
- 5) Putusan secara tertulis dan memuat pandangan dari mayoritas hakim dan minoritas hakim dalam hal pengambilan putusan secara Voting.
- 6) Pertimbangan Majelis Hakim bersifat rahasia sampai putusan dibacakan secara terbuka dalam persidangan untuk itu
- 7) Harus yakin akan kesalahan terdakwa di luar keraguan yang masuk akal, jika menjatuhkan putusan yang bersifat menghukum Terdakwa.
- 8) Menjatuhkan hukuman penjara maksimal 30 tahun atau hukuman seumur hidup.
- 9) Menjatuhkan hukuman denda dan penebusan harta/asset hasil kejahatan.
- 10) Mempertimbangkan hal-hal yang memberatkan dan meringankan dari keadaan Terdakwa.
- 11) Mengurangi masa hukuman penjara dengan masa penahanan yang telah dijalani terdakwa.
- 12) Mengumumkan hukuman untuk tiap-tiap kejahatan dan gabungan hukuman yang menjelaskan lamanya masa hukuman, tetapi tidak boleh melebihi masa 30 tahun penjara atau seumur hidup sesuai pasal 77 ayat 1 (b).

Sedang sumber hukum yang wajib diterapkan ICC (pasal 21) adalah:

- 1) Statuta ICC dan elemen-elemen kejahatan serta hukum acara (prosedur dan pembuktian) yang diatur juga dalam statuta ICC.
- 2) Fakta-fakta, prinsip-prinsip dan aturan hukum internasional yang terkait termasuk tentang konflik bersenjata.

- 3) Prinsip-prinsip Umum Hukum Pidana dari sistem hukum nasional (pengadilan nasional) dan sistem hukum dunia, asal tidak bertentangan dengan Statuta ICC.
- 4) Sistem Yurisprudensi dari putusan-putusan sebelumnya.
- 5) Interpretasi hukum yang konsisten dengan hak asasi manusia yang dikenal secara internasional tanpa diskriminasi.

Jika mengacuh pada tata urutan pasal 38 statuta Mahkamah Internasional adalah :

- 1) Semua ketentuan dalam Statuta ICC termasuk didalamnya Konvensi Jenewa 1949 dan Prinsip-prinsip Umum Hukum Pidana yang tersebut secara jelas.
Kemudian Konvensi-Konvensi atau Perjanjian Inetrnasional lainnya yang terkait khususnya dengan kejahatan-kejahatan yang menjadi yurisdiksi ICC.
- 2) Kebiasaan Internasional yang sudah umum dipraktekkan, (terutama yang terkait dengan kejahatan-kejahatan kemanusiaan yang menjadi yurisdiksi ICC, seperti kebiasaan-kebiasaan dalam perang dan pertempuran di darat, laut dan udara).
- 3) Prinsip-prinsip hukum umum yang diakui bangsa-bangsa yang beradab, (terutama yang terkait dengan kejahatan-kejahatan kemanusiaan yang menjadi yurisdiksi ICC).
- 4) Putusan-putusan pengadilan dan ajaran-ajaran (doktrin) dari para ahli dari berbagai bangsa, sebagai alat bantu dalam menetapkan kaidah hukum.

Menurut hemat penulis, prinsip-prinsip umum hukum pidana yang diatur dalam Bagian 3 dan beberapa pasal lainnya penerapan hukumnya ditempatkan pada urutan pertama disamakan dengan konvensi atau perjanjian internasional karena prinsip-prinsip umum hukum pidana tersebut merupakan bagian dari ketentuan-ketentuan Statuta Roma 1998. Jadi dibedakan dengan prinsip-prinsip hukum umum lainnya yang tidak disebutkan dalam Statuta ICC, yang ditempatkan pada urutan ketiga.

Prinsip-prinsip umum hukum pidana yang wajib diterapkan ICC adalah:

- 1) Prinsip Nullum crimen sine lege (pasal 22 statuta ICC)
- 2) Prinsip Nulla poena sine lege (pasal 23)
3. Prinsip Non-retroactivity ratione personae (pasal 24)
- 4) Prinsip Tanggungjawab pidana individu (pasal 25)
- 5) Prinsip Non-yurisdiksi terhadap orang berusia di bawah 18 tahun. (pasal 26)
- 6) Prinsip tidak memandang Jabatan Resmi atau Non-Impunity (pasal 27)
- 7) Prinsip Tanggungjawab Komandan dan atasan lainnya (pasal 28)
- 8) Prinsip Tidak berlakunya ketentuan pembatasan (pasal 29)
- 9) Prinsip Elemen mental (pasal 30)
- 10) Prinsip Penghapusan Tanggungjawab Pidana (pasal 31)
- 11) Prinsip Perintah Atasan dan Kesalahan Hukum (pasal 32 dan pasal 33)
- 12) Prinsip Ne bis in idem (pasal 20)
- 13) Prinsip Komplementri (pasal 1)
- 14) Prinsip Inadmissibility (pasal 17)
- 15) Prinsip Non-Lapse of Time atau ketidakberlakuan Kadaluarsa.

Selain itu asas-asas lainnya dalam hukum internasional yang dapat digunakan oleh ICC adalah:

- 1) Asas "Au Dedere Au Punere"
- 2) Asas "Au Dedere Au Judicare"
- 3) Asas "Primacy" (secara terbatas).

Kemudian yang menjadi pertanyaan, apakah pemberlakuan Konvensi Jenewa 1949 terhadap kasus-kasus kejahatan perang yang tunduk pada yurisdiksi ICC tidak bersifat retroaktif ?

Menurut hemat penulis pemberlakuan Konvensi Jenewa 1949 oleh ICC dengan demikian juga oleh pengadilan pidana (HAM) nasional yang menerapkan yurisdiksi kriminal ICC tidak bersifat retroaktif atau tidak melanggar prinsip legalitas dalam Statuta ICC, karena:

- 1) Pemberlakuan Konvensi Jenewa 1949 sama dengan pemberlakuan beberapa prinsip-prinsip hukum pidana internasional yang telah dikenal jauh sebelumnya sebagaimana yang disebutkan diikut dalam Statuta ICC seperti : prinsip *Nullum crimen sine lege* (pasal 22), prinsip *Nulla poena sine lege* (pasal 23), prinsip *non retroactivity ratione personae* (pasal 24), prinsip tanggungjawab individu (pasal 28) dan lain-lain.
- 2) Dengan penyebutannya dalam Statuta ICC tersebut maka Konvensi Jenewa 1949 menjadi bagian dari ketentuan-ketentuan Statuta ICC yang keberlakuannya sama dengan ketentuan ICC lainnya sepanjang mengenai kejahatan perang terutama tentang konflik bersenjata internasional dan non internasional.

c. Upaya Hukum Banding dan Revisi

Terhadap putusan pengadilan diatas dapat ditolak oleh Terdakwa maupun Penuntut melalui upaya hukum banding (appeal) sesuai pasal 81-83 dan peninjauan (revision) sesuai pasal 84.

Terdapat perbedaan alasan banding terhadap Penuntut dan Terdakwa yaitu:

Alasan banding bagi Penuntut (pasal 81 ayat 1 (a) adalah:

- (a) Kesalahan prosedur
- (b) Kesalahan fakta; atau
- (c) Kesalahan hukum.

Sedang alasan banding bagi Terdakwa (pasal 81 ayat 2) adalah:

- (a) Kesalahan prosedur;
- (b) Kesalahan fakta;
- (c) Kesalahan hukum; atau
- (d) Alasan-alasan lain yang mempengaruhi kejujuran dan kepercayaan proses peradilan atau keputusan.

Pasal 81 ayat 2 memungkinkan pula pengajuan banding oleh Penuntut maupun Terdakwa terhadap hukuman dengan alasan antara hukuman yang dijatuhkan tidak sebanding dengan kejahatan yang dilakukan. Jika Majelis banding menganggap terdapat alasan untuk membatalkan hukuman baik sebagian maupun seluruhnya, maka Majelis Banding dapat mengundang Penuntut dan Terdakwa untuk mengajukan alasan menurut pasal 81 ayat 1(a) atau (b).

Begitupun Penuntut dan Terdakwa atau keluarganya (anak pasangan hidupnya dan orangtuanya) dapat mengajukan peninjauan/revisi terhadap putusan penghukuman dengan dasar alasan telah ditemukannya alat bukti baru, telah ditemukan/diketahuinya bukti yang menentukan penyidikan dan penuntutan ternyata salah, terlupakan atau dipalsukan.

Majelis Hakim (revisi) dapat menolak atau mengabulkan permohonan revisi. Dalam hal permohonan revisi dianggap berguna dan beralasan untuk dikabulkan maka Majelis Hakim (revisi) mengundang kembali Majelis Hakim Banding sebelumnya untuk mendapatkan masukan perlu tidaknya revisi dilakukan.

d. Pelaksanaan Putusan

Setelah putusan memperoleh kekuatan hukum tetap, maka dilakukan pelaksanaan putusan (eksekusi) sebagaimana yang diatur dalam pasal 103 - pasal 111.

Pengadilan menentukan di negara mana dari negara-negara yang bersedia sebagai tempat pelaksanaan hukuman sesuai putusan, termasuk menentukan pemindahan pemenjaraan ke negara lain. Negara pelaksana terikat dan tidak dapat merubah isi putusan yang dilaksanakan. Tetapi syarat-syarat penahanan pemenjaraan dilakukan berdasarkan hukum nasional negara pelaksana dengan tetap menghormati syarat-syarat standar internasional serta tidak boleh melakukan diskriminasi antara narapidana ICC dengan narapidana domestik dalam arti narapidana ICC tidak boleh diperlakukan lebih buruk dari narapidana lokal. Negara pelaksana dapat melakukan ekstradisi atau penyerahan atau mengirim seseorang berdasarkan hukum nasionalnya ke negara lain untuk tujuan penyidikan atau pelaksanaan putusan, termasuk yang melarikan diri tetapi atas persetujuan atau perintah Pengadilan ICC.

Pelaksanaan putusan yang dimaksud selain menyangkut pelaksanaan hukuman penjaranya, juga meliputi pelaksanaan hukuman denda dan penebusan asset-asset atau harta benda yang diperintahkan oleh Pengadilan sesuai pasal 109.

Statuta ICC juga mengatur tentang kerjasama internasional dan bantuan hukum sebagaimana tertuang dalam pasal 86 - pasal 102.

Kerjasama internasional tersebut meliputi berbagai bentuk kerjasama dengan pengadilan dalam investigasi dan penuntutan kejahatan yang menjadi yurisdiksi ICC didalamnya tercakup penangkapan, pengiriman orang, penahanan, pemberian data dan bukti, pemeriksaan orang, dan tindakan lainnya yang terkait dengan mutual legal assistance.

Dalam rangkaian kerjasama internasional antara negara-negara penandatangan/penerima statuta ICC dan atau dengan ICC tersebut diatas lembaga masyarakat dan kepolisian nasional memegang peranan penting berdasarkan hukum nasional negara yang bersangkutan. Untuk itu para negara penandatangan menjamin adanya hukum nasional yang mengatur prosedur untuk seluruh bentuk kerjasama internasional tersebut (pasal 88).

E. Konsep Kekuasaan Lembaga Peradilan RI

1. Kekuasaan Kehakiman Indonesia

Sejak sehari terbentuknya Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diawali dengan Proklamasi Kemerdekaan Republik Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945 hingga sekarang Undang Undang Dasar yang pernah diberlakukan adalah:

- a. Undang Undang Dasar 1945 (UUD '45),
- b. Konstitusi Negara Republik Indonesia Serikat 1949 (Konstitusi RIS 1949),
- c. Undang Undang Dasar Sementara 1950 (UUDS 1950),⁷² dan

⁷² H.A.K. Pringgodigdo, Tiga Undang-Undang Dasar, PT. Pembangunan, Jakarta, 1981, hlm. 11

d. Undang Undang Dasar 1945 (berdasarkan Dekrit Presiden 5 Juli 1959).

Terhadap UUD tersebut diatas hanya UUD 1945 yang mengalami amandemen. Amandemen terhadap UUD 1945 dilakukan hanya terhadap batang tubuh cara meniadakan, mengganti, dan atau menambah rumusan beberapa pasal. Sedang terhadap Pembukaan UUD 1945 tidak dilakukan amandemen dan tidak akan pernah diamandemen karena didalamnya memuat Ideologi Negara Pancasila dan Prinsip-prinsip perjuangan dan cita-cita luhur bangsa Indonesia membentuk Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Dalam kurun waktu hanya empat tahun (1999-2002) telah dilakukan empat kali amandemen terhadap UUD 1945. Salah satu amandemen yang paling mendasar adalah menyangkut keberadaan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia (MPR RI) sebagai lembaga tertinggi negara dirubah menjadi lembaga tinggi negara, sehingga dipandang yang setara dengan lembaga negara lainnya: DPR, DPD (lembaga baru), Presiden, BPK, dan Mahkamah Agung.

Jika disimak secara saksama ternyata amandemen terhadap UUD '45 yang menyebabkan terjadinya pergeseran hubungan kelembagaan kenegaraan yang ada tersebut belum disertai dengan pengaturan yang tegas dan lengkap hubungan kekuasaan kemitraan sebagai penyelenggara negara sebagaimana dimaksud dalam asas checks and balances power. Sehingga jika terjadi "ketiadaan-pengaturan" atau "kekosongan hukum" menyangkut "titik-taut" hubungan kewenangan diantara lembaga negara tersebut, maka dapat dilakukan penemuan hukum melalui penafsiran-penafsiran yang dikenal dalam teori ilmu pengetahuan hukum dan membandingkannya dengan praktek checks and balances power di negara lain, dalam hal ini di Amerika Serikat. Juga perlu diketahui, walaupun Pasal II Aturan Tambahan Amandemen UUD 1945 menyatakan UUD 1945 terdiri atas pembukaan dan pasal-pasal, namun dokumen penjelasan UUD 1945 masih relevan menjadi sumber pengetahuan untuk menjelaskan hal-hal yang

terkait, setidaknya sebagai pendapat seorang ahli. Memang naskah penjelasan UUD 1945 adalah karya tulis pribadi Prof.Dr. Soepomo yang membuat kajian penjelasan terhadap naskah pembukaan dan batang tubuh UUD 1945 dan diajukannya dalam Rapat Badan Penyelidik Usaha Usaha Kemerdekaan (BPUK) tanggal 15 Juli 1945. Penjelasan ini tidak pernah disahkan oleh Panitia Hukum Dasar BPUK dan tidak dibiocarakn dalam Sidang Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) yang mensyahkan UUD, tetapi kemudian secara resmi dimuat dalam Berita Republik tahun ke II No.7.⁷³

Namun ternyata karya tulis Prof. Supomo tersebut mendapat sambutan positif dan diterima untuk dilekatkan pada naskah pembukaan dan batang tubuh UUD 1945, setidaknya oleh pemerintah sampai adanya amandemen keempat yang disahkan pada tanggal 10 Agustus 2002.

Menurut penjelasan UUD 1945 sistim pemerintahan negara yang ditegaskan dalam Undang-Undang Dasar antara lain Indonesia , ialah negara yang berdasar atas hukum (Rechtsstaat) tidak berdasar atas kekuasaan belaka (Machtsstaat). Pada bagian berikutnya diperjelas lagi apa yang dimaksud “tidak berdasar atas kekuasaan belaka (Machtsstaat)” dengan menyatakan pemerintah berdasar atas sistim konstitusi (hukum dasar) tidak bersifat absolutisme (kekuasaan yang tidak terbatas). Selanjutnya prinsip negara hukum ini ditegaskan lagi dalam pasal 1 ayat (3) UUD’45. Jadi didalam negara RI, prinsip hukum dan prinsip kekuasaan tidak tak terbatas dijunjung tinggi. Dengan demikian penumpukan kekuasaan pada satu tangan atau lembaga negara tidak dibenarkan.

Oleh karena itulah UUD ’45 mengatur sedemikian rupa adanya pembagian kekuasaan kedalam tiga bagian: kekuasaan eksekutif, kekuasaan legislatif dan kekuasaan yudikatif sebagaimana yang dikenal dalam “Trias Pilitica” oleh Montesquein dari Perancis.

⁷³ Ibid Hlm 11

Namun demikian oleh karena negara RI relatif baru berkembang dibanding negara-negara Eropah dan Amerika, dimana tradisi hukum dan politiknya masih berwawasan lama peninggalan zaman penjajahan baik masa orde lama maupun orde baru maka untuk memenuhi tuntutan zaman era reformasi yaitu penegakan Supremasi hukum dan demokrasi serta perlindungan Hak Hak Asasi Manusia, dilakukan amandemen UUD'45.

Sehubungan dengan supremasi hukum, terdapat beberapa indikator supremasi hukum secara keilmuan atau konseptual yang patut dikemukakan⁷⁴, yaitu:

- (1). Hukum dibuat atau diadakan berdasarkan dan oleh kemauan rakyat. Rakyat berperan membuat hukum yang mereka perlukan.
- (2). Hukum dilaksanakan untuk memenuhi kepentingan rakyat, bukan semata-mata kepentingan penguasa (kekuasaan). Rakyat adalah subjek dari hukum, bukan objek dari hukum.
- (3). Kekuasaan pemerintah harus tunduk pada hukum, bukan diatas hukum.
- (4). Didapati jaminan dan perlindungan hak hak kemanusiaan baik hak hak sipil (individual rights), hak hak politik, maupun hak hak sosial.
- (5). Ada sistim peradilan yang tidak memihak (impartiality).
- (6). Ada jaminan, perlindungan, dan kemudahan menyalurkan perbedaan pendapat.

Kemudian Prof. Bagir Manan.⁷⁵ menjelaskan, bahwa Supremasi hukum (the supremacy of law) menyangkut pengertian hukum in Concreto, hukum dalam arti konkrit, hukum sebagai realitas atau kenyataan, bukan hukum in abstracto. Sebagaimana istilah Eugen Ehrlich, supremasi hukum berkaitan dengan "law in action" atau the living law", bukan law in books.

⁷⁴⁾ Bagir Manan. Membangun Supremasi Hukum. Bandung,2000.hlm 4

⁷⁵⁾ Bagir Manan, Peranan Mahkamah Agung Dalam Menegakkan Supremasi Hukum. Pidato Dies Natalis Fakultas Hukum USU. Medan, 12 Januari 2002. Hal.4

Begitupun, Friedman.⁷⁶ menyatakan hukum adalah cermin masyarakat, perubahan sosial yang cepat berarti pula perubahan hukum yang cepat. Ditambahkannya lagi, bahwa hukum mengikuti perubahan sosial dan menyesuaikan dengan perubahan itu. Namun demikian, sistem hukum juga membentuk dan menyalurkan perubahan sosial, dan memainkan peranan penting dalam kehidupan komunitas. Jadi, melalui hukum-lah, melalui lembaga hukum-lah, dan melalui proses hukum-lah kebiasaan dan pemikiran mengambil bentuk yang lebih permanen.

Amandemen membawa perubahan-perubahan mendasar dalam sistem ketatanegaraan yang berdampak pada segala bidang kehidupan terutama mencakup bidang sosial-budaya, politik dan hukum. Perubahan-perubahan mendasar ini menuntut pembenahan peraturan perundang-undangan nasional diantaranya perundang-undangan tentang pelaksanaan sistem "Separation of Powers" dan Checks and Balances". Selama masa peralihan sistem ketatanegaraan dari sebelum dan kepada sesudah amandemen UUD'45 terjadi banyak kekosongan hukum atau ketidaklengkapan peraturan perundang-undangan yang memerlukan upaya "penemuan hukum" oleh instansi yang berwenang termasuk didalamnya penemuan hukum terhadap pelaksanaan sistem separation of powers dan checks and balances yang menjadi topik pembahasan tulisan ini.

Secara yuridis-politis pembuatan hukum dalam rangka pembenahan hukum dilakukan oleh kekuasaan legislatif. Sementara penemuan hukum untuk mengisi kekosongan hukum yang sering terjadi dalam masa peralihan dilakukan oleh kekuasaan Yudikatif yang sering juga disebut kekuasaan kehakiman atau mengadili.

⁷⁶⁾ Friedman, Lawrence Meir. American Law. New York: W.W.Norton & Company, 1984. Page 254 & 257.

Kewenangan menemukan hukum oleh kekuasaan kehakiman ini diatur dalam pasal 14 ayat (1) jo. Pasal 27 ayat (1) UU No.14/1970 tentang Pokok Pokok Kekuasaan Kehakiman. Terhadap kedua pasal kunci tersebut Prof. Yudha Bhakti Ardiwisastra menjelaskan⁷⁷, di dalam Undang-undang tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (UU No.14 Tahun 1970) pada Pasal 14 ayat (1), bahwa Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa perkara dan mengadili sesuatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Maksud ketentuan pasal ini harus diartikan, bahwa hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum. Andaikata ia tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum. Dengan cara bagaimana ia dapat menggali dan menemukan apa yang (dapat) menjadi hukum? Ketentuan Pasal 27 ayat (1) Undang-undang ini mengisyaratkan bahwa hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Ketentuan Pasal 27 ayat (1) ini harus diartikan sebagai suatu kewajiban bagi hakim karena ia merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai hukum yang hidup di kalangan rakyat. Sudah barang tentu hakim harus mempelajari berbagai cara menemukan hukum yang memang sudah disediakan oleh ilmu hukum, karena merupakan suatu kewajiban yang harus dijalankan oleh setiap hakim dalam mengemban tugas luhurnya. Cara menemukan ini dikenal dengan metode penafsiran hukum dan konstruksi hukum.

⁷⁷⁾ Yudha Bhakti Ardiwisastra, Penafsiran dan Konstruksi Hukum. Hal.1

Selanjutnya Prof. Yudha Bhakti Ardhiwisastra ⁷⁸ mengemukakan arti dan tujuan dari penafsiran tersebut, dengan demikian arti dari penafsiran dapat disimpulkan sebagai suatu kegiatan dalam usaha memberikan penjelasan atau pengertian atas kata atau istilah yang kurang jelas maksudnya sehingga orang lain dapat memahaminya. Tujuannya tidak lain untuk mencari serta menemukan sesuatu hal yang menjadi maksud dari para pembuatnya.

Berdasarkan Bab IX pasal 24 & 25 UUD '45, kekuasaan kehakiman (Yudikatif) adalah kekuasaan yang merdeka artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah (kekuasaan eksekutif) yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung RI dan Badan Kehakiman lainnya.

Walaupun disebutkan kekuasaan kehakiman yang diemban Mahkamah Agung RI dan Badan Kehakiman Lainnya adalah merdeka tanpa pengaruh dari kekuasaan pemerintah (eksekutif), itu tidak berarti kekuasaan Mahkamah Agung RI beserta lembaga peradilan lainnya memiliki kekuasaan yang tidak tak terbatas, melainkan tetap merupakan kekuasaan yang terbatas artinya bersumber dan dibatasi oleh sistim hukum dasar yang mengenal adanya hirarkhis peraturan perundang-undangan.

2. Badan Peradilan Indonesia

Sebagai salah satu cabang kekuasaan pemerintahan disamping cabang kekuasaan lainnya yaitu: kekuasaan eksekutif dan kekuasaan legislative, kekuasaan kehakiman (yudikatif) diselenggarakan oleh lembaga peradilan yang independen guna menegakan hukum dan keadilan. Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga yudikatif yang menyelenggarakan kekuasaan peradilan sesuai kewenangannya (Pasal 24 UUD 1945). Mahkamah Agung membawahi semua badan pengadilan dilingkungan peradilan umum, Agama, Militer, Tata Usaha Negara. Berbagai peradilan khusus

⁷⁸ Yudha Bhakti Ardhiwisastra, Hukum Internasional Suatu Bunga Rampai, hal.126-127

yang berada dalam lingkup peradilan umum adalah Pengadilan Niaga, Tipikor, HAM, Anak, Perburuhan. Peradilan-peradilan khusus ini masih sesuai dan disesuaikan dengan kewenangan peradilan umum mengadili perkara-perkara perdata dan pidana. Juga terdapat badan-badan lainnya yang menyelenggarakan kekuasaan peradilan seperti: Mahkamah Pelayaran, Pajak, Arbitrasi, KPPU, yang wewenang dan pelaksanaannya di bawah pengawasan Mahkamah Agung melalui peradilan umum. Semua jenis peradilan tersebut di atas, masing-masing dibentuk berdasarkan undang-undang.

Sedang Mahkamah Konstitusi merupakan badan peradilan tunggal dengan kewenangan mengadili pada tingkat pertama dan terakhir. Kewenangan mengadili Mahkamah ini adalah khusus memeriksa dan memutus permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum, serta memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/ atau Wakil Presiden menurut UUD (pasal 24C UUD 1945).

Semua badan-badan penyelenggara kekuasaan peradilan tersebut di atas menggambarkan ciri negara hukum dan demokrasi, dimana hampir semua permasalahan dalam kehidupan pribadi, keluarga, bermasyarakat, berbangsa dan bernegara dapat dijudisial-kan. Sehingga badan peradilan tidak hanya sekedar mengadili perkara dalam rangka penegakan hukum dan keadilan, berperan tetapi lebih dari itu memberdayakan warga negara, masyarakat dan pemerintah mewujudkan cita-cita bangsa mencapai masyarakat adil, makmur dan sejahtera.

Dalam pasal 2 UU No.26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM ditegaskan: Pengadilan HAM merupakan pengadilan khusus yang berada dilingkungan Pengadilan Umum. Lebih jelas lagi dalam bagian penjelasan umum, dinyatakan bahwa pelanggaran hak asasi manusia merupakan extra ordinary crimes dan bukan merupakan tindak pidana yang diatur didalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Demikian pengadilan khusus dengan kewenangan khusus mengadili pelanggaran hak asasi manusia yang berat ini, dimungkinkan oleh Pasal 103 KUHP, Pasal 284 ayat 2 KUHP dan Asas hukum: *lex specialis derogat legi generali*. Pasal 103 KUHP mengakui sebagai pengecualian semua tindak pidana dalam Bab I sampai dengan Bab VIII KUHP yang diatur lain dalam suatu undang-undang. Juga Pasal 284 ayat 2 KUHP mengakui sebagai pengecualian semua ketentuan hukum acara yang diatur khusus dalam undang-undang tertentu. Sedang Asas *Lex specialis derogat legi generali* merupakan asas hukum yang membenarkan suatu aturan khusus menyimpangi aturan umum. Dalam hal terdapat aturan khusus maka aturan umum untuk hal yang sama tidak dilaksanakan.

3. Pembentukan Peradilan HAM RI

a. Peradilan HAM Nasional

Peradilan Hak Asasi Manusia di Indonesia dibentuk berdasarkan Undang-Undang No.26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Dalam bagian konstiderannya disebutkan pembentukan pengadilan HAM RI dilakukan dalam rangka melindungi, menghormati mempertahankan hak asasi manusia sebagai hak dasar yang universal dan langgeng secara kodrati melekat pada diri manusia, oleh karena itu tidak dapat diabaikan, dikurangi, atau dirampas oleh siapapun. Selain itu, juga dimaksudkan sebagai perwujudan Negara Indonesia ikut serta memelihara perdamaian dunia dan menjamin pelaksanaan, perlindungan, kepastian hukum, keadilan dan perasaan

aman kepada setiap orang-perorangan dan masyarakat akan hak asasinya, serta sebagai perwujudan tanggungjawab bangsa Indonesia sebagai anggota Perserikatan Bangsa Bangsa. Pasal 1 UU No.26 Tahun 2000 menjelaskan hak asasi manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai mahluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Selanjutnya dijelaskan, bahwa penegakan hukum melalui peradilan HAM ini dilakukan terhadap hak asasi manusia yang tercantum dalam:

- 1) Undang-Undang Dasar 1945,
- 2) Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia,
- 3) Ketetapan MPR-RI No.XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia,
- 4) Undang-Undang No.39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Penegakan hukum ini dilaksanakan sesuai dengan falsafah yang terkandung dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 dan asas-asas hukum internasional.

Ditegaskan pula, bahwa Pengadilan Hak Asasi Manusia yang dibentuk ini merupakan pengadilan khusus bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Kekhususannya ini nampak dalam upaya penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaannya, yaitu:

- a. diperlukan penyidik dengan membentuk tim ad hoc, penyidik ad hoc, penuntut umum ad hoc, dan hakim ad hoc;
- b. diperlukan penegasan bahwa penyelidikan hanya dilakukan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia sedangkan penyidik tidak berwenang menerima laporan atau pengaduan sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana;
- c. Diperlukan ketentuan mengenai tenggang waktu tertentu untuk melakukan penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di pengadilan;

- d. Diperlukan ketentuan mengenai perlindungan korban dan saksi;
- e. Diperlukan ketentuan yang menegaskan tidak ada kadaluarsa bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Kekhususan ini dilakukan atas pertimbangan, bahwa pelanggaran hak asasi yang berat merupakan “extra ordinary 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 serta menimbulkan kerugian baik materil maupun immaterial yang mengakibatkan perasaan tidak aman baik terhadap perseorangan maupun masyarakat, sehingga perlu segera dipulihkan dalam mewujudkan supremasi hukum untuk mencapai kedamaian, ketertiban, ketentraman, keadilan, dan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat Indonesia.

Sifatnya yang “extra ordinary crimes” menyebabkan diperlukannya membentuk pengadilan hak asasi manusia ad hoc yang berwenang memeriksa dan mengadili pelanggaran hak asasi manusia yang berat dimasa lalu sebelum diundangkannya UU No.26 Tahun 2000. Oleh karena diberlakukan asas retroaktif secara terbatas hanya terhadap kejahatan kemanusiaan yang berat. Pengadilan HAM ad hoc dibentuk sesuai kebutuhan berdasarkan Keputusan Presiden atas usul DPR RI dan berada dilingkungan Peradilan Umum.

Pembatasan penggunaan asas retroaktif dengan undang-undang ini dimungkinkan oleh Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan:

“Dalam menjalankan hak dan kebebasan setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.

Diakui bahwa hak asasi manusia yang perlu ditegakkan dan dilindungi oleh pengadilan hak asasi manusia Indonesia adalah bersifat universal dan melekat secara kodrati pada diri setiap manusia, sehingga dapat ditemukan dalam berbagai deklarasi maupun konvensi nasional maupun internasional. Namun demikian tidak boleh bertentangan dengan falsafah Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Pancasila dan Pembukaan UUD'45 merupakan dasar filosofis kehidupan berbangsa dan bernegara dalam kerangka kehidupan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Sebagai ideologi negara Pancasila yang terdapat dalam Pembukaan UUD'45 merupakan Roh dan Jiwa dari kerangka tubuh NKRI. Sebagai Roh dan Jiwa bangsa, Pancasila telah menuntun kehidupan sosial kemasyarakatan bangsa Indonesia dari masa ke masa dengan pelbagai nilai-nilai kehidupan bersama, yaitu: Kebhinnekaan Tunggal Ika, Gotong-royong, Senasib-sepenanggungan, Kesetiakawanan Sosial, Tolong-menolong, Musyawarah-Keluargaan,

Untuk itu perlu kiranya di inventarisir nilai – nilai hak asasi manusia yang dapat ditemukan dalam UUD 1945, yaitu:

- a. PANCASILA, sebagai sumber nilai-nilai filosofis – ideologis.
Nilai-nilai utama dalam Pancasila sebagai nilai – nilai hidup dan menghidupi kehidupan berbangsa dan bernegara, antara lain:
 - 1) Kemerdekaan,
 - 2) Kebebasan,
 - 3) Kebangsaan,
 - 4) Kemanusiaan,
 - 5) Keadilan,
 - 6) Persatuan dan Kesatuan,
 - 7) Kedaulatan Rakyat,
 - 8) Kemakmuran dan Kesejahteraan,
 - 9) Pendidikan,
 - 10) Perdamaian,
 - 11) Pengayoman.

b. UUD 1945, sebagai sumber nilai fundamental – konstitusional.

Berbagai nilai yang terpatri dalam pembukaan dan pasal-pasal batang tubuh UUD'45, diantaranya:

- a. NKRI,
- b. Pemerintahan Presidensial,
- c. Pembagian Kekuasaan: Eksekutif, Legislatif, dan Yudikatif,
- d. Pemerintahan oleh rakyat untuk rakyat,
- e. Hak-hak dan kebebasan individual yang tidak dapat dicabut:
 - i. Hak dan kebebasan untuk beribadah sesuai ajaran agama dan keyakinannya,
 - ii. Hak dan kebebasan berkumpul dan berpartai,
 - iii. Hak dan kebebasan menyatakan pikiran dan pendapat,
 - iv. Hak dan kebebasan mendapat pekerjaan,
 - v. Hak dan kebebasan mengejar kesejahteraan,
 - vi. Hak dan kebebasan mendapat pendidikan,
 - vii. Hak dan kebebasan mendapat perlindungan.

Dalam rangka kehidupan berbangsa dan bernegara yang aman, tertib dan damai, maka hak, kewajiban dan tanggungjawab warga negara dan pemerintah diatur didalam pasal-pasal UUD'45. Ketentuan-ketentuan UUD'45 ini merupakan pedoman yang wajib ditaati, dilaksanakan, dijamin, dilindungi, dan ditegakkan sebagai nilai-nilai hak asasi manusia, antara lain:

- 1) Pasal 27 ayat (1) : Hak Setiap WNI untuk dipersamakan dalam hukum dan pemerintahan.
- 2) Pasal 27 ayat (1): Kewajiban Setiap WNI untuk menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan.
- 3) Pasal 27 ayat (2): Hak dan kebebasan setiap WNI untuk mendapat pekerjaan yang menghidupinya secara layak bagi kemanusiaan.
- 4) Pasal 27 ayat (3): Hak dan Kewajiban Setiap WNI untuk membela dan mempertahankan NKRI.

- 5) Pasal 28: Hak Setiap WNI untuk bebas berserikat, berkumpul, menyatakan pikiran dan pendapat.
- 6) Pasal 28 AJ: Hak Setiap WNI untuk mendapatkan perlindungan dari perlakuan diskriminasi.
- 7) Pasal 28 B ayat (1): Hak dan Kebebasan Setiap WNI untuk menikah, membentuk satu keluarga, dan mendapatkan keturunan.
- 8) Pasal 28 B ayat (2): Hak Setiap Anak di Indonesia untuk hidup bebas dari tindakan kekerasan dan diskriminasi.
- 9) Pasal 28 C ayat (1): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk mendapatkan dan memanfaatkan Ilmu Pengetahuan dan Tehnologi bagi meningkatkan kualitas dan kesejahteraannya.
- 10) Pasal 28 C ayat (2): Hak Setiap WNI untuk mempertahankan, memajukan dan melestarikan keberadaan pribadi dan kolektifnya sebagai bagian dari pembangunan masyarakat, bangsa dan NKRI.
- 11) Pasal 28 C ayat (1): Hak Setiap WNI dan penduduk mendapat pengakuan, perlindungan, kepastian, keadilan, kesamaan dihadapan hukum.
- 12) Pasal 28 D ayat (2): Hak WNI dan penduduk untuk bekerja dengan penghasilan yang layak dan perlakuan yang adil dalam hubungan kerja.
- 13) Pasal 28 D ayat (3): Hak Setiap WNI dan penduduk memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan.
- 14) Pasal 28 D ayat (4): Hak Setiap WNI dan penduduk memperoleh status kewarganegaraa.
- 15) Pasal 28 E ayat (1): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk bebas memeluk dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.

- 16) Pasal 28 E ayat (2): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk bebas meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap sesuai hati nuraninya.
- 17) Pasal 28 E ayat (3): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk bebas berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.
- 18) Pasal 28 F: Hak Setiap WNI dan penduduk untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta dapat mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengubah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.
- 19) Pasal 28 G ayat (1): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk mendapat perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang berada dalam kekuasaannya, serta memperoleh rasa aman dan memperoleh perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.
- 20) Pasal 28 G ayat (2): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan bebas memperoleh suaka politik dari negara lain.
- 21) Pasal 28 H ayat (1): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal dan mendapat lingkungan hidup yang baik dan sehat serta memperoleh pelayanan kesehatan.
- 22) Pasal 28 H ayat (2): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk memperoleh kemudahan dan perlakuan khusus memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.

- 23) Pasal 28 H ayat (3): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk memperoleh jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat.
- 24) Pasal 28 H ayat (4): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil-alih secara sewenang-wenang oleh siapapun.
- 25) Pasal 28 I ayat (1): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk dalam keadaan apapun tidak dikurangi hak asasinya, yaitu: hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.
- 26) Pasal 28 I ayat (2): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk tidak diperlakukan diskriminatif dan dilindungi dari perlakuan diskriminatif dengan dasar dan alasan apapun.
- 27) Pasal 28 I ayat (3): Hak setiap WNI dan penduduk untuk mendapat perlindungan atas identitas budaya dan masyarakat tradisionalnya.
- 28) Pasal 28 I ayat (4): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk mendapat penyelegaraan perlindungan, pemajuan, penegakkan, dan pemenuhan hak asasi manusia.
- 29) Pasal 28 I ayat (5): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk mendapat perlindungan hak asasi manusia melalui peraturan perundang-undangan sesuai negara hukum yang demokratis.
- 30) Pasal 28 J ayat (1): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk dihormati hak asasinya dari sesama WNI dan penduduk lainnya.

- 31) Pasal 28 J ayat (2): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk mendapat pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasannya dari sesama WNI dan penduduk lainnya berdasarkan keadilan sesuai pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat yang demokratis sebagaimana ditetapkan peraturan perundang-undangan.
- 32) Pasal 29 ayat (2): Hak Setiap WNI dan penduduk untuk bebas memeluk agama dan beribadat menurut agama dan kepercayaannya.
- 33) Pasal 30 ayat (1): Hak dan kewajiban Setiap WNI untuk ikut serta dalam usaha pertahanan dan keamanan negara.
- 34) Pasal 30 ayat (2): Hak dan Kewajiban Setiap WNI untuk menjadi kekuatan pendukung dalam sistim pertahanan dan keamanan rakyat semesta.
- 35) Pasal 31 ayat (1): Hak Setiap WNI untuk memperoleh pendidikan.
- 36) Pasal 31 ayat (2): Hak Setiap WNI untuk memperoleh pendidikan dasar atas biaya pemerintah.
- 37) Pasal 31 ayat (3): Hak Setiap WNI untuk meningkatkan keimanan dan ketaqwaan serta akhlak mulia dan kecerdasannya dari satu sistim pendidikan nasional yang diusahakan dan diselenggarakan oleh pemerintah.
- 38) Pasal 31 ayat (4): Hak Setiap WNI untuk mendapatkan pendidikan dari pendidikan nasional dengan anggaran 20% dari APBN dan APBD.
- 39) Pasal 31 ayat (5): Hak Setiap WNI untuk mendapatkan jaminan terhadap pemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi yang menjunjung tinggi nilai-nilai agama, persatuan bangsa, kemajuan peradaban, dan kesejahteraan tanpa diskriminasi.

- 40) Pasal 32 ayat (1): Hak Setiap WNI untuk memelihara dan mengembangkan nilai-nilai budayanya dalam rangka memajukan kebudayaan nasional ditengan-tengah perkembangan peradaban dunia.
- 41) Pasal 32 ayat (2): Hak Setiap WNI untuk memelihara dan menghormati bahasa daerahnya sebagai kekayaan budaya nasional.
- 42) Pasal 33 ayat (1): Hak Setiap WNI untuk mendapatkan manfaat atas satu sistim perekonomian sebagai usaha bersama berdasarkan asas kekeluargaan yang disusun pemerintah berdasarkan undang-undang.
- 43) Pasal 33 ayat (2): Hak Setiap WNI untuk mendapatkan manfaat bersama WNI lainnya atas cabang-cabang produksi yang penting yang dikuasai dan diolah pemerintah.
- 44) Pasal 33 ayat (3): Hak Setiap WNI untuk mendapatkan kemakmuran bersama WNI lainnya atas bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya yang dikuasai pemerintah.
- 45) Pasal 33 ayat (4): Hak Setiap WNI untuk mendapatkan manfaat bersama WNI lainnya atas perekonomian nasional yang diselenggarakan pemerintah berdasarkan atas demokrasi ekonomidengan prinsip kebersamaan, efisiensi keadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.
- 46) Pasal 34 ayat (1): Hak Setiap WNI untuk mendapatkan manfaat atas pemeliharaan fakir miskin dan anak-anak terlantar yang dilaksanakan pemerintah.
- 47) Pasal 34 ayat (2): Hak Setiap WNI untuk mendapatkan manfaat atas sistim jaminan sosial sesuai kemampuan ekonomi dan martabat kemanusiaan yang diselenggarakan pemerintah.

48) Pasal 34 ayat (3): Hak Setiap WNI untuk mendapatkan manfaat yang layak atas fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang diselenggarakan pemerintah.

Dengan demikian berdasarkan nilai-nilai kemanusiaan di atas, setiap warga negara Indonesia dalam berbagai kehidupan sosial, politik, pemerintahan, dan negara maupun dalam pergaulan Internasional wajib memelihara, mempertahankan dan melaksanakan nilai-nilai ideologis dan fundamental tersebut di atas dalam sikap perilaku:

- 1) Cinta tanah Air,
- 2) Setia kepada Pancasila, UUD'45, dan NKRI,
- 3) Rela berkorban tanpa pamrih membela dan mempertahankan Pancasila, UUD'45 dan NKRI.
- 4) Mengutamakan kepentingan negara dan rakyat dari kepentingan pribadi dan golongan,
- 5) Menjunjung tinggi hak asasi manusia,
- 6) Bersikap arif dan bijaksana serta adil dan jujur,
- 7) Taat pada hukum dan peraturan perundang-undangan,
- 8) Mencela segala perbuatan yang melemahkan dan merugikan keuangan negara dan perekonomian rakyat.

b. Peradilan HAM Komplementari

Meskipun negara Indonesia belum meratifikasi Statuta Roma 1998 tentang ICC, namun pembentukan pengadilan HAM berdasarkan UU No.26 Tahun 2000 tersebut merupakan bukti akan kesungguhan (*genuinely*) Indonesia yang berkeinginan (*willing*) dan berkemampuan (*ability*) memeriksa dan mengadili pelaku kejahatan kemanusiaan yang terjadi di Indonesia. Sesuai pasal 2 dan pasal 4, Pengadilan HAM ini merupakan pengadilan khusus yang berada di lingkungan Pengadilan Umum dengan tugas dan wewenang (yang merupakan yurisdiksi kriminalnya) memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat yaitu sesuai pasal 7 UU No.26/2000 beserta

penjelasannya meliputi: Kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana yang sama terdapat dalam pasal 6 dan pasal 7 Statuta Roma 1998 (Roma Statute of the International Criminal Court).

Jika dikaitkan dengan konsep pengakuan (pengakuan secara tegas - terang-terangan dan pengakuan secara diam-diam - tersirat) dalam literatur hukum internasional maka menurut hemat penulis penjelasan Pasal 7 Undang-undang No. 26/2000 tersebut merupakan bentuk pengakuan diam-diam - tersirat negara Indonesia terhadap statuta ICC setidaknya pada yurisdiksi ICC tentang kejahatan Genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Mengenai hal yang sama di atas, Muladi melihatnya sebagai bentuk harmonisasi secara parsial ke dalam hukum nasional oleh Indonesia terhadap statuta ICC.

Selain itu pengadilan ini secara kelembagaan bersifat tetap tetapi dalam operasionalisasi-peradilannya memiliki karakteristik semi-permanen yaitu diperiksa dan diputus oleh Majelis Hakim sebanyak 5 orang yang terdiri dari 2 Hakim Tetap dan 3 Hakim ad hoc pada semua tingkatan: pertama, banding dan kasasi (pasal 27 (2), pasal 32 (2) dan pasal 33 (2) UU No.26/2000).

Begitupun pada tingkat penyelidikan dapat dilakukan oleh Tim ad hoc yang dibentuk Komnas HAM serta pada tingkat penyidikan dan penuntutan dapat dilakukan oleh penyidik ad hoc dan penuntut umum ad hoc yang diangkat oleh Jaksa Agung RI (pasal 21 (3) dan pasal 23 (2) UU No.26/2000).

Keunikan lain dari UU No.26/2000 ini adalah juga memuat ketentuan tentang Pengadilan HAM Ad Hoc dengan yurisdiksi kriminalnya memeriksa dan memutus pelanggaran hak asasi yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU No.26/2000 ini. Meskipun tidak ditegaskan dalam sebuah pasal, yurisdiksi kriminal Pengadilan HAM Ad Hoc ini sama dengan yurisdiksi kriminal Pengadilan HAM (tetap) yaitu meliputi kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, tidak

termasuk kejahatan perang (tersirat dalam pasal 43 ayat (3) dan pasal 44). Demikian juga walaupun tidak dijelaskan dalam ketentuan umum, pengertian pengadilan HAM Ad Hoc adalah sama dengan pengertian pengadilan HAM yang dimaksud pasal 1 ayat 3, hanya saja keberadaan lembaganya yang berbeda yaitu yang satu permanen/tetap yang lainnya bersifat sementara. Selain itu, UU No.26/2000 masih memungkinkan adanya penyelesaian pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU No.26/2000 diluar pengadilan HAM Ad Hoc yaitu melalui Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (pasal 47). Memang menjadi pertanyaan, apakah keberadaan komisi ini tidak bertentangan dengan semangat universal dalam Statuta Roma 1998 untuk menuntut, mengadili dan menghukum pelaku kejahatan kemanusiaan yang berat. Sekaligus dapat merupakan penyangkalan terhadap prinsip tanggungjawab individu (individual criminal responsibility) yang membatasi praktek impunity selama ini. Meskipun komisi ini mungkin dimaksudkan hanya terbatas pada kasus-kasus pelanggaran HAM tertentu yang lebih bersifat intern-dalam negeri yang menyangkut keutuhan bangsa dan negara Indonesia. Penyelesaian melalui komisi ini lebih bersifat politis, tetapi dapat mengurangi kepercayaan internasional terhadap kesungguhan Indonesia mengadili pelaku kejahatan kemanusiaan yang berat. Oleh karena itu komisi kebenaran dan rekonsiliasi ini bekerja untuk mengungkapkan kebenaran material dan melakukan rekonsiliasi sebagai solusi. Tetapi tidak mentolerir pelanggaran/kejahatan HAM yang terungkap, melainkan tetap mengajukan pelakunya kepada instansi terkait guna mendapat tindakan penydikan, penuntutan dan peradilan.

Sejak semula berbagai pakar didunia termasuk Indonesia menyadari perlunya segera meratifikasi Statuta ICC sebagai bagian dari kewajiban internasional dalam penanggulangan kejahatan internasional. Apalagi kejahatan kemanusiaan yang berat sebagai kejahatan internasional begitu menggugah nurani umat manusia telah lama diperjuangkan melewati waktu kurang lebih 50 tahun untuk dapat membentuk ICC dan menjadikannya sebagai yurisdiksi ICC.

Demikian diungkapkan oleh Romli Atmasasmita⁷⁹⁾ dengan menyatakan :

"Langkah awal untuk mencapai tujuan penanggulangan kejahatan international ialah bahwa setiap negara sebagai bagian integral dari masyarakat internasional memiliki kewajiban ikut dalam perjanjian internasional yang membahas penanggulangan terhadap kejahatan internasional, dan segera meratifikasi perjanjian internasional yang diikutinya sehingga dengan ratifikasi tersebut merupakan dasar hukum pengesahan suatu perjanjian internasional dan memberlakukannya sebagai bagian dari hukum nasional negara yang bersangkutan. Hanya dengan langkah awal inilah setiap negara dapat ikut dalam pelbagai aktivitas Perserikatan Bangsa-bangsa dalam mencegah dan memberantas setiap kejahatan internasional atau kejahatan internasional tertentu lainnya."

Ditambahkannya lagi, bahwa kelak setiap negara secara bertahap akan menyesuaikan undang-undang pidana nasionalnya dengan kejahatan internasional yang diatur dalam RSMPI (Rancangan Statuta Mahkamah Pidana Internasional) tersebut, dan sekaligus meneliti kembali ketentuan dalam undang-undang acara pidana nasionalnya dengan mengacu kepada ketentuan mengenai yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional serta prosedur investigasi dan penuntutan terhadap

⁷⁹⁾ Romli Atmasasmita, Op.cit. hlm.84

kejahatan internasional yang menjadi yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional.

Dalam kerangka itulah, maka sejak dini setiap negara sudah harus mempersiapkan, baik perangkat peraturan perundang-undangan pidana maupun peningkatan profesionalisme aparaturnya.

Selanjutnya, dapat diinventarisir hal-hal yang perlu mendapat perhatian dalam peraturan perundang-undangan nasional termasuk yang belum secara lengkap diatur dalam KUHAP No. 8 tahun 1981, yaitu:

- 1) Kejahatan-kejahatan cangguh bersifat internasional;
- 2) Kerja sama yudisial dengan ICC dan/atau negara asing
- 3) Kerjasama internasional dalam penyidikan, penangkapan, penahanan, dan peradilan pelaku kejahatan internasional;
- 4) Perlindungan hak asasi pelaku dan korban kejahatan internasional;
- 5) Pengakuan pelaksanaan putusan ICC atau peradilan negara Asing di dalam yurisdiksi-pidana Indonesia;

Bahwa Statuta ICC tidak dapat diragukan lagi keberadaannya sebagai suatu sistem peradilan pidana yang aspiratif dan dapat diandalkan untuk melengkapi (komplementari) dari sistem peradilan pidana nasional karena merupakan hasil kerja yang dirumuskan langsung oleh kurang lebih 50 ahli hukum dari berbagai bagian (region) dunia yang tergabung dalam Komisi Hukum Internasional PBB yang telah berhasil memadukan beberapa sistem hukum yang berbeda ke dalam Statuta ICC.

Hal ini terungkap pula dalam penjelasan Romli Atmasasmita⁸⁰⁾ yang menyatakan:

⁸⁰⁾ Romli Atmasasmita, Op.cit. hlm.52

"Terlepas dari bentuk tersebut kiranya dengan keberhasilan Komisi Hukum Internasional menyusun RSMPI tersebut sangatlah jelas bahwa hal ini merupakan langkah maju, mengingat penyusunan RSMPI dilakukan oleh kurang lebih 50 ahli hukum di seluruh dunia dengan membawa pola pemikiran yang berbeda, baik pakar hukum yang berasal dari kubu "Common Law System" maupun yang berasal dari "Civil Law System". Arti penting keberadaan Mahkamah Pidana Internasional dalam perkembangan sistem peradilan pidana di dunia yaitu bahwa masyarakat internasional yang berfungsi sebagai pelengkap terhadap sistem peradilan pidana nasional."

Selanjutnya, dalam terbitan bukunya yang lain, Romli Atmasasmita) menjelaskan arti dari fungsi pelengkap (complementary) terhadap sistem peradilan pidana nasional, bahwa pengertian "complementary" atau komplementaritas sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 1 statuta Roma tersebut, adalah bahwa yurisdiksi (pengadilan) nasional memiliki tanggung jawab utama untuk melaksanakan penyidikan dan penuntutan setiap kejahatan internasional yang menjadi wewenang Mahkamah Pidana Internasional.

Prinsip ini menunjukkan bagaimana hubungan antara Mahkamah Pidana Internasional dengan Pengadilan Nasional. Berdasarkan prinsip tersebut, maka ada 2 (dua) hal yang esensial sebagai berikut :

- (1) bahwa sesungguhnya Mahkamah Pidana Internasional merupakan kepanjangan tangan/wewenang dari pengadilan nasional suatu negara;
- (2) bahwa sesungguhnya bekerjanya Mahkamah Pidana Internasional tidak serta merta mengganti kedudukan pengadilan nasional.

Kedua hal yang bersifat esensial tersebut diatas, dapat diukur dan standar penerimaan atau standards of admissibility (Pasal 17 ayat (1) Statuta Roma - 1998), yang mensyaratkan 4 (empat) keadaan sebagai berikut :

Mahkamah Pidana Internasional harus menentukan bahwa suatu kasus adalah tidak dapat diterima oleh Mahkamah, jika:

- 1) Kasus kejahatan internasional sedang disidik atau dituntut oleh sejumlah negara yang memiliki yurisdiksi atas kejahatan internasional tersebut kecuali: negara yang bersangkutan tidak mau (unwilling) atau tidak mampu secara bersungguh-sungguh (unable genuinely) melaksanakan penyidikan atau penuntutan.
- 2) Kasus kejahatan internasional tersebut telah disidik oleh negara yang bersangkutan, akan tetapi negara yang bersangkutan telah menetapkan untuk tidak menuntut tersangka/terdakwa, kecuali tindakan tersebut disebabkan oleh tidak adanya kehendak atau ketidakmampuan negara yang bersangkutan untuk secara bersungguh-sungguh melakukan penuntutan.
- 3) Terdakwa sudah diadili dan peradilan Mahkamah Pidana Internasional tidak dapat dilaksanakan berdasarkan Pasal 20 ayat (3).
- 4) Kasus tersebut tidak bersifat serius untuk diteruskan dan diadili oleh Mahkamah.

Bahwa internasionalisasi kejahatan-kejahatan tertentu seperti kejahatan terhadap kemanusiaan telah berlangsung lama setidaknya sejak berakhirnya perang dunia pertama dan lebih intensif setelah berakhirnya perang dunia kedua. Kemudian semakin tak terbendung di era globalisasi yang terkait erat dengan era modernisasi di segala bidang terutama iptek yang begitu menakutkan. Internasionalisasi kejahatan-kejahatan tertentu tersebut terjadi secara alamiah dan merupakan konsekuensi dari perkembangan kehidupan masyarakat

internasional yang semakin mengglobal menciptakan saling-ketergantungan satu terhadap yang lain sehingga dunia terbentuk sebagai the big village. Untuk itulah negara-negara di bawah naungan Perserikatan Bangsa-bangsa secara bersama-sama berupaya melakukan penanggulangan kejahatan-kejahatan internasional tertentu tersebut melalui berbagai kesepakatan atau perjanjian internasional, diantaranya yang tertuang dalam Statuta ICC yang disepakati dalam Konvensi Roma 1998 yang lalu. Untuk itu, menurut Muladi⁸¹, "dalam era globalisasi segala hal yang beratribut nasional misalnya, tidak hanya bermuatan ideologi, konstitusi, kondisi manusia, alam dan tradisi bangsa saja (local characteristic) tetapi harus menampung pula kecenderungan -kecenderungan yang terkandung dalam instrumen-instrumen internasional, seperti konvensi, deklarasi, resolusi, guide-lines internasional dan sebagainya.

Adaptasi tersebut dilakukan dengan ratifikasi konvensi internasional, hal ini tidak bertentangan dengan tujuan nasional, karena ikut serta menciptakan perdamaian dunia merupakan salah satu sumber hukum yang diakui kekuatannya."

Kemudian dari sisi hukum pidana internasional (internasional criminal law) terbentuknya ICC sangat menarik, sebab sampai saat ini dalam penegakkan hukum secara umum berlaku "indirect enforcement methods" atas dasar konvensi internasional, yang mengharuskan negara-negara untuk meratifikasi konvensi tersebut dan menerapkannya melalui mekanisme hukum nasional. Penegakan hukum yang bersifat langsung (direct enforcement model) sampai saat ini secara eksplisit hanya diterapkan secara ad hoc dengan tempos dan locus delik tertentu. Statuta Roma 1998 tentang ICC justru mengembangkan "direct enforcement model" dalam pengadilan yang bersifat

⁸¹ Muladi, Op.cit.hlm.48

permanen; dan sebagai perjanjian multilateral Statuta Roma membutuhkan dukungan luas (broad support) tanpa mengorbankan prinsip efektivitas dan keadilan⁸².

Selanjutnya melalui ratifikasi inilah dilakukan upaya kriminalisasi kejahatan-kejahatan internasional tertentu tersebut ke dalam hukum nasional atau konvensi tersebut menjadi bagian dari hukum nasional untuk diterapkan dalam yurisdiksi-kriminal nasional. Bahwa ratifikasi terhadap konvensi internasional dalam hal ini Statuta ICC tersebut diatas dimaksudkan sebagai upaya "pengesahan" terhadap Statuta ICC agar Indonesia mengikatkan diri dan dengan demikian melaksanakan kewajiban internasionalnya menerapkan Statuta ICC ke dalam yurisdiksi kriminal nasional Indonesia. Soal "pengesahan" atau "mengikatkan diri" terhadap suatu perjanjian internasional dipandang merupakan urusan kedaulatan negara yang bersangkutan sehingga hukum internasional tidak mengatur cara dan syarat-syarat tertentu yang harus dipenuhi sehubungan dengan pengesahan dimaksud, melainkan diserahkan kepada hukum nasional masing-masing negara. Untuk itu negara Indonesia telah mengaturnya di dalam UU RI No.24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional, di mana di dalam pasal 9, 10, dan pasal 11 diatur cara dan syarat pengesahan suatu perjanjian internasional untuk dapat diterapkan dalam yurisdiksi-teritorial Indonesia.

Dengan demikian dapat diinventarisir alasan-alasan obyektif untuk melakukan "pengesahan" (ratifikasi, akses, penerimaan, penyetujuan) ICC, antara lain:

- 1) Untuk melaksanakan kewajiban internasional dalam penanggulangan dan pemberantasan kejahatan internasional tertentu dalam hal ini kejahatan berat terhadap kemanusiaan;

⁸² Muladi, Op.cit.hlm.2 & 12

- 2) Untuk melakukan kriminalisasi kejahatan-kejahatan berat terhadap kemanusiaan yang menjadi yurisdiksi ICC ke dalam hukum nasional Indonesia;
- 3) Untuk mengesahkan prinsip-prinsip hukum internasional dalam ICC menjadi bagian dari prinsip-prinsip hukum nasional Indonesia;
- 4) Untuk melaksanakan sistem peradilan pidana internasional (penyelidikan, penyidikan, penuntutan, pemeriksaan pengadilan, penangkapan, penahanan, penyitaan, penggeledahan, penjatuhan dan pelaksanaan putusan pengadilan) sesuai standar ICC ke dalam sistem peradilan pidana nasional Indonesia;
- 5) Untuk melakukan kerja sama internasional yang terkait dengan "mutual legal assistance";
- 6) Pengakuan Indonesia secara diam-diam terhadap yurisdiksi ICC tentang Kejahatan Genosida dan Kejahatan terhadap kemanusiaan dalam penjelasan Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 Pasal 7.

Namun demikian sekiranya negara Indonesia masih mempunyai pertimbangan untuk menerima kejahatan perang menjadi yurisdiksi pidana Indonesia, maka berdasarkan Pasal 124 statuta ICC, Indonesia dapat meratifikasinya dengan disertai pernyataan belum diberlakukannya kejahatan perang sebagaimana diatur dalam Pasal 8 statuta tersebut selama 7 tahun bagi Indonesia.

Bahwa Statuta Roma 1998 telah berlaku efektif dan menunggu pembentukan ICC secara kelembagaan dengan segala kelengkapan organ-organnya yang terdiri dari: Dewan Pimpinan, Divisi Banding, Divisi Peradilan dan Divisi Pra-Peradilan, Kantor Penuntut dan Kantor Pencatat (sesuai pasal 34 Statuta). Organ-organ ini diisi oleh para hakim, panitera dan staff yang memiliki tugas dan wewenang yudisial: mengadili, dan non

yudisial: administrasi menurut jabatannya masing-masing. Sedang Kantor Penuntut merupakan organ yang terpisah dari pengadilan. Kesemuanya diangkat dan disumpah/berjanji serta menjalankan tugasnya secara independen dan penuh waktu. Jumlah hakim ada 18 orang yang dipilih dan diangkat secara rahasia melalui surat suara dalam rapat khusus Majelis Negara-Negara yang terdiri dari perwakilan negara peserta yang menandatangani Statuta ICC hasil konferensi Roma 1998. Negara peserta atau penandatangan final Act lainnya dapat menjadi peninjau, tetapi mempunyai hak mengusulkan seorang kandidat hakim untuk setiap pemilihan. Semua hakim yang terpilih harus berkewarganegaraan negara penandatangan statuta yang memenuhi kualifikasi yang telah ditentukan dan tidak seorangpun mempunyai kewarganegaraan yang sama dengan hakim terpilih lainnya (pasal 36 jo pasal 112 statuta).

Dalam pembukaan Statuta Roma 1998 atau Statuta ICC yang telah berlaku efektif tersebut diingatkan bahwa merupakan tugas dari setiap negara untuk melaksanakan yurisdiksi pidananya terhadap tanggungjawab untuk menanggulangi kejahatan-kejahatan internasional ini. Selanjutnya ditekankan bahwa pengadilan pidana internasional yang dibentuk sesuai dengan statuta ini harus menjadi pelengkap (komplementeric) terhadap yurisdiksi pidana nasional. Hal yang sama juga ditegaskan dalam pasal 1 statuta, bahwa yurisdiksi ICC terhadap orang-orang yang melakukan kejahatan-kejahatan yang serius yang menjadi perhatian internasional akan menjadi pelengkap yurisdiksi hukum pidana nasional sesuai statuta ini.

Selain itu, oleh karena Indonesia telah ikut serta dalam seluruh Konvensi Jenewa tanggal 12 Agustus 1949 Tentang Perlindungan Korban Perang melalui pernyataan turut serta tertanggal 10 September 1958 berdasarkan UU No.59 tahun 1958, sementara yurisdiksi kejahatan perang (war Crimes) ICC merujuk pada

Konvensi Jenewa 1949 tersebut maka cukup beralasan untuk melakukan ratifikasi Statuta Roma 1998. Apalagi di beberapa bagian wilayah RI sekarang ini mengalami kerawanan akibat konflik-tindak kekerasan yang melibatkan kelompok bersenjata terorganisir baik yang nampak maupun yang tidak jelas identitasnya. Sementara yurisdiksi pengadilan HAM tetap maupun ad hoc berdasarkan UU No.26/2000 sendiri belum meliputi yurisdiksi kriminal kejahatan perang dan agresi, berarti belum meliputi semua yurisdiksi kriminal ICC. Bahwa untuk memberlakukan yurisdiksi criminal ICC di Indonesia diperlukan kriminalisasi Statuta Roma 1998 atau Statuta ICC ke dalam sistim hukum pidana Indonesia, antara lain berupa penyesuaian beberapa pasal dalam UU No.26/2000 diantaranya perluasan yurisdiksi kriminal Pengadilan HAM tetap maupun ad hoc yang juga meliputi kejahatan perang dan kemungkinan meniadakan komisi kebenaran dan rekonsiliasi atau komisi ini diberi kewenangan penyelidikan yang lebih bersifat politis melengkapi Komnas HAM yang menekankan pada aspek yuridis sebuah peristiwa pelanggaran HAM berat di Indonesia.

Begitupun diperlukan pengadilan HAM yang otonom terlepas dari lingkungan peradilan umum untuk menghindari operasionalisasi yang semi-permanen dengan sistim majelis hakim yang terdiri dari hakim peradilan umum dan hakim ad hoc. Pengadilan HAM tetap yang otonom ini diberi kewenangan untuk membentuk pengadilan ad hoc sesuai kebutuhan yang selalu bersifat mendesak, sehingga pembentukannya tidak perlu lagi melalui Keputusan Presiden atas usul DPR RI yang berbelit-belit dan memakan waktu. Juga karena kejahatan kemanusiaan begitu luas dan kompleks dengan karakteristik universal dan transnasionalnya maka diperlukan Hakim yang memiliki pengetahuan khusus untuk itu yang dapat berfungsi pada pengadilan HAM tetap dan juga pada pengadilan ad hoc.

Disamping perluasan yurisdiksi juga hal-hal yang perlu diupayakan setelah ratifikasi statuta ICC adalah :

- 1). Putusan secara tertulis dan memuat pandangan dari mayoritas hakim dan minoritas hakim dalam hal pengambilan putusan secara voting ;
- 2). Menjatuhkan hukuman penjara maksimal 30 tahun atau hukuman seumur hidup ;
- 3). Menjatuhkan hukuman untuk tiap-tiap kejahatan dan menggabungkan hukuman tersebut yang tidak melebihi masa 30 tahun penjara atau lebih berat dari hukuman seumur hidup.

Perlu diketahui bahwa dalam mengambil keputusan, Majelis hakim ICC harus memenuhi syarat pasal 74, pasal 66 ayat 3 , pasal 77 dan pasal 78:

- 1) Menghadiri semua tahap pemeriksaan penyidikan di persidangan.
- 2) Mengevaluasi bukti-bukti dan segala yang terungkap dalam persidangan.
- 3) Tidak melebihi apa yang dituntut oleh Penuntut
- 4) Mendahulukan pengambilan putusan secara bulat/aklamasi, kemudian pengambilan putusan berdasarkan suara mayoritas (voting).
- 5) Putusan secara tertulis dan memuat pandangan dari mayoritas hakim dan minoritas hakim dalam hal pengambilan putusan secara Voting.
- 6) Pertimbangan Majelis Hakim bersifat rahasia sampai putusan dibacakan secara terbuka dalam persidangan untuk itu
- 7) Harus yakin akan kesalahan terdakwa di luar keraguan yang masuk akal, jika menjatuhkan putusan yang bersifat menghukum Terdakwa.
- 8) Menjatuhkan hukuman penjara maksimal 30 tahun atau hukuman seumur hidup.
- 9) Menjatuhkan hukuman denda dan penyitaan harta/asset hasil kejahatan.
- 10) Mempertimbangkan hal-hal yang memberatkan dan meringankan dari keadaan Terdakwa.

- 11) Mengurangi masa hukuman penjara dengan masa penahanan yang telah dijalani terdakwa.
- 12) Mengumumkan hukuman untuk tiap-tiap kejahatan dan gabungan hukuman yang menjelaskan lamanya masa hukuman, tetapi tidak boleh melebihi masa 30 tahun penjara atau seumur hidup sesuai pasal 77 ayat 1 (b).

Sebagian besar syarat dan wewenang pengambilan keputusan oleh Majelis Hakim ICC tersebut di atas, juga merupakan wewenang Majelis Hakim Pidana Indonesia dalam mengambil keputusan terkecuali menyangkut 3 hal yang disebutkan dalam angka 5, 8 dan 12 tersebut di atas yang masih perlu penyesuaian ke dalam hukum dan sistem peradilan pidana Indonesia. Sehubungan dengan pelaksanaan peradilan Hak hak asasi manusia di Indonesia, terdapat beberapa putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia yang ternyata ditingkat kasasi menjatuhkan putusan yang membebaskan para terdakwa diantaranya: Mantan Kapolda Timtim Timbul Silaen, Mantan Bupati Covalima Kolonel Herman Sedyono, Mantan Dandim Suai Kolonel Liliek Koeshadiyanto, Mantan Kapolres Suai Kolonel Polisi Gatot Rubiaktoro, Mantan Kasdim Suai Mayor Infantri Achmad Syamsudin, mantan Danramil Suai Mayor Infantri Sugito, mantan Dandim Dili Letkol Infantri Endar Priyanto, mantan Dansatgas Tribuana Kolonel Infantri Yayat Sudradjat, mantan Danrem Wira Dharma Brigadir Jenderal Toto Suratman, dan pada pemeriksaan peninjauan kembali Mahkamah Agung RI menjatuhkan putusan yang membebaskan mantan Gubernur Timor Timur Abilio Soares. Sebelumnya mantan Pangdam IX Udayana Mayjen Adam Damiri dibebaskan ditingkat banding pengadilan HAM.

Pada pokoknya putusan Peradilan HAM diatas didasarkan pada pertimbangan substansial, bahwa Jaksa Penuntut Umum tidak mampu membuktikan secara sah kesalahan terdakwa melakukan serangan (bersenjata) yang meluas dan sistimatis yang menyebabkan jatuhnya sejumlah korban manusia. sebagai salah satu unsur utama tindak pidana Hak hak asasi manusia. Kemudian dengan pertimbangan yang non substansial, yaitu karena Jaksa Penuntut Umum tidak mengajukan memori kasasi sebagai salah satu syarat utama yang harus dipenuhi Jaksa Penuntut Umum sebagai pihak pemohon kasasi, maka Mahkamah Agung RI menolak permohonan kasasi tersebut, dan dengan demikian terdakwa tetap dinyatakan bebas sebagaimana putusan pengadilan HAM sebelumnya.

Terhadap putusan bebas peradilan HAM RI diatas, berbagai pihak memberikan reaksi kekecewaan sambil mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM Internasional Ad Hoc untuk memeriksa dan mengadili kembali kasus-kasus tindak pidana HAM diatas. Sekjen PBB Kofi Annan keberatan terhadap pertimbangan yang menyatakan terdapat kecurangan dalam jajak pendapat di wilayah Timtim atas sponsor PBB (UNAMET) pada tahun 1999 yang turut mempengaruhi meluasnya tindak kekerasan di Timtim. Juga Komisi Ahli PBB (United Nation of Commission of Experts) mempertanyakan kepada pihak Indonesia mengenai penanganan kasus pelanggaran hak asasi manusia di Timtim. Begitupun Human Rights Watch Divisi Asia, Brad Adams dan John Miler dari Jaringan Aksi Timor Timur (ETAN) menyatakan kekecewaannya, serta juga mendesak pembentukan pengadilan HAM Internasional Ad Hoc terhadap para pelaku tindak pidana HAM TimTim dari Indonesia.

Nampaknya, dunia internasional tidak hanya menghendaki Indonesia hanya sebatas sungguh-sungguh berkeinginan memeriksa dan mengadili para pelaku tindak pidana HAM di Indonesia, tetapi juga sungguh-sungguh berkemampuan menjatuhkan putusan yang sedail-adilnya dengan menghukum para pelaku tindak pidana sesuai kesalahannya. Putusan bebas para terdakwa tindak pidana HAM tanpa alternatif pelaku lainnya, apalagi adanya kelalaian Jaksa Penuntut Umum tidak mengajukan Memori Kasasi dapat menjadi alasan ketidak sungguhan Indonesia untuk memeriksa dan mengadili para pelaku tindak pidana HAM sesuai standar-standar keadilan yang bersifat universal dan statuta Roma 1998.

Untuk memahami statuta ICC, menurut Muladi⁸³ secara simultan harus dilakukan pula pemahaman terhadap 2 dokumen yang terkait dalam satu kesatuan yaitu dokumen yang menguraikan "the Elements of Crime" dan dokumen yang mengatur "Rules of Procedure and Evidence".

Kemudian dijelaskannya, bahwa secara umum unsur-unsur kejahatan mencakup unsur obyektif (criminal act, actus reusa) berupa adanya perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang dan bersifat melawan hukum serta tidak adanya alasan pembeda, dan unsur subyektif (criminal responsibility, means rea) yang mencakup unsur kesalahan dalam arti luas dan meliputi kemampuan bertanggungjawab, adanya unsur kesengajaan atau kealpaan serta tidak adanya alasan pemaaf.

Khusus mengenai kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan HAM berat yang lain terdapat prinsip umum bahwa unsur-unsur kejahatan (the elements of crime) terdiri atas :

⁸³ Muladi, 2002. Op.cit. hlm. 12

- 1) unsur material yang berfokus pada perbuatan (conduct), akibat (consequences) dan keadaan-keadaan (circumstances) yang menyertai perbuatan,
- 2) unsur mental yang relevan dalam bentuk kesengajaan (intent), pengetahuan (knowledge) atau keduanya. Sesuai dengan Art. 30 yang mengatur "mental element", maka ada kesengajaan (intent) apabila sehubungan dengan perbuatan (conduct) tersebut si pelaku berniat untuk melakukan/turut serta dalam perbuatan tersebut dan berkaitan dengan akibatnya (consequences) si pelaku berniat untuk menimbulkan akibat tersebut atau sadar (aware) bahwa pada umumnya akibat akan terjadi dalam kaitannya dengan perbuatan tersebut. Sedangkan "knowledge" diartikan sebagai kesadaran (awareness) bahwa suatu keadaan terjadi atau akibat pada umumnya akan timbul sebagai akibat kejadian tersebut . tahu (know) dan mengetahui (knowingly) harus ditafsirkan dalam kerangka tersebut.

Yang harus mendapat perhatian khusus dalam kejahatan kemanusiaan adalah dua elemen terakhir dari setiap kejahatan terhadap kemanusiaan yang menggambarkan konteks dalam hal mana perbuatan terjadi. Dua elemen tersebut adalah : (a) perbuatan tersebut dilakukan sebagai bagian dari suatu serangan yang meluas (widespread) dan sistematis (systematic) ditujukan pada penduduk sipil; dan (b) keharusan adanya pengetahuan (with knowledge) pelaku bahwa perbuatan yang dilakukan merupakan bagian dari atau dimaksudkan untuk menjadi bagian serangan yang meluas atau sistematis terhadap penduduk sipil⁸⁴

⁸⁴ Muladi, 2001. Op.cit. hlm. 2-3

Sifat komplementeri ICC terhadap yurisdiksi pidana nasional ditekankan pada bagian pembukaan dan ditegaskan lagi dalam pasal 1 Statuta ICC.

Dalam bagian kesepuluh pada pembukaan Statuta ICC dinyatakan:

"Menekankan bahwa Pengadilan Pidana Internasional yang dibentuk sesuai Undang-undang ini harus menjadi pelengkap terhadap yurisdiksi pidana nasional".

Kemudian dalam pasal 1 ditegaskan lagi:

"Pengadilan Pidana Internasional (selanjutnya disebut "Pengadilan") dengan Undang-undang ini dibentuk. Pengadilan ini merupakan lembaga yang permanen dan akan mempunyai kekuasaan untuk melaksanakan yurisdiksinya terhadap orang-orang yang melakukan kejahatan-kejahatan yang paling serius yang menjadi perhatian internasional, sebagaimana yang disebutkan pada Undang-undang ini, dan akan menjadi pelengkap yurisdiksi hukum pidana nasional. Yurisdiksi dan fungsi pengadilan itu akan diatur dengan ketentuan-ketentuan dalam Undang-undang ini".

Penegasan prinsip komplementari yang dianut ICC ini merupakan suatu perkembangan baru dalam sejarah peradilan internasional yang selama ini mengenal prinsip Primacy yang mengembangkan paham bahwa yurisdiksi (hukum/lembaga hukum) internasional harus lebih dominan dari yurisdiksi nasional.

Menurut hemat penulis prinsip komplementeri merupakan bukti fleksibilitas terhadap sensitifitas prinsip kedaulatan negara yang umumnya dianut secara ekstrim negara-negara sedang berkembang atau negara yang dipimpin oleh rezim penguasa yang abnormal dimana cenderung terjadi pelanggaran HAM yang berat, dengan demikian dapat menjadi alasan memproteksi diri dari intervensi negara lain.

Selanjutnya jika dihubungkan dengan teori Monisme dan teori Dualisme yang dikenal dalam literatur hukum internasional tentang hubungan hukum internasional dengan hukum nasional, maka prinsip komplementari tersebut mencerminkan ICC menganut teori Dualisme. Sedang prinsip primacy cenderung menganut teori Monisme.

Dengan demikian maka dengan sifat komplementari ini, ICC dan pengadilan nasional dipandang sebagai pengadilan yang tunduk pada dua sistem hukum yang terpisah yang mempunyai wilayah-lingkaran berlakunya masing-masing. Sehingga untuk menerapkan yurisdiksi ICC ke dalam yurisdiksi peradilan pidana nasional, terlebih dahulu diadakan "transformasi" Statuta ICC ke dalam sistem hukum nasional negara yang bersangkutan.

Transformasi yang dimaksud dapat dilakukan dalam bentuk Ratifikasi (Ratification), Akses (Accession), Penerimaan (Acceptance) dan Penyetujuan (Approval).

Hukum Internasional tidak mengatur cara dan syarat-syarat yang diperlukan untuk melakukan "transformasi" hukum internasional ke dalam hukum nasional. Semuanya diserahkan menurut hukum nasional setiap negara. Indonesia telah lama mempraktekkan beberapa bentuk transformasi hukum tersebut di atas, tetapi baru pada tanggal 23 Oktober 2000 mengundangkan UU RI No.24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional, yang mengatur cara dan syarat-syarat pengesahan suatu perjanjian internasional menjadi bagian dari hukum nasional untuk dilaksanakan. Dengan pengesahan melalui undang-undang RI tersebut Indonesia mengikat diri untuk melaksanakan di dalam yurisdiksi-territorialnya semua ketentuan-ketentuan hukum dari perjanjian internasional tersebut sebagai bagian dari hukum nasional Indonesia.

Sebagaimana diketahui UU No.24 Tahun 2000 mengatur pengertian pengesahan dan bentuk-bentuk pengesahan dalam pasal 1 ayat 2 dengan menyatakan:

"Pengesahan adalah perbuatan hukum untuk mengikat diri pada suatu perjanjian internasional dalam bentuk ratifikasi (ratification) aksesi (accession), penerimaan (acceptance) dan penyetujuan (approval)."

Kemudian, cara dan syarat-syarat pengesahan perjanjian internasional diatur dalam pasal 10 yang berbunyi:

"Pengesahan perjanjian internasional dilakukan dengan undang-undang apabila berkenaan dengan:

- (1) masalah politik, perdamaian, pertahanan, dan keamanan negara;
- (2) perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara Republik Indonesia;
- (3) kedaulatan atau hak berdaulat negara; hak asasi manusia dan lingkungan hidup;
- (4) pembentukan kaidah hukum baru; pinjaman dan/atau hibah luar negeri.

Selanjutnya pasal 11 menegaskan:

- (1) Pengesahan perjanjian internasional yang materinya tidak termasuk materi sebagaimana dimaksud pasal 10, dilakukan dengan keputusan presiden.

Selain persyaratan di atas, masih terdapat syarat lainnya sebagaimana yang disebut dalam pasal 9 yang menyatakan:

- (1) Pengesahan perjanjian internasional oleh Pemerintah Republik Indonesia dilakukan sepanjang dipersyaratkan oleh perjanjian internasional tersebut.

Dengan demikian pengesahan (ratifikasi, akses, penerimaan atau penyetujuan) perjanjian internasional menjadi bagian dari hukum nasional Indonesia dilakukan dengan cara pembuatan Undang-undang khusus untuk itu atau penerbitan Keputusan Presiden khusus untuk itu.

Sedang syarat-syarat pengesahan yang harus dipenuhi adalah:

- 1). syarat yang ditetapkan dalam pasal 9 ayat 1;
- 2). syarat-syarat yang ditetapkan dalam pasal 10 untuk pengesahan dengan Undang-undang.
- 3). syarat-syarat yang dinyatakan dalam pasal 11 ayat 1 untuk pengesahan dengan Keputusan Presiden.

Namun demikian, meskipun belum dilakukan ratifikasi dan ternyata pengadilan HAM ad hoc Indonesia belum menjatuhkan hukuman terhadap terdakwa kejahatan hak asasi manusia yang diperiksa dan diadilinya, Indonesia belum dipandang gagal melaksanakan kewajiban internasionalnya memberantas kejahatan kemanusiaan, karena justru terbukti peradilan HAM RI mampu memeriksa dan mengadili kasus – kasus kejahatan kemanusiaan itu sesuai standar sistem peradilan pidana di Indonesia. Akan tetapi keputusan lembaga peradilan hak asasi manusia yang membebaskan terdakwa pelaku kejahatan kemanusiaan ini, tidak menghentikan kewajiban hukum internasional negara Indonesia untuk mencari dan mengajukan pelaku kejahatan kemanusiaan yang telah terjadi. Keputusan-keputusan peradilan HAM tersebut justru telah mengakui dan membuktikan adanya pelanggaran hak asasi manusia yang berat dalam kasus yang diadilinya tersebut. Setiap pelaku kejahatan kemanusiaan harus diadili, dan adalah kewajiban setiap negara untuk mencari dan mengajukannya ke pengadilan untuk diadili. Sekiranya Indonesia tidak melaksanakan kewajiban internasionalnya ini, maka terbuka peluang memberlakukan yurisdiksi pengadilan hak asasi manusia internasional ad hoc untuk mengadilinya.

Untuk menentukan telah terjadi kegagalan lembaga dan sistem peradilan pidana nasional secara menyeluruh atau substansial menangani pelanggaran HAM yang berat, adalah:

- 1). Tidak ada lembaga dan sistem peradilan pidana nasional yang dapat menangani kasus tersebut;
- 2). Lembaga dan sistem peradilan pidana nasional yang ada tidak bersedia mencari/menemukan tersangka, atau saksi, atau bukti-bukti;
- 3). Lembaga dan sistem peradilan pidana nasional menyelenggarakan proses peradilan yang sengaja melindungi pelaku kejahatan (tersangka/terdakwa) dari ancaman hukuman;
- 4). Lembaga dan sistem peradilan pidana nasional tidak mampu menyelenggarakan proses peradilan pidana yang adil dan patut, seperti: tidak independen, bersifat memihak, bersifat apriori, diskriminasi, mengabaikan hak-hak tersangka / terdakwa atau korban, dan bentuk-bentuk pelanggaran prinsip "denial of justice" atau penyangkalan terhadap keadilan lainnya;

Kewenangan untuk menentukan terpenuhi-tidaknya kriteria tersebut diatas ada pada Dewan Keamanan PBB selaku lembaga yang berwenang membentuk tribunal internasional ad hoc. Berbeda pada ICC, yang menentukan ada tidaknya kesungguhan (*genuinely*) atau ketidakmauan (*unwillingness*) atau ketidakmampuan (*inability*) lembaga dan sistem peradilan pidana nasional menangani kasus pelanggaran HAM yang berat adalah ICC itu sendiri. Hal ini sangat terkait dengan prinsip Admissibility ICC dalam pasal 17 Statuta ICC.

Dalam hal ini menurut Muladi lembaga peradilan pidana nasional seringkali tidak mau atau tidak mampu berbuat, baik karena harus mengadili warga negaranya sendiri yang kadang-kadang posisinya sangat tinggi ataupun karena ketidakberdayaan (collapsed) lembaga peradilan tersebut seperti yang terjadi di Rwanda.⁸⁵

F. Konsep Yurisdiksi Peradilan Pidana Indonesia

1. Yurisdiksi Pidana Umum

a. Prinsip Territorialitas

Prinsip ini ditegaskan dalam pasal 2 KUHP yang menyatakan: bahwa ketentuan-ketentuan hukum pidana Indonesia berlaku bagi siapa saja yang melakukan tindak pidana di dalam wilayah negara Indonesia.

Jadi yurisdiksi territorial peradilan pidana Indonesia meliputi semua wilayah Republik Indonesia. Sehingga siapapun baik warga negara Indonesia maupun penduduk asing yang melakukan kejahatan dalam wilayah RI dapat diajukan dan diadili di muka pengadilan Indonesia.

Konsep wilayah negara dalam hukum internasional yang telah baku dalam perundang-undangan nasional negara-negara meliputi pula wilayah ekstra-territorial pada kedutaan besar di luar negeri, kapal laut dan kapal terbang yang berbendera nasional suatu negara. Dengan demikian yurisdiksi-territorial peradilan pidana Indonesia meliputi pula wilayah ekstra territorial pada semua kedutaan besar RI di negara lain, Kapal Laut dan Kapal Terbang berbendera merah-putih RI (pasal 9 KUHP).

⁸⁵ Muladi, 2001. op cit hlm 5

b. Prinsip Nasional Aktif .

Pasal 5 KUHP mengatur prinsip ini dengan penegasan:

- (1) Ketentuan-ketentuan hukum pidana Indonesia berlaku bagi warga negara Indonesia, yang di luar wilayah negara Indonesia bersalah melakukan: Kesatu: salah satu dari kejahatan-kejahatan yang termuat dalam titel 1 dan 2 Buku II dan dalam pasal 160, 161, 240, 279, 450 dan 451. Kedua: suatu tindak pidana yang menurut hukum pidana Indonesia masuk golongan "kejahatan", dan yang menurut hukum pidana dari negara tempat pidana itu dilakukan, diancam pula dengan hukuman pidana.
- (2) Penuntutan kejahatan-kejahatan tersebut dalam sub kedua juga dapat dilakukan apabila si tersangka baru setelah melakukan tindak pidana menjadi warga negara Indonesia.

Dalam pasal 5 KUHP diatas, yurisdiksi peradilan pidana Indonesia meliputi:

- (1) Warga Negara Indonesia yang melakukan kejahatan di luar yurisdiksi-teritorial Indonesia.
- (2) Pelaku kejahatan yang mengganti kewarganegaraannya menjadi warga negara Indonesia.
- (3) Kejahatan yang dilakukan adalah salah satu dari kejahatan-kejahatan dalam titel 1 dan 2 Buku II dan dalam pasal 160, 161, 240, 279, 450, dan 451.
- (4) Kejahatan yang dilakukan menurut hukum pidana Indonesia dan menurut pula hukum pidana negara tempat kejadian adalah tindakan yang diancam dengan hukuman pidana, dengan pengecualian tidak dapat dijatuhi hukuman mati jika hukum pidana negara tempat kejadian tidak mengancamnya dengan hukuman mati (pasal 6).

Selanjutnya disebut sebagai prinsip nasional "aktif" karena yang melakukan kejahatan adalah warga negara Indonesia dan juga yang kemudian menjadi warga negara Indonesia. "Perbuatan melakukan" adalah sesuatu yang bersifat "aktif".

c. Prinsip Nasional Aktif (Perluasan)

Pasal 7 KUHP memperluas prinsip nasional aktif sehingga disebut pula perluasan prinsip nasional aktif menjangkau sampai pada semua pegawai negeri Indonesia yang melakukan "kejahatan-kejahatan jabatan (ambtsmisdrijven)" yang termuat dalam titel XXVIII dari Buku II KUHP di luar yurisdiksi-teritorial peradilan pidana Indonesia termasuk didalamnya warga negara asing yang bekerja sebagai pegawai pada instansi pemerintahan RI di negara lain, seperti di Kantor Konsulat dan kedutaan RI, Badan Usaha Milik Negara RI : Bank Negara Indonesia dan lainnya.

d. Prinsip Nasional Pasif

Prinsip ini diatur dalam pasal 4 ke-1, ke-2, dan ke-3 KUHP yang menegaskan:

"Ketentuan-ketentuan hukum pidana Indonesia berlaku bagi siapa saja, yang di luar wilayah Indonesia telah melakukan:

ke-1: salah satu dari kejahatan-kejahatan yang termuat dalam pasal-pasal 104-108, 110, 111 bis sub 1, 127, 130-133;

ke-2: suatu kejahatan mengenai mata uang atau uang kertas atau mengenai segel atau merk yang dikeluarkan oleh pemerintah Indonesia;

ke-3: suatu pemalsuan dalam surat-surat hutang (schuldbrieven) atas beban Indonesia atau daerah dari Indonesia, atau pemalsuan dalam tanda tangan dividen atau bunga dari surat-surat hutang itu, atau dengan sengaja mempergunakan surat-surat yang dipalsukan itu.

Selanjutnya pasal 8 KUHP memperluas lagi pemberlakuan prinsip nasional pasif ini sampai meliputi pengemudi dan para penumpang kapal Indonesia yang di luar wilayah Indonesia dan di luar kapal, yaitu di daratan wilayah negara asing, melakukan kejahatan pelayaran (*scheepvaart-misdrijven*) yang termuat dalam titel XXIX Buku II KUHP, dan pelanggaran pelayaran (*scheepvaart-overtredingen*), yang termuat dalam titel IX Buku III KUHP.

Kemudian pasal 93 ayat 2 KUHP mengartikan "penumpang (*opvarenden*)" meliputi semua semua orang yang ada di suatu kapal, yang terdiri dari awak kapal (*scheepelingen*) dan orang-orang yang harus diangkut sebagai penumpang menuju tujuan-pengangkutannya. Perluasan prinsip nasional pasif ini berkaitan dengan kepentingan pelayaran kapal Indonesia dan mereka yang perlu dilindungi oleh hukum pidana nasional Indonesia di wilayah negara lain.

e. Prinsip Universalitas (*Universaliteits-Beginsel*)

Prinsip ini diatur dalam pasal 4 sub 4 KUHP yang menyatakan:

"Ketentuan pidana dalam undang-undang Indonesia berlaku bagi tiap orang yang melakukan di luar Indonesia: 4e. Salah satu kejahatan yang tersebut dalam pasal-pasal 438, 444 sampai dengan pasal 446 tentang pembajak laut dan pasal 447 tentang penyerahan kendaraan air kepada kekuasaan bajak laut dan pasal 479 huruf j tentang penguasaan pesawat udara secara melawan hukum, pasal 479 huruf l, m, n, dan o tentang kejahatan yang mengancam keselamatan penerbangan sipil".

Melalui pasal 4 sub 4e yang mengatur prinsip Universalitas ini, nampaknya hukum pidana Indonesia (KUHP) dapat di "internasionalisasi" terhadap kejahatan-kejahatan Internasional setidaknya terhadap kejahatan-kejahatan di laut dan di udara seperti : pembajakan kapal laut dan pesawat udara yang sejak lama sudah menjadi kejahatan internasional.

Dengan demikian berdasarkan prinsip-prinsip yurisdiksi pengadilan diatas maka menurut hemat penulis yurisdiksi peradilan pidana Indonesia bersifat terbuka untuk dapat beradaptasi dengan perkembangan hukum pidana internasional bahkan hukum pidana nasional Indonesia dapat diinternasionalisasikan terhadap kejahatan-kejahatan yang memiliki karakter universal-internasional. Selain itu hukum pidana internasional dapat dinasionalisasikan-diadopsikan-dikriminalisasikan kedalam hukum pidana nasional Indonesia melalui peraturan perundang-undangan antara lain seperti: UU No.5 Tahun 1997 Tentang Psikotropika, yang diundangkan sehubungan dengan UU RI No.8 Tahun 1996 tentang Pengesahan Convention on Psychotropic Substances 1971 (Konvensi Psikotropika 1971) dan pengaruh Convention Against Illicit Trafficin Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988 (Konvensi Pemberantasan Peredaran Gelap Narkotika dan Psikotropika 1988), Undang-undang tentang Pencucian Uang (Money Laundryng), dan lain-lainnya termasuk Undang-Undang tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme yang sedang dalam pembahasan legislatif merupakan komitmen RI mewujudkan ketentuan pasal 3 Convention Against Terrorist Bombing (1997) dan Convention on the Suppression of Financing Terrorism (1999)., yang mana kesemuanya digolongkan sebagai delik-delik khusus yang tersebar di luar KUHP.

Sementara itu, perlu pula dipahami pengertian dari “yurisdiksi peradilan pidana” (Indonesia) itu sendiri. Dalam yurisdiksi peradilan pidana dapat ditarik dua yurisdiksi daripadanya yaitu:

- a. Yurisdiksi peradilan yang disebut pula yurisdiksi yudikatif (Judicative jurisdiction), yang oleh I Wayan Parthiana⁸⁶ diartikannya sebagai yurisdiksi suatu negara untuk mengadili dan atau menghukum si pelanggar peraturan perundang-undangan yang telah dibuat dan dilaksanakan oleh negara yang bersangkutan.
- b. Yurisdiksi kriminal (criminal jurisdiction) adalah yurisdiksi (hak, kekuasaan, kewenangan menurut hukum) suatu negara untuk dapat melaksanakan hukum pidana nasionalnya terhadap suatu kasus baik yang berdimensi nasional maupun internasional.

Dengan demikian, menurut hemat penulis yurisdiksi peradilan yang tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lain didalam memberantas suatu tindak pidana (kejahatan) baik yang berskala nasional maupun transnasional-internasional. Yurisdiksi-kriminal bersifat melekat (assesoir) mengikuti yurisdiksi peradilan pidana sebagai induk.

2. Yurisdiksi Peradilan HAM RI

a. Subject Matter Jurisdictional/Ratione Material (Pokok Perkara)

Dalam Pasal 4 jo. Pasal 7 UU No.26 Tahun 2000 menegaskan yurisdiksi pokok perkara Pengadilan HAM (tetap) adalah pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan meliputi: kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Kemudian dalam bagian penjelasan pasal 7 ditegaskan, Kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam ketentuan ini sesuai dengan “Rome Statute of The International Criminal Court” (pasal 6 dan Pasal 7).

⁸⁶ I Wayan Parthiana, Op.cit. hlm.301

Pada pasal 4 ditegaskan jenis kejahatan yang menjadi yurisdiksi pokok perkara, dengan menegaskan:

Pasal 4

Pengadilan HAM bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Selanjutnya rumusan delik kejahatan HAM berupa kejahatan genosida diuraikan dalam Pasal 8 UU No.26 Tahun 2000, sebagai berikut:

Pasal 8

Kejahatan genosida sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf a adalah setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan cara:

- a. membunuh anggota kelompok;*
- b. mengakibatkan penderitaan fisik dan mental yang berat terhadap anggota-anggota kelompok;*
- c. menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik baik seluruh atau sebagiannya;*
- d. memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok; atau*
- e. memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain.*

Selanjutnya rumusan delik kejahatan HAM berupa kejahatan terhadap kemanusiaan diuraikan dalam Pasal 9 UU No.26 Tahun 2000, sebagai berikut:

Pasal 9

Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa:

- a. pembunuhan;*
- b. pemusnahan;*
- c. perbudakan;*
- d. pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa;*
- e. perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok hukum internasional;*
- f. penyiksaan;*
- g. pemerkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara;*
- h. penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional;*
- i. penghilangan orang secara paksa; atau*
- j. kejahatan apartheid;*

Sedang Yurisdiksi Pengadilan HAM Ad hoc diatur dalam pasal 43 dan 44, sebagai berikut:

Pasal 43

- (1) Pelanggaran hak asasi manusia, yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc.*
- (2) Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden.*
- (3) Pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berada di lingkungan Peradilan Umum.*

Pasal 44

Pemeriksaan di Pengadilan HAM ad hoc dan upaya hukumnya dilakukan sesuai dengan ketentuan dalam Undang-undang ini.

b. Individual Jurisdiction/Ratione Personal (Yurisdiksi Perorangan)

Pengaturan yurisdiksi individual ini diatur tersebar dalam beberapa pasal dalam UU No.26 Tahun 2000, yaitu:

Pasal 36

Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 huruf a, b, c, d, dan e dipidana dengan pidana mati atau pidana seumur hidup atau pidana penjara paling lama 25 (dua puluh lima) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun.

Pasal 37

Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 huruf a, b, d, e, dan j dipidana dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 25 (dua puluh lima) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun.

Pasal 38

Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagai mana dimaksud dalam Pasal 9 huruf c, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 5 (lima) tahun.

Pasal 39

Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagai mana dimaksud dalam Pasal 9 huruf f, dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan paling singkat 5 (lima) tahun.

Pasal 40

Setiap orang yang melakukan perbuatan sebagai mana dimaksud dalam Pasal 9 huruf g, h, atau i dipidana dengan pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun.

Pasal 41

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.

Penjelasan Pasal 41:

Yang dimaksud dengan "permufakatan jahat adalah apabila 2 (dua) orang atau lebih sepakat akan melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Pasal 49

Ketentuan mengenai kewenangan Atasan Yang Berhak Menghukum dan Perwira Penyerah Perkara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 74 dan Pasal 123 Undang-undang No. 31 Tahun 1997 tentang Peradilan Militer dinyatakan tidak berlaku dalam pemeriksaan pelanggaran hak asasi manusia yang berat menurut Undang-undang ini.

Penjelasan Pasal 49

Cukup jelas.

Dalam ketentuan ini dimaksudkan hanya berlaku untuk pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan yurisdiksinya berlaku bagi siapa saja baik sipil maupun militer.

Berdasarkan ketentuan di atas peradilan HAM RI berlaku bagi setiap orang siapapun juga sipil maupun militer dan polisi, pejabat pemerintah/negara ataupun bukan, warga negara Indonesia atau bukan. Juga meskipun tidak diatur secara tegas termasuk juga setiap organisasi yang digunakan sebagai wahana mengorganisir persiapan, perencanaan dan pelaksanaan kejahatan kemanusiaan tersebut. Untuk hal ini dijelaskan dalam Pasal 1 ayat 4 yang menyatakan:

4. Setiap orang adalah orang perorangan, kelompok orang baik sipil, militer, maupun polisi yang bertanggung jawab secara individual.

Namun demikian terdapat pembatasan usia hanya pada setiap orang yang berusia 18 tahun ke atas, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 6 UU No.26 Tahun 2000, yang menyatakan:

Pasal 6

Pengadilan HAM tidak berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan oleh seseorang yang berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun pada saat kejahatan dilakukan.

**c. Temporal Jurisdiction/Ratione Temporis
(Yurisdiksi Waktu)**

Undang-Undang No.26 Tahun 2000 diundangkan sebagai undang-undang tentang Pengadilan HAM, tetapi juga mengatur mengenai Pengadilan HAM Ad Hoc, sehingga dapat disimpulkan, terdapat dua jenis pengadilan HAM yang diatur dan dapat dibentuk berdasarkan undang-undang ini, yaitu:

- 1} Pengadilan HAM (tetap), yang diatur sebagai pengadilan tetap dilingkungan peradilan umum. Meskipun tidak disebutkan sebagai pengadilan tetap (permanent), tetapi dapat digunakan sebagai konsekuensi pembedaan dengan pengadilan HAM ad hoc yang di atur dalam Bab VIII Pasal 43 dan pasal 44. Sifat tetap pada pengadilan HAM ini tidak terpengaruh dengan keberadaan tiga dari lima anggota Majelis Hakim yang berstatus ad hoc. Sehingga meskipun Majelis Hakimnya terdiri dari hakim ad hoc atau hakim yang diangkat untuk masa jabatan tertentu yaitu lima tahun dan dapat dipilih untuk satu masa jabatan lagi (pasal 27 dan pasal 28), namun secara kelembagaan pengadilannya bersifat tetap atau permanent.
- 2} Pengadilan HAM ad hoc, yang diatur sebagai pengadilan HAM yang tidak tetap atau secara kelembagaan atau badan dibentuk setiap kali ada kasus pelanggaran HAM yang berat. Pengadilan HAM ad hoc dibentuk dengan Surat Keputusan Presiden atas usul DPR RI dan juga berada dilingkungan peradilan umum (pasal 43). Selanjutnya berdasarkan pasal 44, Majelis Hakim pada pengadilan ad hoc sama dengan Majelis Hakim pada Pengadilan HAM tetap (permanent), yaitu sebanyak lima orang yang terdiri dari dua hakim pada peradilan umum dan tiga hakim ad hoc (pasal 27 dan pasal 28). Meskipun Majelis hakimnya diambil dari Majelis Hakim Pengadilan HAM tetap, secara kelembagaan Pengadilan HAM ad hoc tetap merupakan pengadilan yang bersifat

sementara yang dibentuk secara kasuistis atau kasus per kasus (case by case). Demikian juga, meski undang-undang tidak mengatur secara tegas batasan sifat ad hoc dari pengadilan HAM ad hoc ini, namun dapat dimengerti jika keberadaan pengadilan ad hoc ini berakhir setelah perkara yang diadilinya telah mendapat kekuatan hukum yang tetap dan telah dilaksanakan atau dieksekusi oleh Jaksa Penuntut Umum ad hoc yang bersangkutan. Hal ini disebabkan sistim peradilan pidana Indonesia, dimana pengadilan yang lebih tinggi (banding dan kasasi) berwenang untuk memerintahkan Majelis Hakim tingkat pertama mengadakan sidang untuk melakukan pemeriksaan-pemeriksaan tambahan yang diperlukan.

d. Territorial Jurisdiction/Ratione Loci (Yurisdiksi Territorial)

Kewenangan mengadili Peradilan HAM RI meliputi semua kejahatan HAM yang terjadi di wilayah kedaulatan negara Republik Indonesia baik warga negara Indonesia maupun bukan, dan diluar wilayah RI dengan pembatasan hanya terhadap pelaku kejahatan yang mempunyai kewarganegaraan Indonesia.

Kewenangan Peradilan HAM RI terhadap kejahatan HAM yang terjadi didalam negeri yang dilakukan baik warga negara Indonesia maupun bukan, merupakan bagian dari kewenangan negara RI sebagai negara yang merdeka dan berdaulat. Untuk itu yurisdiksi pidana negara Indonesia menganut prinsip territorialitas, sebagaimana ditegaskan dalam pasal 2 KUHP yang menyatakan: bahwa ketentuan-ketentuan hukum pidana Indonesia berlaku bagi siapa saja yang melakukan tindak pidana di dalam wilayah negara Indonesia.

Kemudian dalam UU No.43 Tahun 2008 tentang Wilayah Negara di jelaskan arti dan batas wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dalam Pasal 1 ayat 1 menyatakan:

“Wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang selanjutnya disebut dengan Wilayah Negara, adalah salah satu unsur negara yang merupakan satu kesatuan wilayah daratan, perairan pedalaman, perairan kepulauan, dan laut territorial beserta dasar laut dan tanah di bawahnya, serta ruang udara di atasnya, termasuk seluruh sumber kekayaan yang terkandung di dalamnya.”

Begitupun ditegaskan kembali dalam Pasal 4, yang menyatakan:

“Wilayah Negara meliputi wilayah darat, wilayah perairan, dasar laut, dan tanah di bawahnya serta ruang udara di atasnya, termasuk seluruh sumber kekayaan yang terkandung di dalamnya.”

Selanjutnya Pasal 6 lebih mengkonkritkan lagi ruang lingkup wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia dengan menegaskan batas-batas wilayah negara RI dengan negara tetangga dan yang tidak berbatas dengan negara lain, dengan menegaskan:

Pasal 6

- (2) *Batas Wilayah Negara sebagaimana dimaksud dalam pasal 5, meliputi:*
- a. *di darat berbatas dengan Wilayah Negara Malaysia, Papua Nugini, dan Timur Leste;*
 - b. *di laut berbatas dengan Wilayah Negara Malaysia, Papua Nugini, Singapura, dan Timur Leste; dan*
 - c. *di udara mengikuti batas kedaulatan negara di darat dan di laut, dan batasnya dengan angkasa luar ditetapkan berdasarkan perkembangan hukum internasional;*
- (3) *Batas Wilayah Negara sebagaimana dimaksud pada ayat (1), termasuk titik-titik koordinatnya ditetapkan berdasarkan perjanjian bilateral dan/atau trilateral.*

(4) *Dalam hal Wilayah Negara tidak berbatasan dengan negara lain, Indonesia menetapkan Batas Wilayah Negara secara unilateral berdasarkan peraturan perundang-undangan dan hukum internasional.*

Selain mengatur batas wilayah, UU No. 43 Tahun 2008 juga mengatur mengenai batas wilayah yurisdiksi dalam pasal 7 dan pasal 8. Dalam kedua wilayah ini Negara Indonesia memiliki kewenangan-kewenangan atau kekuasaan-kekuasaan hukum yang berbeda, yaitu:

Dalam wilayah negara Negara Indonesia berdaulat penuh dan merupakan satu unsure dari tiga unsur keberadaan sebuah negara disamping unsur Pemerintah dan Rakyat. Sedang dalam wilayah yurisdiksi, Negara Indonesia memiliki hak-hak berdaulat. Hak-hak berdaulat ini merupakan hak-hak khusus atau yurisdiksi khusus yang dapat dijalankan atau dilaksanakan Negara Indonesia dalam wilayah tersebut. Hak-hak khusus atau yurisdiksi khusus ini bersumber dari hukum internasional dan Undang-Undang Nasional Indonesia yang diundangkan karena hukum Internasional.

Sehubungan dengan konsep wilayah negara dan wilayah yurisdiksi tersebut di atas, dikenal pula wilayah ekstra-territorial Indonesia yang melekat pada: Kedutaan Besar RI di negara lain, Kapal Laut dan Kapal Terbang berbendera Indonesia. Sesuai Pasal 9 KUHAP Indonesia memiliki kewenangan mengadili atas semua peristiwa hukum yang terjadi dalam wilayah ekstra territorial ini, termasuk kejahatan HAM. Jadi meskipun wilayah ekstra-territorial itu berada terpisah dari wilayah negara, namun karena diberlakukan sebagai bagian dari wilayah negara, maka berlaku yurisdiksi pidana Indonesia atas semua kejahatan yang dilakukan baik warga negara Indonesia maupun bukan, termasuk kejahatan HAM. Dengan demikian wilayah ekstra territorial ini tidak digolongkan sebagai wilayah diluar batas territorial wilayah negara Indonesia sebagaimana yang dikenal dalam pasal 5 UU No.43 Tahun 2008.

Dalam Pasal 5 ini ditegaskan kewenangan Peradilan HAM RI terhadap kejahatan HAM yang terjadi diluar kedaulatan negara RI yang dilakukan warga negara Indonesia, dengan menegaskan:

Pasal 5

Pengadilan HAM berwenang juga memeriksa dan memutuskan perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan di luar batas teritorial wilayah negara Republik Indonesia oleh warga negara Indonesia

Dengan demikian, yurisdiksi teritorial pidana Indonesia dalam wilayah ekstra teritorial diberlakukan terhadap kejahatan HAM yang dilakukan baik oleh warga negara Indonesia maupun bukan. Sedang terhadap kejahatan HAM yang terjadi di luar batas teritorial wilayah negara Indonesia yang dimaksud Pasal 5 UU No.43 Tahun 2008, negara Indonesia hanya dapat melakukan penegakan hukum terhadap kejahatan HAM yang dilakukan oleh Warga negara Indonesia.

e. Yurisdiksi Pelanggaran Administrasi Peradilan

Yurisdiksi ini merupakan yurisdiksi yang terkait dengan semua administrasi suatu kasus yang sedang dalam proses penyelidikan, penyidikan, pemeriksaan, persidangan, dan upaya hukum pada semua tingkat peradilan serta eksekusi, antara lain meliputi: surat penangkapan, penahanan, pengeledaan, penyitaan, permohonan-permohonan, penyerahan tersangka atau terdakwa, penyerahan berkas perkara, bukti-bukti, berita acara persidangan dan surat-persuratan lainnya. Semua tindakan pemalsuan, pengrusakan, penghilangan, penggantian tidak sah, atau bentuk penyalahgunaan lainnya merupakan pelanggaran administrasi peradilan yang dapat dijatuhkan hukuman sesuai ketentuan hukum yang berlaku, baik terhadap pihak pengadilan, penyidik dan penuntut umum, pengacara, tersangka/terdakwa, saksi, maupun pihak ketiga lainnya.

Berbeda dengan Statuta Roma 1998 yang mengatur yurisdiksi administrasi peradilan dalam Pasal 70, UU No.26 Tahun 2000 tidak mengatur yurisdiksi ini secara khusus. Sehingga berdasarkan 10 UU No.26 Tahun 2000, pelaksanaan yurisdiksi administrasi peradilan HAM dilakukan berdasarkan ketentuan-ketentuan beracara yang terdapat dalam KUHAP.

f. Yurisdiksi Pelanggaran Tata Tertib Pengadilan

Yurisdiksi ini merupakan yurisdiksi Contempt of court (penghinaan terhadap pengadilan), yaitu semua tindakan-tindakan yang mengganggu dan/atau diduga dapat mengganggu jalannya persidangan yang terbuka bebas, cepat dan sederhana. Semua tindakan-tindakan yang melanggar tata tertib selama persidangan berlangsung baik yang diumumkan maupun yang diucapkan Majelis Hakim termasuk dalam persidangan di lapangan merupakan pelanggaran terhadap tata tertib pengadilan yang dapat diberikan tindakan penertiban seketika oleh pihak pengadilan berdasarkan yurisdiksi ini. Tindakan penertiban ini antara lain berupa: melarang masuk atau memerintahkan yang bersangkutan meninggalkan ruang sidang.

Juga berbeda dengan Statuta Roma 1998 yang mengatur yurisdiksi administrasi peradilan dalam Pasal 71, UU No.26 Tahun 2000 tidak mengatur yurisdiksi ini secara khusus. Semua ketentuan teknis tata tertib persidangan di atur langsung oleh pihak pengadilan.

G. Sistem Peradilan Pidana HAM RI

1. Hukum Acara Peradilan Umum

Sistem peradilan pidana yang berlaku di Indonesia diatur dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana yang mulai berlaku sejak diundangkan pada tanggal 31 Desember 1981 dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1981 Nomor 76.

Hukum acara pidana yang berlaku sebelumnya adalah Reglemen Indonesia yang dibaharui atau yang dikenal dengan nama Het Herziene Inlandsch Reglement disingkat H.I.R. (Staatsblad Tahun 1941 Nomor 44). Dengan Undang-undang Nomor 1 Drt. Tahun 1951 diadakan unifikasi hukum acara pidana yang sebelumnya terdiri dari hukum acara pidana bagi landraad dan raad van justitie. Perbedaan hukum acara pidana ini merupakan konsekuensi dari pemerintahan penjajahan Hindia Belanda yang mengadakan perbedaan peradilan bagi golongan penduduk Bumiputera dan peradilan bagi golongan bangsa Eropah (termasuk Timur Asing) sebagaimana yang dipertahankan dalam Reglemen Indonesia yang lama (Staatsblad Tahun 1848 Nomor 16), kemudian dirubah dengan Reglemen Indonesia yang dibaharui (R.I.B.).

Selanjutnya oleh karena Reglemen Indonesia yang dibaharui (R.I.B.) dipandang belum memberikan jaminan perlindungan terhadap Hak-hak asasi manusia, harkat dan martabatnya sebagai manusia yang seharusnya mendapat perlindungan di negara hukum seperti di Indonesia, maka dirumuskan lagi hukum acara pidana yang baru sebagaimana diatur dalam KUHAP yang kini sedang berlaku dengan meletakkan jaminan perlindungan mendasar hak-hak asasi manusia (humanisme) sebagai pijakannya.

Jika diteliti secara saksama, maka menurut hemat penulis nampaknya KUHAP sudah cukup memadai menampung ide-ide dasar dari sistim peradilan pidana yang modern karena:

- a. Terdapat pembagian kewenangan pada semua tahap yang saling "berketergantungan" dalam arti saling terkait dan menunjang secara serasi dan seimbang sesuai peran dari masing-masing instansi kepolisian, kejaksaan (pasal 4 s/d 15), pengadilan (77 s/d 88) dan lembaga pemasyarakatan (pasal 22 , pasal 278 dan pasal 280 ayat 2 s/d pasal 282) sebagai pilar utama dari sistim peradilan pidana.

- b. Terdapat pengaturan secara tegas dan jelas serta mempertimbangkan aspek hak-hak asasi manusia tentang penyelidikan (pasal 102 s/d 105), penyidikan (pasal 106 s/d 136), penuntutan (pasal 137 s/d 144) pemeriksaan pengadilan (pasal 145 s/d pasal 232), penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan, pemeriksaan surat (pasal 16 s/d pasal 49), Tersangka dan Terdakwa (Pasal 50 s/d 68), pemberian bantuan hukum (pasal 69 s/d 74 KUHAP), praperadilan (pasal 77 s/d pasal 83 KUHAP), upaya hukum banding, kasasi dan peninjauan kembali (pasal 233 s/d pasal 269), dan pelaksanaan putusan (pasal 270 s/d 276 jo. Pasal 277 s/d 283).
- c. Bersikap terbuka untuk memungkinkan mengikuti perkembangan kejahatan atau munculnya jenis-jenis kejahatan baru sebagai akibat dari perkembangan kehidupan masyarakat, ilmu pengetahuan dan teknologi yang semakin canggih dan tak terduga sebelumnya. Dalam hal demikian KUHAP menempatkan diri sebagai *legi generalis* (aturan umum) dari Undang-undang yang mengatur jenis-jenis kejahatan baru yang membutuhkan penanganan khusus sebagai *lex specialis* (aturan khusus). Dengan asas "*lex specialis derogat legi generali*" (aturan khusus menyingkirkan aturan umum) memungkinkan KUHAP dapat "fleksible" membuka diri terhadap pembaharuan akibat perubahan dan perkembangan zaman. Penerapan asas ini dimungkinkan oleh pasal 284 ayat 2 KUHAP dan pasal 103 KUHP sebagai "ketentuan induk" dari KUHAP. Penyebutan "ketentuan induk" oleh penulis karena tanpa KUHP tidak perlu ada KUHAP.

Meskipun demikian masih terdapat kelemahan-kelemahan yang perlu disempurnakan. Sebagaimana yang digambarkan Romli Atmasasmita⁸⁷ antara lain:

- a. Bahwa pada tahap penyelidikan oleh penyidik tunggal kepolisian masih belum diperlukan kehadiran seorang pembela atau penasihat hukum untuk mendampingi tersangka atau orang yang dicurigai untuk disuruh berhenti lalu diperiksa identitas pribadinya. Atau dikenakan tindakan lainnya (pasal 5 ayat 1 sub a, dan b), padahal pada saat itu tindakan penyidik sudah menyentuh kemerdekaan pribadi seseorang.
- b. KUHAP hanya mengatur motivasi penangkapan tanpa menyebutkan alasan-alasan umum untuk sahnya suatu penangkapan.
- c. Praperadilan sebagai lembaga baru dalam sistim peradilan pidana di Indonesia memiliki kewenangan untuk memutuskan sah atau tidaknya penangkapan, penahanan, penghentian penyidikan atau penghentian penuntutan serta gantirugi dan/atau rehabilitasi bagi orang yang perkara pidananya dihentikan pada tingkat penyidikan atau penuntutan (pasal 77 KUHAP), tetapi tidak memiliki kewenangan apapun terhadap tindakan penyidik pada tahapan penyelidikan. Padahal tindakan penyelidikan sudah menyentuh kemerdekaan, harkat dan martabat seseorang yang merupakan hak-hak asasi yang dimiliki setiap orang.

2. Hukum Acara Peradilan Khusus HAM

Sebagaimana diketahui bahwa penerapan asas *lex specialis derogat legi generali* (aturan khusus menyingkirkan aturan umum) sehubungan dengan hukum acara pidana sebagai bagian dari sistim peradilan pidana dimungkinkan oleh pasal 284 ayat 2 KUHAP dan pasal 103 KUHP.

⁸⁷ Romli Atmasasmita, Op.cit. hlm.34

Dalam pasal 284 ayat 2 KUHP ditegaskan:

- (1) Dalam waktu dua tahun setelah undang-undang ini diundangkan, maka terhadap semua perkara diberlakukan ketentuan undang-undang ini, dengan pengecualian untuk sementara mengenai ketentuan khusus acara pidana sebagaimana tersebut pada undang-undang tertentu, sampai ada perubahan dan atau dinyatakan tidak berlaku lagi.

Sementara itu pasal 103 KUHPidana menegaskan:

"Ketentuan-ketentuan dalam Bab I sampai dengan Bab VIII Buku ini juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh ketentuan perundang-undangan lain diancam dengan pidana, kecuali jika oleh Undang-Undang ditentukan lain."

Sehubungan dengan penegasan Pasal 284 KUHP dan Pasal 103 KUHP diatas maka hukum pidana dibagi kedalam hukum pidana umum dan hukum pidana khusus, yang oleh Andi Hamzah⁸⁸ lebih cenderung menggunakan istilah perundang-undangan pidana umum dan khusus.

Perundang-undangan Pidana Umum ialah KUHP dan semua Undang-Undang yang mengubah, menambah KUHP seperti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946, Undang-Undang Nomor 73 tahun 1958, Undang-Undang (Prp) Nomor 18 tahun 1960 dan lain-lain.

Perundang-undangan pidana khusus ialah perundang-undangan pidana diluar KUHP dan yang berkaitan dengan KUHP tersebut, yang dapat dibagi lagi atas:

- a. Perundang-undangan pidana khusus seperti ekonomi, subversi, korupsi, imigrasi dan lain-lain.
- b. Perundang-undangan bukan pidana yang bersanksi pidana (seperti yang dimaksud Scholten dengan hukum pidana pemerintahan), misalnya Undang-Undang tenaga kerja, atom, arsip, agraria, narkotika, tera dan lain-lain.

⁸⁸ Andi Hamzah. Delik Delik Tersebar Diluar KUHP dengan komentar. 1995. Penerbit :PT.Pradnya Paramita, Jakarta. hlm.7

Bahwa fleksibilitas KUHP melalui pasal 284 dan KUHP melalui pasal 103 terhadap perubahan dan perkembangan zaman yang begitu cepat dan kompleks menyebabkan semakin banyak perundang-undangan yang mengatur delik-delik di luar KUHP.

Untuk hal ini, Andi Hamzah⁸⁹ memberikan alasan-alasan mengapa semakin banyak delik-delik yang terpengaruh di luar KUHP, antara lain disebabkan:

- a. Adanya perubahan sosial secara cepat sehingga perubahan-perubahan itu perlu disertai dan diikuti dengan peraturan-peraturan hukum pula dengan sanksi pidana. Hukum disini telah berfungsi sebagai "Social engineering" maupun "social control".
- b. Kehidupan modern semakin kompleks, sehingga disamping adanya peraturan hukum (pidana) berupa unifikasi yang tahan lama (KUHP) diperlukan pula peraturan pidana yang bersifat temporer.
- c. Banyak peraturan hukum berupa perundang-undangan di lapangan perdata, tata negara, dan terutama administrasi negara, perlu dikaitkan dengan sanksi-sanksi pidana untuk mengawasi peraturan-peraturan itu supaya ditaati. Hal ini nyata pada peraturan-peraturan perburuhan, agraria, kehutanan, perbankan, perdagangan, perindustrian, pertanian, perkawinan, pemilihan umum, perikanan, perhubungan, kemaritiman, perkoperasian dan seterusnya.

Selain itu, terdapat hubungan erat antara perubahan kehidupan sosial dan perubahan hukum yang begitu cepat sebagaimana dijelaskan oleh Friedman⁹⁰ bahwa hukum adalah cermin masyarakat, perubahan sosial yang cepat berarti pula perubahan hukum yang cepat. Perubahan besar dalam hubungan sosial dan dalam perekonomian hampir pasti menghasilkan perubahan hukum. Kemudian

⁸⁹ Andi Hamzah. Ibid. hlm.1

⁹⁰ Friedman M.Lawrence. American Law. New York: W.W.Norton & Company. 1984. hlm.361,364 & 366.

mencontohkan, bahwa sistem hukum menjadi pemain kunci dalam kemajuan masyarakat dan perekonomian Amerika yang dramatis selama bertahun-tahun.

Dengan demikian, berdasarkan penjelasan di atas hukum acara pidana yang diberlakukan dalam peradilan HAM di Indonesia adalah sebagaimana yang diatur dalam UU No.26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Jika dikaji secara saksama, menurut hemat penulis hukum acara pidana yang terdapat dalam UU No.26 Tahun 2000 sudah cukup memadai memenuhi unsur-unsur utama minimal sistem peradilan pidana HAM yang dibutuhkan, karena:

- a. Terdapat pengaturan tentang Komnas HAM sebagai lembaga penyelidik (pasal 18 s/d pasal 20), Jaksa Agung yang dapat mengangkat Jaksa/Penuntut Umum Ad Hoc sebagai lembaga penyidikan dan penuntutan (pasal 21 s/d pasal 25), Hakim Tetap dan Hakim Ad Hoc sebagai lembaga pengadilan (pasal 27 s/d pasal 31), penangkapan (pasal 11), penahanan (pasal 12), Lingkup kewenangan-Yurisdiksi (pasal 4 s/d 9). Pengadilan HAM Ad Hoc sebagai lembaga peradilan terhadap kasus-kasus HAM yang terjadi sebelum UU No.26/2000 diundangkan (pasal 43 dan pasal 44), Acara pemeriksaan-upaya hukum (pasal 31 s/d pasal 33).
- b. Ketentuan pasal 10 memberi akses kepada KUHAP untuk melengkapi segala sistem peradilan pidana yang tidak diatur dalam UU No.26 tahun 2000 seperti antara lain: peranan lembaga kepolisian dan lembaga masyarakat yang merupakan dua pilar utama dari suatu sistem peradilan pidana disamping lembaga kejaksaan dan pengadilan. Juga tentang hak-hak Tersangka & Terdakwa , bantuan hukum serta pelaksanaan putusan.

Terdapat dua lembaga peradilan yang diatur bersamaan dalam UU No.26 tahun 2000 ini dengan hukum acara yang sama, yaitu:

- a. Lembaga Pengadilan HAM (permanen)
- b. Lembaga Pengadilan HAM Ad Hoc.

Dalam pasal 1 ayat 3 dijelaskan pengertian Pengadilan Hak Asasi Manusia yang selanjutnya disebut Pengadilan HAM adalah pengadilan khusus terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Sedang lembaga Pengadilan HAM Ad Hoc tidak diberi pengertian. Hanya saja melalui makna pasal 43 dapat dibedakan bahwa pengadilan HAM Ad Hoc hanya berwenang mengadili kasus pelanggaran HAM berat pada locus dan tempos delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang No.26/2000, serta pembentukannya melalui Keputusan Presiden atas usul DPR. Tetapi pemeriksaan dan upaya hukumnya sama dengan ketentuan yang diberlakukan terhadap lembaga pengadilan HAM.

Dengan demikian Pengadilan HAM adalah lembaga pengadilan HAM yang bersifat tetap/permanen sebagaimana ICC. Sedang Pengadilan HAM Ad hoc adalah lembaga pengadilan HAM yang bersifat tidak tetap (insidentil) seperti Tribunal Nuremberg dan Tokyodan Pengadilan HAM Ad Hoc ex Yugoslavia dan Rwanda pada skala internasional.

Perbedaan yang paling mendasar diantara keduanya adalah pada Pengadilan HAM (permanen) diberlakukan secara tajam asas legalitas. Sebaliknya pada pengadilan HAM Ad Hoc diberlakukan asas retroaktif.

Menurut hemat penulis, pemberlakuan kedua asas yang berbeda ini membawa konsekuensi yuridis yang berbeda pula sehubungan dengan yurisdiksi kriminal, yaitu:

Pada Pengadilan HAM (permanen) karena diberlakukan asas legalitas maka yurisdiksi-kriminalnya hanya meliputi Kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana yang telah diatur dalam pasal 7, pasal 8 dan pasal 9. Tidak termasuk kejahatan perang dan agresi yang menjadi yurisdiksi-kriminal ICC.

Pada Pengadilan HAM Ad Hoc terdapat dua kemungkinan:

- a. Dalam pengertian yang terbatas mengikuti pasal 44, maka yurisdiksi-kriminal Pengadilan HAM Ad Hoc hanya meliputi kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan sesuai pasal 7, pasal 8 dan pasal 9. Tidak menjangkau kejahatan perang dan agresi yang menjadi yurisdiksi-kriminal ICC.
- b. Dalam pengertian yang meluas mengikuti asas retroaktif berarti tidak mengikuti UU No.26/2000, maka yurisdiksi-kriminal Pengadilan HAM Ad Hoc selain kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, juga dapat meliputi kejahatan perang dan agresi yang terjadi sebelum diundangkannya UU No.26/2000. Jadi dengan asas retroaktif tersebut yurisdiksi-kriminal Pengadilan HAM Ad Hoc dapat menjadi tidak terbatas hanya pada dua jenis kejahatan-pelanggaran HAM yang berat dalam UU No.26/2000 tersebut, tapi dapat meluas menjangkau yurisdiksi kejahatan perang dan agresi yang juga menjadi yurisdiksi ICC.

Kemudian Dalam instrument perundangan nasional Indonesia rumusan pelanggaran HAM dapat ditemukan dalam:

- 1) UUD 1945 & Amandemen khususnya pasal 5 ayat (1), Pasal 20 ayat (1), Pasal 26, Pasal 27, Pasal 28, Pasal 29, Pasal 30, Pasal 31, Pasal 33 ayat (1) & ayat (3), dan Pasal 34.
- 2) TAP MPR RI No.XVII/MPR/1998 Tentang Hak Asasi Manusia
- 3) UU RI No.39 Tahun 1999 Tentang Hak-Hak Asasi Manusia
- 4) UU RI No.26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia
- 5) Pelbagai UU RI tentang Ratifikasi Konvensi-Konvensi Internasional yang terkait dengan HAM.

Sedang kriteria untuk menentukan telah terjadi kegagalan lembaga dan sistem peradilan pidana nasional secara menyeluruh atau substansial menangani pelanggaran HAM yang berat, adalah:

- 1). Tidak ada lembaga dan sistem peradilan pidana nasional yang dapat menangani kasus tersebut;
- 2). Lembaga dan sistem peradilan pidana nasional yang ada tidak bersedia mencari/menemukan tersangka, atau saksi, atau bukti-bukti;
- 3). Lembaga dan sistem peradilan pidana nasional menyelenggarakan proses peradilan yang sengaja melindungi pelaku kejahatan (tersangka/terdakwa) dari ancaman hukuman;
- 4). Lembaga dan sistem peradilan pidana nasional tidak mampu menyelenggarakan proses peradilan pidana yang adil dan patut, seperti: tidak independen, bersifat memihak, bersifat apriori, diskriminasi, mengabaikan hak-hak tersangka / terdakwa atau korban, dan bentuk-bentuk pelanggaran prinsip "denial of justice" (penyangkalan terhadap keadilan) lainnya;

Kewenangan untuk menentukan terpenuhi-tidaknya kriteria tersebut diatas ada pada Dewan Keamanan PBB selaku lembaga yang berwenang membentuk tribunal internasional ad hoc. Berbeda pada ICC, yang menentukan ada tidaknya kesungguhan (*genuinely*), ketidakmauan (*unwillingness*), dan ketidakmampuan (*inability*) lembaga dan sistem peradilan pidana nasional menangani kasus pelanggaran HAM yang berat adalah ICC itu sendiri. Hal ini sangat terkait dengan prinsip Admissibility ICC dalam pasal 17 Statuta ICC.

Dalam hal ini menurut Muladi lembaga peradilan pidana nasional seringkali tidak mau atau tidak mampu berbuat, baik karena harus mengadili warga negaranya sendiri yang kadang-kadang posisinya sangat tinggi ataupun karena ketidakberdayaan (collapsed) lembaga peradilan tersebut seperti yang terjadi di Rwanda.⁹¹

Sebagaimana diketahui, istilah "tribunal" digunakan bagi pengadilan pidana internasional ad hoc. Sedang "court" digunakan bagi ICC yang bersifat permanen.

⁹¹ Muladi, 2001 op cit hlm 5

BAB III

SEJARAH PERKEMBANGAN KEJAHATAN HAM

Melalui sejarah perkembangan hukum internasional dapat diketahui perkembangan kejahatan HAM/kemanusiaan beserta prinsip-prinsip penegakan hukumnya dari masa ke masa. Hukum Internasional dapat ditinjau dalam arti luas dan sempit. Dalam arti luas, hukum internasional sebagai hukum Bangsa-Bangsa. Ini berarti telah berusia tua setua kehadiran kehidupan manusia dalam kesatuan-kesatuan antar bangsa yang pada umumnya hidup dalam bentuk pemerintahan kerajaan-kerajaan berabad-abad dimasa lalu. Kemudian Hukum Internasional dalam arti sempit, sebagai hukum yang mengatur hubungan antara Negara, dan baru berusia beberapa ratus tahun. Hukum Internasional dalam arti sempit ini yang kemudian dalam perkembangannya dikenal sebagai Hukum Internasional modern.

Hukum Internasional modern lahir bersamaan dengan terbentuknya suatu masyarakat baru Internasional dimana subyek utamanya adalah negara-nasional. Sedangkan kelahiran negara-negara nasional ini ditandai dengan saat ditanda tangannya persetujuan West Phalia yaitu suatu persetujuan untuk mengakhiri Perangan Tiga puluh Tahun (Thirty Years War) di Eropah 1618-1648. Dimasa itu muncul kesatuan-kesatuan pemerintahan dalam bentuk negara yang merdeka dan berdaulat, terlepas dari intervensi kekuasaan pemerintahan lainnya yang ingin menjajah mereka. Kemerdekaan dan kedaulatannya berdasarkan kebangsaan rakyatnya mempunyai hak untuk menentukan nasib sendiri (the Rigths of Self Determination).

Dengan demikian maka tersebutlah Persetujuan Perdamaian West Phalia sebagai salah satu tonggak sejarah pertumbuhan Hukum Internasional Modern disamping Kongres Viena (Wina) dan Perdamaian Versailles. Bahwa walaupun hampir semua penulis tentang Hukum Internasional berpendapat bahwa perkembangan Hukum Internasional sebagai Hukum antara Negara modern sebagaimana yang dikenal dewasa ini, dimulai sejak abad XVI menjelang abad XVII di Eropah. Namun tidak terlepas dari dan dalam banyak hal mempunyai tali-temali benang merah dengan Hukum Internasional dalam arti luas sebagai sebagai cikal-bakal hukum internasional yang telah ada dan tumbuh jauh sebelumnya.

Perjanjian perdamaian sebagai tonggak sejarah hukum internasional di atas membuktikan kebenaran, bahwa perkembangan dan pembentukan hukum internasional tidak terlepas dari sejarah perang itu sendiri, bahkan sejarah perang itu sendiri sama tuanya dengan sejarah umat manusia. Sehingga benih-benih hukum internasional memang telah tertabur dalam kehidupan bangsa-bangsa sejak dahulu kala.

Sebagaimana dikemukakan Mochtar Kusumaatmadja, bahwa menurut A.Gentili perkembangan hukum internasional modern sebagai suatu sistem hukum yang berdiri sendiri dimulai dengan tulisan-tulisan mengenai hukum ¹⁰³perang. Selain itu, Jean Pictet menyatakan, adalah suatu kenyataan yang menyedihkan bahwa selama 3400 tahun sejarah tertulis, umat manusia hanya mengenal 250 perdamaian.¹⁰³

Selanjutnya dijelaskannya lagi, dahulu kala perang memang merupakan suatu pembunuhan besar-besaran antar kedua belah pihak yang berperang. Pembunuhan besar-besaran ini hanya merupakan salah satu bentuk perwujudan dari naluri untuk mempertahankan diri, yang berlaku baik dalam pergaulan antara manusia, maupun dalam pergaulan antara bangsa. Naluri untuk mempertahankan jenis kemudian membawa keinsyafan bahwa cara berperang yang tidak mengenal batas itu merugikan umat manusia sehingga kemudian mulailah orang mengadakan pembatasan-

¹⁰³ Mochtar Kusumaatmadja, *Konvensi-Konvensi Palang Merah 1949*. Penerbit Alumni, Cetakan ke-5, 2002, hlm.12

pembatasan, menetapkan ketentuan-ketentuan yang mengatur perang antara bangsa-bangsa ¹⁰⁴

Secara kronologis hukum internasional berkembang melalui tahapan zaman, sebagai berikut:

A. Zaman Purbakala:

Menurut Montesquien dalam bukunya *Esprit des Lois* (Jiwa Undang-Undang) menjelaskan, semua bangsa-bangsa termasuk suku Iroquois yang suka memakan orang-orang tawannya, mempunyai Hukum Bangsa-Bangsa (Law of Nations).

Beberapa praktek dan peristiwa dizaman Purbakala ini yang dipandang sebagai gejala lahirnya benih-benih Hukum Internasional:

1. Traktat Eannatum Raja Negara Kota Lagash - Umma.

Traktat ini dibuat antara Eannatum Raja Negara Kota Lagash di Mesopotania yang menang perang dengan Umma, sebuah Negara kota Mesopotania lainnya. Traktat ini dibuat kira-kira 3100 Tahun SM dalam bahasa Sumeriah dan diabadikan dengan tulisan terpahat pada sebuah monument batu (stele). Dalam traktat ini ditetapkan pula kekebalan dari pada terusan air diperbatasan dan batu tapal perbatasan, yang diakui umum sebagai pihak yang ditundukkan di bawah sumpah kepada tujuh dewa-dewa yang tersakti. Ketika itu dewa-dewa menjadi pihak penjamin bagi pelaksanaan traktat.

2. Masa 2.000 Tahun SM.

Pada masa ini banyak naskah-naskah perjanjian tentang perdamaian, persekutuan-persekutuan dan garis-garis perbatasan yang diabadikan diatas batu tulis dari tanah liat atau diatas monumen-monumen yang kebanyakan di buat oleh Raja-Raja Mesir dan Kheta juga Babilon dan Assur. Yang terpenting dari sejumlah perjanjian-perjanjian tersebut adalah Pakta Perdamaian dan persekutuan yang diadakan di tahun 1279 SM antara Ramases ke II dari Mesir dengan Hattusili II dari

¹⁰⁴ Ibid hlm. 12-13

Kheta. Bahasa Naskah asli ialah Akkadi (Babilon) yang merupakan bahasa diplomasi dikalangan kerajaan-kerajaan di Wilayah Timur Tengah pada zaman itu. dalam pakta perdamaian ini di atur:

- 1) Bantuan timbal balik dalam menghadapi musuh.
- 2) Penyerahan musuh dari negeri lain yang bersembunyi dalam masing-masing negerinya (Extradisi). Tetapi terdapat ketentuan bahwa orang yang di serahkan tidak dijatuhi hukuman.
- 3) Persaudaraan antara mereka akan berlaku juga sampai kepada putra-putranya dan Negaranya. Hal ini berarti meninggalkan sifat pribadi dari pada Perjanjian tersebut, yang berlaku selama ribuan tahun dalam konvensi-konvensi Internasional. Sanksi keagamaan dan peranan dewa-dewa disebutkan pula.

Pada masa pemerintahan Raja Ramses berkuasa di Mesir (569-527 SM) kelompok-kelompok penghunian atau kota-kota dari orang-orang Yunani dilembah sungani Nil yang dinamakan Naucratis dibenarkan untuk hidup sesuai agama dan hukum Yunani.

3. Masa Jahudi Kuno.

Pada masa ini dikenal Deutero Nomium (perundang-undangan kedua; kitab kelima dari Moses) berisikan aturan-aturan agama tertulis mengenai peperangan, yang melarang pembunuhan wanita-wanita dan anak-anak. Juga terkandung makna tentang pengertian perang suci. Dalam perkembangannya dianut oleh Islam dan Krfisten dalam Perang Salib.

4. Kitab Manu (kitab H. Hindu).

Kitab ini disusun ± 1.000 tahun SM, terutama mengatur peperangan yang berprikemanusiaan:

- i. Peperangan dilakukan dengan batas-batas prikemanusiaan dan kesatriaan.
- ii. Melindungi orang-orang yang tidak turut berperang.

5. Masa Tiongkok Kuno.

Masa ini adalah masa \pm 1.000 tahun SM dipegang prinsip perang bahwa Rakyat dari Raja-Raja yang berperang tidak menganggap satu sama lain sebagai musuh, dan tidak ada diskriminasi terhadap kaula-kaula Negara dari Raja lawan. Dimasa damai, hubungan antara Raja-Raja dan Duta-Dutanya dilaksanakan dengan upacara-upacara menurut tata urutan yang sangat beragam tergantung pada pangkat dari utusan-utusan yang bersangkutan. Ada banyak pemikiran tentang perang dan soal-soal yang berhubungan dengan perang. Perserikatan Besar dari Negara-Negara Tiongkok yang direncanakan oleh Kongfutsu telah dianggap sebanding dengan konsep Hukum Bangsa-Bangsa (Confusius 551-479 SM).

6. Masa Yunani Purbakala.

Masa ini adalah 1.000 Tahun SM, saat mana Yunani mengalami masa keemasan, dengan mencapai puncak peradaban yang tinggi dan menakjubkan. Sehingga menjadi sumber kaya-raja bagi inspirasi kepada generasi-generasi berikutnya dalam pelbagai bidang, termasuk bidang hukum dan ketatanegaraan. Demikian secara tidak langsung pemikirang-pemikiran Yunani yang berkembang ketika itu telah menjadi pendorong yang efektif bagi evolusi Hukum Bangsa-Bangsa; yakni melalui falsafah-falsafahnya yang mempengaruhi pemikiran di Roma yang banyak mengembangkan pokok yang berhubungan dengan Hukum Internasional. Terbatasnya pengaruh Yunani dalam lingkungan Internasional ketika itu disebabkan sedikitnya perjanjian-perjanjian antara masyarakat Yunani dan bukan Yunani.

Sedikitnya perjanjian-perjanjian yang dilakukan Yunani dengan bangsa yang lain karena adanya anggapan umum dikalangan orang-orang Yunani yang mengalami masa keemasan tersebut, bahwa orang-orang bukan Yunani sebagai orang Barbar (orang-orang biadab) dan musuh mutlak, yang ditakdirkan oleh kodrat untuk mengabdikan kepada orang-orang Yunani sebagai

budak-budak. Aristoteles sendiri dalam karyanya "Politica, menyamakan perang lawan orang-orang yang tidak mau tunduk dan taat, meskipun mereka ditakdirkan untuk diperintahi, dengan pemburuan. Perang demikian di anggapnya "benar menurut kodrat".

Beberapa perjanjian dimasa ini, diantaranya:

- 1) Perjanjian perdamaian yang sampai pada 400 tahun SM dibuat hanya untuk suatu masa waktu tertentu, hal mana mengingatkan kepada masa-masa dahulukala dimana perang menjadi keadaan biasa.
- 2) Perjanjian di bidang Politik yang memuat kesepakatan-kesepakatan memungkinkan kebebasan perorangan dan perlindungan harta milik, termasuk hak untuk memperoleh harta benda tidak bergerak, kepada warga bangsa dari negara peserta perjanjian, yang sedemikian jauh dapat dibandingkan dengan traktat-traktat modern tentang perdagangan.
- 3) Perjanjian-perjanjian penyelenggaraan pengaturan impor dan ekspor dan penetapan standar bersama mengenai uang logam.
- 4) Persetujuan-Persetujuan di bidang pelajaran yang masih terbatas
- 5) Perjanjian yang disebut Isopolities, dalam berbagai bidang kehidupan sosial tanpa diskriminasi, diantaranya tentang hak perkawinan antara warga negara dari masing-masing pihak perjanjian dan hak untuk menghadiri perlombaan-perlombaan umum. Warga negara dari negara anggota perjanjian konfederasi seringkali menerima sedikit banyak persamaan dengan warga bangsa-bangsa sendiri.
- 6) Adanya kebiasaan memberikan hak-hak yang sama atau perlindungan yang sama terhadap warga negara sahabat yang ada di Yunani, meskipun tanpa perjanjian.

- 7) Pertentangan politik diantara sesama orang Yunani tidak merusak kuatnya kebersamaan secara rasial. Kebudayaan, bahasa dan agama diantara mereka.
- 8) Penduduk Asing (bukan Yunani) yang tinggal tetap dan terdaftar resmi disebut *Metoikoi*. Pada umumnya penduduk asing ini berperan penting dalam perusahaan swasta dan perdagangan. Mereka mendapat status hukum yang tetap dan perlindungan hukum penuh, kecuali hak-hak politik dan hak milik atas benda-benda tetap. Mereka tunduk pada kewajiban-kewajiban militer dan dinas militer bawahan.
- 9) Sudah dipraktikkan Kantor Perwakilan Asing atau pejabat diplomatik yang dikenal dengan *Proxenois* (*Proxenos*) yaitu seorang warga negara terkemuka yang dinamakan *proxenos*, dipercayakan oleh suatu negara asing dengan tugas melindungi (mengurus) warganegara-warganegaranya, dengan tugas-tugas diplomatik di negara setempat (dari mana *proxenos* menjadi warga negaranya).. Lembaga *Proxenois* (*Proxenos*) merupakan satu lembaga/pejabat yang sering disamakan dengan konsul modern (*honorary consul; consules electi*). Meskipun lebih bersifat pejabat politik bukan komersil dan tidak diangkat resmi oleh pemerintah asalnya, *proxenos* ini tercatat menaikkan peranan yang sangat penting dalam meningkatkan hubungan dagang dan persahabatan.
- 10) Sudah dipraktikkan Hak Suaka (secara terbatas) atau hak warga asing yang bermasalah hukum ditempat asalnya untuk memnta perlindungan pemerintah tempat pelarian atau pemberi perlindungan. Akan tetapi masih terbatas pada perlindungan-perlindungan di Kuil – Kuil. Perlindungan yang diberikan Kuil-Kuil dihormati karena adanya *amphictioni* yaitu suatu piagam

perhimpunan untuk melindungi mimbar suci bersama.

- 11) Sudah ada praktek Arbitrase yang memegang peranan penting menyelesaikan sengketa-sengketa hukum public antara lain tentang daerah-daerah perbatasan, hak-hak atas sungai dan sumber-sumber perairan. Pengangkatan Arbitrator dilakukan berdasarkan negara, negara inilah yang nantinya membentuk Majelis Arbitrasi dari 3 orang atau lebih warga negara yang melaksanakan tugas-tugas arbitrasinya. Majelis ini yang disumpah secara keagamaan, jika ternyata arbitrator tersebut melakukan pelanggaran, disamping ia mendapat tularh atas dirinya juga ia akan dikutuk oleh seluruh bangsanya.
- 12) Tindakan-Tindakan pembalasan (Reprisal), juga telah dipraktekan pada zaman Yunani kuno ini. Tindakan balasan (Reprisal) ini berasal dari kebiasaan kuno yang membenarkan seseorang (maupun negara) menggunakan kekerasan untuk melindungi hak-haknya baik terhadap pelaku kesalahan orang asing juga terhadap penguasa negara dan sesama warga negara. Sekarang tindakan balasan (Reprisal) ini dipakai untuk blockade dan tindakan-tindakan paksaan lainnya, yang diambil oleh suatu negara terhadap negara lain untuk pelaksanaan suatu hak Internasional yang diyakinkannya.
- 13) Ajaran-ajaran Plato dan Socrates serta Aristoteles yang hidup pada zaman ini tentang Hukum dan Perang. Menurut mereka pertikaian diantara orang Yunani dianggap sebagai penyakit atau salah-paham, bukan suatu perang, sehingga bentrokan-bentrokan diantara sesama Yunani harus dilakukan secara lunak. Sedang pertikaian dengan orang bukan Yunani yang dianggapnya sebagai orang barbar itulah yang dianggap sebagai perang.

7. Masa Roma Purbakala.

Pada zaman ini Hukum menempati tempat yang paling penting dari segala hasil-hasil kebudayaan Roma, termasuk memberi sumbangsih sangat penting dalam perkembangan hukum internasional, antara lain:

- 1) Corpus Juris Civilis adalah himpunan hukum perdata Roma dalam suatu Kitab yang dilakukan Kaisar Justinianus dari Byzantinia (527-565 A.D).
- 2) Collegium fetialium yaitu sebuah dewan yang terdiri dari Pendeta-Pendeta istimewa (fetiales) yang dipercaya mengemban tugas penyelenggaraan upacara-upacara keagamaan, sehubungan dengan traktat, perang, kefdutaan, ekstradisi dan urusan-urusan Internasional lainnya, termasuk menentukan apakah suatu bangsa asing telah melanggar kewajibannya terhadap Roma. Khusus tentang perang, Dewan ini yang mengkaji bagaimana perang itu dianggap benar dan suci (bellum justum pium). Hal ini melahirkan Konsep perang Adil (bellum justum) yang menjadi salah satu sumbangan terpenting Roma terhadap sejarah hukum internasional.
- 3) Praktek Ratifikasi (Pengesahan Traktat). Pada masa ini di Roma telah malakukan praktek perbedaan antara penandatanganan dan pengesahan (Ratifikasi) terhadap persetujuan Internasional. Namun demikian perunding telah menandatangani suatu perjanjian Internasional dan tkemudian ternyata Senat menolak memberikan pengesahannya maka perjanjian tersebut tidak mengikat Roma secara hukum, dan perunding yang menandatangani persetujuan Internasional itu, dapat diserahkan kepada pihak lain.
- 4) Praktek kekebalan duta-duta

- 5) Perlindungan hukum tanpa diskriminasi terhadap orang asing dan berbeda ras.
- 6) Berbagai istilah hukum Roma menjadi terminology hukum internasional modern, antara lain:
 - a. Istilah sertivut negara (state servitude) berasal dari kata servitus yang dalam Hukum Roma diartikan hak lalu lintas dan kelonggaran-kelonggaran lainnya yang melekat pada sebidang tanah.
 - b. Okupasi (occupation; Pendudukan)
 - c. Terra nullus (tanah tak bertuan)
 - d. Alluvion (Alluvio), yaitu tambah luas tanah baru didaerah pantai atau tepi sungai besar yang disebabkan penghanyutan oleh air sungai.
 - e. Accretion (accessie), yaitu tambahan luas wilyah dengan formasi tanah baru, baik yang disebabkan kekuatan-kekuatan alam seperti timbulnya suatu pulau dalam lingkungan laut wilayah, maupun yang disebabkan oleh karya seni tenaga manusia.
 - f. Ius Gentium yang kemudian diterjemahkan dan digunakan sebagai Hukum Bangsa-Bangsa law of nation; droit des gens; Volkerrecht.
Ius Gentium terbentuk dari upaya penyelesaian perkara antara orang-orang asing dengan orang-orang Roma, dan antara orang-orang asing dan orang-orang asing di Roma, serta antara orang-orang Roma dan orang-orang Roma lainnya.

Hukum Alam yang diidentikkan dengan *Ius Gentium* selaku konsepsi falsafah, dan dapat diterapkan secara universal dan berdasarkan *ratio* murni manusia turut mempengaruhi perkembangan sejarah hukum internasional. Pemikiran hukum alam ini berasal dari filsafat Yunani yang mempengaruhi perkembangan di Roma, selanjutnya menjadi sumber terpenting *Ius Gentium* di Roma.

B. Zaman Kerajaan Kerajaan Besar:

Pada masa ini hubungan diplomatik, perdagangan, dan penyelesaian sengketa antara pemerintah kerajaan-kerajaan besar sangat mempengaruhi perkembangan sejarah perkembangan hukum internasional ke arah konsep hukum yang modern, antara lain:

1. Masa Kerajaan Besar Roma.

Kerajaan ini yang meliputi wilayah kerajaan bagian Barat: daerah Latin dan wilayah bagian Timur: Yunani, Asia Kecil dan Balkan Selatan. Sejak Kaisar Theodosius (A.D.395) berkuasa, memberi sumbangan penting dalam sejarah perkembangan hukum internasional terutama dibidang diplomatic dan perjanjian-perjanjian perdamaian. Salah satunya adalah praktek hubungan antara kerajaan (diplomatik) dengan Kerajaan-Kerajaan Islam, dan perjanjian perdamaian yang dibuat tahun 562 oleh Kaisar Justinianus dari Kerajaan Roma – Byzantium dan Raja Kosroes I dari Kerajaan Islam Persia. Dalam perjanjian ini ditegaskan prinsip perdamaian dan persahabatan diantara mereka serta pengakuan dan perlindungan terhadap kaum pemeluk agama minoritas termasuk larangan mengajak orang beralih agama. Pada saat itu terdapat penduduk lintas kerajaan dikedua kerajaan itu yang berbeda agama.

2. Masa Kerajaan Rusia.

Pada saat ini terjadi peperangan antara Kerajaan Rusia dengan Kerajaan Besar disekitarnya. Peperangan ini mendorong dibuatnya perjanjian-perjanjian perdamaian, diantaranya yang dibuat Raja Varangia tentang perampasan kapal perang, penebusan tawanan perang, dan perdagangan budak. Selain itu penyelesaian sengketa juga ditempuh melalui peran Arbitrasi.

3. Masa Kerajaan Islam.

Sejak masa ini berkembang konsep Perang Jihad (Perang Suci) yang dikenal dalam Hukum Islam. Kalif Abubakar yang wafat tahun 634 menegaskan tindakan-tindakan terpuji yang harus dilakukan dalam peperangan: "Melindungi dan menyelamatkan wanita, anak-anak, orangtua, tidak membasmi pohon-pohonan (enau dan buah-buahan), tidak membakar rumah penduduk, mengambil bahan makanan dan minuman secukupnya dari pihak musuh, memberlakukan tawanan perang dengan belah kasih, pemakaman tawanan perang yang meninggal, dan sebagainya." Hal ini menjadi salah satu bukti utama bahwa konsep Perang Jihad lebih maju, terutama dalam mendorong pembentukan hukum humaniter internasional.

Juga ketika Sultan Mohammad II menaklukan Kerajaan di Yunani, ditegaskan prinsip kewajiban mentaati setiap perjanjian sampai akhir. Meskipun perjanjian itu dilakukan dengan orang kafir, sepanjang tidak merugikan orang miskin dan membantu orang-orang yang melawan musuh.

4. Praktek Diplomatic dan Perdagangan Antar Kerajaan.

Praktek hubungan diplomatic dan perdagangan diantara kerajaan kecil atau negeri atau kota-kota lainnya juga memperkaya sumbangsih terhadap perkembangan hukum internasional, antara lain:

- 1) Tuntutan Venetia dan Genoa tentang kebebasan laut dengan menuntut navigasi dan penangkapan ikan secara exclusive (tersendiri) masing-masing diluar Adriatik dan laut Liquria.
- 2) Peran Liga Hausa atau Liga Kota Kota Perniagaan, antara lain Hamburg dan Bremen dibidang perdagangan sangat penting.
- 3) Perjanjian-perjanjian perdamaian, gencatan senjata, persekutuan – persekutuan, yang dibuat untuk menyelesaikan sengketa menduduki tempat yang paling utama. Sekaligus menggambarkan maraknya peperangan sebagai jalan menyelesaikan sengketa.

5. Praktek Perang dan Perdangan Antar Kerajaan Kecil.

Intensitas peperangan dan perdagangan antar kerajaan (juga negeri dan kota) telah mendorong pembetulan prinsip-prinsip hukum internasional, antara lain:

- 1) Prinsip-prinsip penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan melalui: Arbitrasi, Konsiliasi (Conciliation: perantara juru damai), Mediasi (Mediation: Perundingan), Replisal dan Retaliasi yang sah.
- 2) Pemikiran hukum perdata penyelesaian sengketa yaitu munculnya prakarsa cabang ilmu hukum baru yang kini dikenal dengan hukum perdata internasional, terutama menyangkut pilihan hukum (Choice of Law).
- 3) Pemikiran rencana perdamaian dunia yang abadi, seperti yang dikemukakan oleh Pierre Dubois (1250 – 1312).

- 4) Prinsip-prinsip hubungan diplomatik, terutama tentang pengangkatan dan penerimaan Duta-Duta (utusan khusus bersifat sementara) dan Duta Besar (bersifat tetap), dan Asas Reprasitias (timbang balik). Peran Konsul yaitu: Consul misus diangkat oleh pemerintah negeri asalnya dan Consul electus dipilih oleh anggota masyarakat perkampungan
- 5) Prinsip-prinsip hukum niaga dan maritim untuk memenuhi kebutuhan perdagangan Barter dan pungutan pajak serta pemberantasan bajak laut.
- 6) Bangkitnya kembali Doktrin Perang Adil (bellum justum), yang dikaitkan dengan agama Kristen oleh Sint Augustinus. Hal ini dilakukan sebagai upaya menghadapi penolakan Tertulinius. Saat itu Tertulinius menentang partisipasi umat Kristen mendukung dan masuk dinas militer berdasarkan ajaran-ajaran kitab suci.

C. Zaman Negara Modern

Memasuki abad XVII kehidupan masyarakat internasional memulai babak baru dengan subjek utamanya negara – negara modern. Dalam tahapan baru ini hukum internasional semakin konkrit dan berperan semakin penting menjangkau aspek kehidupan antar negara dibidang diplomatik, kerjasama ekonomi dan perdagangan antar negara, peranan lembaga-lembaga internasional, pemberantasan kejahatan internasional, penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan, penegakan hukum humaniter, pemberantasan kejahatan internasional dan kejahatan kemanusiaan yang menjangkau pertanggungjawaban pidana individual. Tersebutlah tiga tonggak sejarah hukum internasional modern dalam pembahasan berikutnya.

1. Perjanjian Perdamaian Westphalia 1648.

Perjanjian perdamaian ini dibahas dan diputuskan dalam sebuah kongres di Munster dan di Osnabruck. Dihadiri oleh sebagian besar kerajaan-kerajaan atau negeri di Eropah. Sehingga dipandang sebagai Kongres pertama Eropah. Agenda utama adalah pembahasan penyelesaian perang (salib) yang telah berlangsung 30 tahun dan semakin meluas mengancam perdamaian dan keselamatan bersama di Eropah. Peperangan yang bernuansa keagamaan atau kekristenan ini dipicu oleh pertentangan antara penganut Kristen yang menolak reformasi beribadah Kristen dengan penganut Kristen yang menerima reformasi tersebut yang dikemukakan oleh Marthen Luther (Lutheranisme) dan Calvin (Calvinisme). Pertikaian ini memunculkan dua aliran besar dalam agama Kristen: Gereja Katolik yang menolak ajaran reformasi dan Gereja Protestan yang menerima reformasi tersebut. Oleh karena itu untuk kelancaran dan kesuksesannya, Kongres diselenggarakan secara bergantian selama 3 tahun lamanya di Munster sebagai kota Katolik dan di Osnabruck sebagai kota Protestan. Meskipun bernuansa keagamaan, perjanjian perdamaian Westphalia menjadi begitu penting karena memutuskan prinsip-prinsip hukum yang mendorong lahirnya negara-negara modern yang berdaulat dan pengakuan terhadap hak-hak asasi manusia.

Akhirnya Kongres menyetujui perjanjian perdamaian Westphalia untuk mengakhiri peperangan yang panjang tersebut. Kemudian Prancis dan Swedia dipilih menjadi penjamin perjanjian perdamaian tersebut.

Pokok-Pokok penting dalam Perjanjian Perdamaian Westphalia:

- 1) Anggota: Kerajaan Besar Roma yang berjumlah lebih dari 300, dengan resmi diberi hak untuk mengadakan persekutuan dengan negara-negara lain. Punya hak untuk mengadakan persekutuan dengan negara-negara lain. Punya hak untuk mengadakan perang, asalkan persekutuan itu tidak ditujukan untuk melawan Kaisar atau

Kerajaan Besar Roma dan ketertibannya atau memperkosa Perdamaian Westphalia.

- 2) Pengakuan Internasional untuk pertama kalinya terhadap pihak Protestan atau ajaran reformasi Lutheranisme dan Calvinisme. Sehingga pertikaian dengan Pihak Katolik mereda. Sekaligus menegakkan prinsip kebebasan beribadah bagi setiap orang sesuai agama dan kepercayaan yang dianutnya.
- 3) Penegasan prinsip penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan (perang) dan pemberian sanksi berupa tindakan paksa bersenjata bersama terhadap pelanggar perjanjian.
- 4) Hak dan Kewajiban akan prinsip penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan dan pemberian sanksi bersenjata bersama terhadap pelanggar perjanjian mendorong terbentuknya kerjasama internasional dalam satu wadah internasional untuk memelihara perdamaian dan keamanan internasional.

Bahwa Perjanjian Perdamaian Westphalia ini turut memberi pengaruh terhadap terjadinya Revolusi Prancis yang terkait dengan perkembangan hukum internasional, antara lain berupa:

- 1) Deklarasi Hukum Bangsa Bangsa (Declaration du droit des gens) tahun 1795,
- 2) Deklarasi Hak (azasi) manusia dan hak-hak warga negara (Declaration des droits de home et du citoyen) tahun 1789,
- 3) Penghapusan perang-perang penaklukan dan pengutukan serangan-serangan terhadap kemerdekaan bangsa-bangsa lain,
- 4) Pentaatan azas non intervensi.

Revolusi Prancis membuka jalan bagi Napoleon Bonaparte mengambil alih kekuasaan pemerintahan Prancis (1799 – 1815). Selama masa berkuasa Napoleon melakukan perang penaklukan terhadap pemerintahan negara atau kerajaan-kerajaan disekitarnya. Terutama berhasil menaklukan Kaisar Francis II dari Kerajaan Besar Roma 1806, menyebabkan runtuhnya Kerajaan Besar Roma tersebut. Sehingga ratusan anggota Kerajaan Besar Roma mendapat kedaulatan sepenuhnya menjadi sebuah negara modern yang berciri demokratis. Pada saat perang dengan Inggris, Napoleon melancarkan Blokade Kontinental meliputi wilayah laut disepanjang benua Eropah untuk melumpuhkan jalur laut kapal-kapal niaga Inggris ke daratan Eropah. Blokade ini sebagai balasan terhadap “Blokade Benua Eropah” yang dilancarkan Inggris sejak tahun 1806. Akan tetapi kedua blokade ini dianggap melanggar hukum internasional karena kedua negara tidak cukup efektif melakukan blokade sepanjang perairan yang diklaimnya dan juga merugikan kepentingan negara-negara netral yang tidak turut dalam pertikaian tersebut.

Pada masa ini hukum kenetralan yang terkait perang sangat penting, sebagaimana nampak dalam sikap perang Jerman dalam permulaan perangnya dengan Prancis di tahun 1870 yang menyatakan maksudnya untuk melakukan perang, adalah “melawan prajurit Perancis, dan bukan melawan Warganegara Perancis”.⁹² Hukum Kenetralan ini merupakan bagian dari konsep perang yang dikemukakan J.J. Rousseau dalam karyanya *Le Contrat Social* (Kontrak Sosial) 1762, yaitu: “bahwa perang tidak menyangkut hubungan antara orang dengan orang, melainkan hubungan antara Negara dengan Negara, dalam mana individu-individu menjadi musuh hanya secara kebetulan saja, tidak sebagai insan-insan, bahkan tidak sebagai warga negara-warga Negara, melainkan sebagai perajurit-perajurit; pun tidak sebagai anggota-anggota sesuatu

⁹² Arthur Nussbaum. Hlm.36

masyarakat, melainkan sebagai penjaga-penjaga/pelindung-pelindung masyarakat.”⁹³

a. Pengaruh Mashab Naturalis dan Mashab Positivis.

Pada masa ini pula berkembang mashab naturalis pada tahap lanjutan dan permulaan mashab positivis yang memberi pengaruh tidak langsung pada perkembangan hukum internasional. Mashab Naturalis menganut konsepsi hukum alami, dan mashab Positivis yang mengutamakan traktat-traktat dan hukum kebiasaan, sehingga dengan demikian menempatkan hukum alami dalam kedudukan lebih rendah atau diluar artian hukum yang sesungguhnya, bahkan tidak menghiraukan hukum alami sama sekali. Cara berpikir kaum positivis bersifat lebih yuridis dan lebih erat hubungannya dengan situasi-situasi yang nyata (konkrit), sedang jalan pikiran kaum naturalis bersifat lebih filosofis dan abstrak.

b. Pengaruh Mashab Naturalis Dalam Deklarasi HAM.

Pengaruh yang luas dari konsep hukum alami, terbukti dalam beberapa deklarasi, yaitu:

- 1) Deklarasi Kemerdekaan Amerika Serikat 4 Juli 1776,
- 2) Deklarasi Hukum Bangsa Bangsa (Declaration du droit des gens) tahun 1795,
- 3) Deklarasi Hak (azasi) manusia dan hak-hak warga negara (Declaration des droits de home et du citoyen) tahun 1789,

⁹³ Ibid hlm. 35

Juga berpengaruh dalam tulisan-tulisan para pakar sebelumnya seperti:

- 1) Grotius dalam *De jure belli ac pacis*,
- 2) Thomas Hobbes (1588-1679) dalam *Philosophical Rudiments Concerning Government and Sociat* atau *Elementha phil;osophica*, 1642 dan *Leviathan*, 1651.

Dalam hal ini Hobbes yang pertama-tama menggunakan istilah “*ius gentium*” (hukum bangsa-bangsa), dan menjelaskan, bahwa hukum alami, dan karenanya juga hukum bangsa-bangsa sebagai hukum “Ke-Tuhanan”, karena Tuhan memberikan *ratio* atau budi kepada manusia.⁹⁴ Jadi hukum internasional dalam arti luas sebagai hukum bangsa-bangsa juga bersumber dari konsepsi hukum alami.

Selain itu, Aliran *Naturalis* mengajarkan bahwa tidak ada hukum bangsa-bangsa (*ius gentium*: hukum internasional) yang berdiri sendiri secara bersandar atas kesepakatan umum antar bangsa-bangsa, melainkan ia merupakan bagian daripada hukum alami, yang berlaku universal. Hukum alami merupakan hukum yang meliputi sehimpunan asas-asas yang dipungut manusia melalui akal-pekerter yang murni (*right reason*; *zuivere rede*). Aturan-aturan kebiasaan yang berlaku dalam perhubungan bangsa-bangsa hanya mengikat apabila selaras dengan hukum alami. Ini berarti pada hakekatnya bahwa daya-ikat norma-norma hukum bangsa-bangsa didasarkan kepada hukum alami.⁹⁵

⁹⁴ Ibid hlm.45

⁹⁵ Ibid hlm.29

2. Perjanjian Perdamaian Wina 1815.

Kongres Wina ini diselenggarakan untuk memadamkan api perang yang disulut Napoleon terhadap negara-negara penaklukannya. Sekaligus merupakan akhir dari masa pemerintahan Napoleon berkuasa di Perancis. Dokumen Akta Final-Final di tandatangi pada 9 Juni 1815 oleh wakil-wakil dari Austria, Perancis (France), Inggris (Great Britain), Portugal, Rusia dan Swedia. Dalam Akte Final diatur beberapa aspek penting dari masalah-masalah umum Hukum Internasional antara lain:

- 1) Ditetapkan asas pelajaran bebas terhadap sungai-sungai Internasional.
- 2) Pemberantasan perdagangan internasional budak belian.
- 3) Jabatan-Jabatan Diplomatik yang masih bertahan sampai sekarang yaitu:
 - a) Duta Besar-Duta Besar (uncios adalah wakil Vatikan).
 - b) Duta (menteri berkuasa penuh dan duta luar biasa).
 - c) Kuasa usaha (tetap).
- 4) Holy Alianci: Austria, Inggris, Prusia, Rusia dan Perancis, sebagai pakta pertahanan menghadapi musuh anggota pakta. Dalam hal ini membantu Perancis dalam perang melawan Spanyol tahun 1808. Sehingga mendorong koloni-koloni Spanyol di Amerika Latin merdeka.
- 5) Praktek Prinsip Non-Intervensi. Persekutuan Suci ini tidak melanjutkan keingiannya memulihkan kembali kekuasaan Spanyol di bekas koloni-koloni Spanyol yang sudah merdeka Amerika Latin. Hal ini disebabkan politik non intervensi terhadap benua Amerika yang diumumkan Presiden Amerika Serikat Monroe di Kongres 1823. Sehingga dikenal dengan Doktrine Monroe. Selain itu, Doktrine Monroe ditujukan juga

terhadap tuntutan Russia yang ingin melakukan kolonisasi terhadap wilayah selatan Alaska di benua Amerika. Demikian Doktrine ini menegaskan: bahwa sesuatu usaha dipihak negara-negara sekutu (maksudnya, anggota-anggota persekutuan suci) untuk menanamkan sistem kekuasaan mereka dibagian wilayah amanapun dibenua Amerika akan dianggap sebagai bahaya bagi keamanan Amerika Serikat, dan bahwa Amerika Serikat akan menganggap setiap intervensi oleh sesuatu negara Eropah, yang maksudnya menindas negara-negara baru di Amerika atau menguasai nasib negara-negara ini dengan cara apapun juga, sebagai “manifestasi suatu sikap yang tidak bersahabat terhadap Amerika Serikat”. Bahwa wilayah-wilayah dibenua Amerika tidak lagi untuk dianggap sebagai wilayah-wilayah yang dapat ditundukkan oleh negara-negara Eropa manapun untuk maksud kolonisasi dimasa depan.

Nampak Doktrine Monroe dimaksudkan untuk mencegah pertikaian-pertikaian di Eropa merambah benua Amerika, sekaligus menjagah keutuhan kesatuan nasional negara federal AS yang warga negaranya berasal dari negara-negara Eropa yang terlibat perang satu terhadap yang lain di Eropa. Saat itu AS sedang mengalami masalah keutuhan nasional yang dipicu persoalan pro-kontra perbudakan yang kemudian menyebabkan meletusnya perang saudara. Keberadaan penduduk AS yang berasal dari negara-negara berbeda di Eropah secara turun temurun hidup terpisah-pisah dalam koloni yang mereka bangun masing-masing, mendorong AS selalu enggan melibatkan diri dalam pertikaian-pertikaian di Eropa. Sehingga mau tak mau menerapkan prinsip non intervensi demi keutuhan persatuan dan kesatuan nasionalnya. Oleh karena itu, AS terlibat Perang Dunia Pertama karena kepentingan nasionalnya telah terancam dimana Kapal Selam Jerman yang sedang berperang dengan Armada Inggris telah mengancam, menyerang dan meneggelamkan Kapal-

Kapal Niaga AS. Juga terlibat dalam Perang Dunia Kedua karena serangan pesawat tempur Jepang ke pangkalan militer AS di Pearl Harbor. Jepang merupakan sekutu Jerman yang saat itu juga mulai menyulut sumbu api perang dunia kedua dengan menyerang negara-negara Eropah lainnya.

Selain karena tidak ada satupun negara yang menentangnya, juga Doktrine Monroe memperlihatkan efektifitas keberlakuannya terhadap ekspedisi militer Kaisar Napoleon ke Mexico saat Amerika Serikat di landa perang saudara, dimana Napoleon menarik kembali pasukannya setelah berakhirnya perang saudara tersebut.

Perkembangan berikutnya Doktrine Monroe mendapat pengakuan juga dalam Piagam Liga Bangsa Bangsa (Covenant of the League Of Nations) tahun 1919 sebagaimana dijelaskan dalam pasal 21, bahwa Piagam LBB tidak mempengaruhi kekuatan berlakunya permufakatan-permufakatan internasional, seperti perjanjian arbitrase atau "kebijakan-kebijakan regional" (regional understandings) seperti Doktrine Monroe, guna menjamin pemeliharaan perdamaian.

3. Perjanjian Versailles Tahun 1919.

Untuk mengakhiri Perang Dunia I, negara-negara yang terlibat perang mengadakan yaitu Negara-Negara Sekutu dengan Jerman, mengadakan perjanjian perdamaian di Versailles tahun 1919, dan berlaku efektif tanggal 10 Januari 1920. Inggris dan AS berperan sangat penting dalam pembahasan-pembahasan.

a. Pendirian Liga Bangsa Bangsa.

Dalam persidangan-persidangan perdamaian tersebut, Presiden AS Wilson gencar mengemukakan tentang pendirian sebuah Liga Bangsa Bangsa yang bertanggungjawab akan pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional. Ternyata ide Presiden Wilson ini mendapat sambutan luar biasa, sehingga disetujui pendirian Liga Bangsa Bangsa sebagaimana yang ditegaskan dalam Piagam Liga Bangsa Bangsa (Covenant of the League Of

Nations) tahun 1919. Liga ini terdiri dari dua badan utama:

- 1) Majelis (Assembly), yang memegang kekuasaan legislative menyelenggarakan sidang-sidang umum tahunan bagi semua anggota liga.
- 2) Dewan (Council), yang memegang kekuasaan eksekutif dengan kewajiban melaksanakan keputusan-keputusan Majelis (Assembly). Dewan ini terdiri dari delapan sampai lima belas negara yang dipilih oleh Majelis (Assembly).

Ide Presiden Wilson ini mirip dengan liga negara-negara federal AS pada sistem awal pemerintahan Konfederasi Amerika Serikat . Pada masa awal kemerdekaannya yang diproklamkan pada tanggal 4 Juli 1776, belum terbentuk pemerintah pusat AS setidaknya belum terpilih seorang Presiden pemegang kekuasaan eksekutif.

Pada awalnya kemerdekaannya antara tahun 1781- 1789 Amerika Serikat menerapkan sistem konfederasi. Saat itu pemerintah pusat Amerika Serikat berbentuk liga yang beranggotakan seluruh negara bagian sebanyak tiga belas negara bagian. Berdasarkan Articles of Confederation pemerintah pusat Amerika Serikat ada ditangan Kongres. Kongres terdiri dari delegasi delegasi yang ditunjuk setiap tahun oleh negara bagian – negara bagian melalui persetujuan legislatif masing-masing negara bagian. Setiap negara bagian mempunyai hak dan kedudukan yang sama tanpa membedakan populasi atau potensi kekayaan alamnya. Sehingga masing-masing negara bagian mempunyai satu suara di Kongres. Setiap keputusan Kongres memerlukan persetujuan minimal sembilan suara negara bagian. Setiap tahun anggota Kongres memilih salah satu diantara mereka menjadi Ketua yang berfungsi

sebagai moderator. Ketua Kongres hanya merupakan Presiden Kongres, bukan Presiden Amerika Serikat. Masa itu belum ada seorangpun yang dipilih atau diangkat sebagai Presiden terhadap tiga belas negara bagian yang masih mempertahankan kedaulatannya masing-masing. Meskipun mereka telah bersama-sama menyatakan kemerdekaan Amerika Serikat sebagai satu negara merdeka. Negara Amerika Serikat yang mereka nyatakan sebagai negara merdeka saat itu belum berdaulat karena kedaulatan masih dipertahankan oleh masing-masing negara bagian tersebut.

Selanjutnya Kongres membentuk Komite-Komite untuk menangani masalah-masalah Eksekutif dan Yudisial. Kemudian Kongres juga menunjuk pejabat-pejabat sipil yang dibutuhkan.

Terdapat tiga ciri konfederasi Amerika Serikat berdasarkan Articles of Confederation, yaitu:

1. Pengakuan terhadap kedaulatan negara bagian-negara bagian yang lengkap dan tidak dapat diganggu-gugat. Oleh karena itu Kongres sebagai pemerintah pusat/nasional tidak berhubungan langsung dengan individu atau penduduk, melainkan terbatas berhubungan dengan negara bagian dalam kapasitas sebagai anggota aliansi dalam Kongres.
2. Pemerintah pusat berbentuk organ tunggal yang disebut Kongres yang beranggotakan delegasi-delegasi dari masing-masing negara bagian.
3. Pembatasan kekuasaan pemerintah pusat/nasional, yaitu hanya kekuasaan disebutkan secara tegas dan jelas diberikan oleh tiga belas negara bagian, yang menjadi kekuasaan pemerintah pusat/nasional. Pada awalnya terdaftar sembilan belas kekuasaan yang diberikan kepada Kongres sebagai pemerintah

pusat/nasional, diantaranya adalah kekuasaan untuk menentukan perdamaian dan perang, mengutus dan menerima duta besar, membuat perjanjian, menetapkan standard berat dan ukuran, mengatur campuran dan nilai, mengatur perdagangan dan mengelola urusan-urusan dengan orang Indian, mendirikan Kantor Pos, meminjam uang, membangun dan melengkapi Angkatan Laut, menyetujui besarnya kekuatan angkatan darat dan membuat permintaan kuota bagi beberapa negara bagian.

Ketiga belas negara bagian tersebut tidak memberikan kepada Kongres sebagai pemerintah pusat/nasional kekuasaan untuk mengatur perdagangan dan kekuasaan untuk memungut pajak. Kongres sebagai pemerintah pusat/nasional diberi kekuasaan untuk mengatur keuangannya. Tetapi Negara bagian tidak diharuskan mengabulkan permohonan keuangan yang diajukan Kongres.

John Adams menggambarkan pemerintahan sistem konfederal ini sebagai perwakilan pusat dari suatu aliansi, suatu majelis diplomasi.⁹⁶ Sedang Sayes Allum menyebutnya sebagai "firm league of friendship".⁹⁷

b. Prinsip Non-Intervensi & Non Agresi.

Dalam perkembangannya, Liga Bangsa Bangsa berperan besar dalam lahirnya beberapa perjanjian sehubungan dengan Pasal 231 Piagam liga terkait tanggungjawabnya terhadap peristiwa perang dan akibat-akibat yang ditimbulkannya, terutama:

⁹⁶ Sayes Allums. Principles of American Government... hlm. 17

⁹⁷ Ibid hlm, 16

- a) Pakta Locarno, 1925 dan Pakta Kellogg – Briand 1928. Kedua pakta ini mendorong para pihak menerima prinsip non-intervensi dan non Agresi, penyelesaian sengketa secara damai, dan menghapuskan perang sebagai alat politik nasional. Demikian dalam Pakta Locarno Tahun 1925: Perancis, Jerman dan Belgia berjanji bersama-sama untuk menjalankan politik non Agresi. Sedang dalam Pakta Kellogg Briand (Menteri Luar Negeri Amerika Serikat dan Menteri Luar Negeri Perancis) ditegaskan:

“Negara-Negara penandatanganan Pakta menghapuskan perang sebagai alat politik nasional dalam hubungan-hubungan antara mereka dan mereka berjanji untuk mencari penyelesaian persengketaan-persengketaan hanya dengan cara damai”.

- b) Praktek Ekstradisi (penyerahan) pelaku kejahatan perang yang dilakukan Jerman untuk diajukan kemuka pengadilan, yaitu: penyerahan Kaisar Jerman Wihelm II kepada Negara Sekutu pemenang perang untuk diadili.
- c) Praktek pemenang perang menuntut ganti rugi dan mengadili pihak kalah perang yang melakukan kejahatan perang.
- d) Praktek negara kalah perang yang melakukan tindakan agresi atau yang memulai serangan yang menimbulkan perang dipandang sebagai pelaku kejahatan perang.
- e) Praktek kejahatan perang berupa pelanggaran-pelanggaran terhadap hukum perang dan kebiasaan perang, atau kejahatan-kejahatan terhadap warganegara pemenang perang.

- f) Praktek peradilan nasional mengadili pelaku kejahatan perang, yaitu peradilan nasional Jerman dipercayakan oleh negara pemenang perang untuk mengadili pelaku kejahatan perang yang dilakukan warganegara Jerman.

c. Pembentukan Mahkamah Tetap Internasional.

Persetujuan yang terpenting lagi adalah Pembentukan Mahkamah Tetap Internasional (Permanent Court of International Justice). Pertama kali dibentuk sebuah pengadilan tetap untuk menyelesaikan sengketa antar negara secara hukum. Dalam Pasal 12 Piagam LBB ditegaskan upaya penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan melalui: Arbitrasi, Mahkamah Tetap, dan Dewan LBB.

Pengertian kejahatan perang terutama agresi, pertanggungjawaban pidana individual/perorangan pelaku kejahatan perang, dan peran pengadilan mengadili pelaku kejahatan perang tersebut di atas, tidak cukup efektif mencegah Jerman beserta negara lainnya untuk melakukan kejahatan serupa dalam perang dunia kedua. Namun menjadi preseden peradilan kejahatan-kejahatan perang oleh Mahkamah Militer Internasional Nuremberg dan Tokyo setelah perang dunia II berakhir. Preseden mana dilanjutkan oleh beberapa peradilan ad hoc, dan kemudian menjadi yurisdiksi peradilan pidana internasional – ICC berdasarkan Statuta Roma 1998.

d. Konvensi Internasional di Jenewa dan Paris.

Selain itu, LBB juga berperan besar melaksanakan berbagai pertemuan internasional yang menghasilkan beberapa konvensi seperti:

- a) Konvensi Jenewa 1930 yang merupakan hasil revisi terhadap Konvensi Den Haag 1910 dan 1912 tentang wesel dan cek.
- b) Konvensi Jenewa 1923 dan 1927 tentang Arbitrasi dibidang perdagangan.
- c) Konvensi Jenewa 1929 tentang pemberantasan pemalsuan uang.
- d) Konvensi Jenewa 1923 tentang Pengaturan Kereta Api Internasional.
- e) Konvensi Paris 1919 tentang Navigasi Udara yang menyerahkan dibawah pengawasan LBB.
- f. Konvensi 1923 tentang Penindasan penyebaran dan perdagangan publikasi-publikasi cabul, dan perubahan konvensi-konvensi tentang candu, perbudakan, dan perdagangan wanita dan anak-anak.

Bahwa pembentukan Mahkamah Tetap Internasional (Permanent Court of International Justice) tersebut di atas dimaksudkan agar negara-negara yang bersengketa meniggal perang sebagai cara menyelesaikan sengketa, lalu menempuh penyelesaian sengketa secara hukum kepada pengadilan ini. Tidak ada pembatasan jenis sengketa yang dapat diajukan termasuk sengketa-sengketa yang dapat dan telah menimbulkan konflik bersenjata. Sekaligus dimaksudkan juga untuk mengadili dan menghukum pelaku kejahatan perang yang menimbulkan korban jiwa manusia yang tak berdosa secara massal. Hal ini dilakukan sesuai maksud ketentuan pasal 227 Perjanjian Perdamaian Versailles, dan hasrat sejumlah ahli hukum terkemuka: Versasien Pella, Donnediy de Vebres, Quintiliano Saldana, didukung oleh The International Law Association The American

Society of International Law, dan The International Parliamentary Union.⁹⁸

Akan tetapi yurisdiksi Mahkamah yang terbatas hanya menjangkau semua perkara yang diajukan kepadanya atas persetujuan pihak-pihak yang bersengketa menjadi kendala utama pengadilan berperan aktif dan efektif mendukung tugas dan tanggungjawab LBB menjaga dan memelihara perdamaian dan keamanan internasional.

Akhirnya Mahkamah Tetap ini mengiringi kegagalan Liga Bangsa-Bangsa menghentikan agresi Jepang ke Tiongkok (1931), agresi Italia pimpinan Fascic diktator Mussolini di Abesinia (1934) dan agresi Jerman pimpinan NAZI diktator Hitler ke Austria, Cekoslowakia dan Polandia (1939) yang secara langsung menyulut meletusnya Perang Dunia II yang dahsyat.

4. Perjanjian Perdamaian San Fransisco 1945.

Ternyata agresi Jepang ke Tiongkok (1931), agresi Italia pimpinan Fascic diktator Mussolini di Abesinia (1934) dan agresi Jerman pimpinan NAZI diktator Hitler ke Austria, Cekoslowakia dan Polandia (1939) yang secara langsung menyulut meletusnya Perang Dunia II telah menimbulkan jatuhnya jutaan korban manusia tanpa pandang bulu. Begitu juga serangan udara Jepang ke pangkalan militer AS di Pearl Harbour 1941 yang memaksa AS terlibat perang. Saat itu AS cenderung mempertahankan sikap tidak terlibat dalam peperangan di Eropa sesuai jiwa Doktrine Monroe 1823. Akhirnya pemboman kota Nagasaki dan Hiroshima di Jepang yang dahsyat itu meruntuhkan nyali perang pihak Jepang, Jerman, dan Italia, lalu menyerah kepada negara sekutu pemenang perang: AS, Inggris, Perancis, dan Rusia.

⁹⁸ Romli Atmasasmitaa, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Cetakan Revisi 2000, Penerbit Refika Aditama Bandung, hlm. 4.

Kemudian Franklin D. Roosevelt, Presiden Amerika Serikat dengan pemimpin negara pemenang perang dunia II lainnya (1939 – 1945) mengadakan Konferensi San Francisco.

a. Pembentukan Perserikatan Bangsa Bangsa & Mahkamah Internasional

Dalam Konferensi San Francisco diputuskan untuk Pembentukan PBB dan Mahkamah Internasional beserta Piagam PBB dan Statuta Mahkamah Internasional sebagai badan peradilan utama dari PBB.

b. Prinsip Penyelesaian Sengketa Secara Damai tanpa Kekerasan.

Dalam pasal 2 ayat 3 & 4 Piagam PBB ditegaskan prinsip penyelesaian sengketa secara damai tanpa kekerasan. Sedangkan bentuk-bentuk damai yang dimaksud dilakukan dengan jalan: perundingan, penyelesaian menurut hukum, permufakatan, perwasitan, penyelidikan menurut hukum, melalui badan-badan atau persetujuan setempat, atau dengan cara damai lainnya yang dipilih sendiri. Lebih khusus lagi disebutkan jalan penyelesaian damai melalui “perundingan” merupakan upaya damai pertama-tama yang ditempuh (Pasal 40).

c. Prinsip Pembelaan Diri (Self Defence).

Namun diatur pula bahwa tindakan-tindakan kekerasan yang dapat ditempuh hanya dengan alasan: pembelaan diri atau self defence menurut Pasal 51 dan Pasukan Perdamaian PBB untuk pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional menurut Bab VII.

d. Prinsip Penggalangan Kekuatan Multilateral.

Dalam Pasal 39 disebutkan tiga macam tindakan pelanggaran internasional yang dapat menjadi alasan Dewan Keamanan memanggil, membentuk dan memerintahkan Pasukan Perdamaian PBB yang merupakan pasukan multilateral mengambil tindakan-tindakan paksa militer terhadap suatu negara atau kelompok bersenjata lainnya:

- i) ancaman terhadap perdamaian,
- ii) pengacauan terhadap perdamaian,
- iii) tindakan agresi.

Ketidakmampuan LBB menggalang kekuatan militer bersama membentuk suatu pasukan perdamaian yang kuat dan efektif, kegagalan mana lebih disebabkan keengganan AS menjadi anggota PBB walaupun Presiden Wilson mengambil peran penting, menjadi pengalaman berharga. Hal ini membuka jalan bagi AS memulai babak baru dalam peran dan politik luar negerinya. Dimana AS mulai meninggalkan politik non intervensi sesuai makna Doktrine Monroe bergeser kearah kebijakan politik intervensi melalui PBB dengan alasan-alasan pemeliharaan perdamaian dan keamanan internasional. Bahkan perkembangan berikutnya juga dengan alasan-alasan penegakan demokrasi dan perlindungan HAM.

e. Peradilan Penjahat Perang & Agresi.

Konperensi San Fransisco 1945, juga sejalan dengan upaya-upaya negara-negara sekutu pemenang perang untuk menegakkan hukum perang bagi penjahat perang dari negara kalah perang. Sebelum perang dunia kedua berakhir dikalangan negara-negara sekutu: AS, Inggris, Perancis dan Rusia sudah terdapat hasrat bersama untuk mengajukan para penjahat perang kemuka pengadilan. Ketika itu yang dianggap penjahat perang adalah aparat pemerintah dan militer yang melakukan agresi terhadap negara

lainnya, yaitu: agresi Jepang ke Tiongkok (1931), agresi Italia pimpinan Fascic diktator Mussolini di Abesinia (1934) dan agresi Jerman pimpinan NAZI diktator Hitler ke Austria, Cekoslowakia dan Polandia (1939), juga serangan udara Jepang ke pangkalan militer AS di Pearl Harbour 1941. Sehingga agresi diartikan sebagai serangan militer yang pertama kali dilakukan suatu negara terhadap negara lainnya yang menyebabkan terjadinya perang. Untuk itulah dibentuk dua pengadilan militer ad hoc, yaitu: the International Military Tribunal (IMT) di Nuremberg; dan the International Military Tribunal for the Far East (IMTFE) di Tokyo.

f. Pembentukan Tribunal Nuremberg & Tokyo.

Untuk mengadili penjahat perang terutama dari pihak negara kalah perang yakni Jerman dan Jepang maka dibentuklah 2 (dua) peradilan ad hoc, yaitu:

1. Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Nuremberg (Tribunal Nuremberg).

Mahkamah Militer Internasional di Nuremberg ini dibentuk berdasarkan London Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, tanggal 8 Agustus 1945 yang ditandatangani oleh Amerika, Inggris, Uni Sovyet dan Perancis selaku pihak sekutu pemenang perang dunia kedua. Piagam Mahkamah yang dikenal dengan nama The Charter of The International Military Tribunal at Nuremberg menjadi lampiran kelengkapan London Agreement tersebut.

Dalam pasal 6 piagam Mahkamah ditegaskan, bahwa Mahkamah dibentuk untuk mengadili dan menghukum pelaku kejahatan perang yang dilakukan selama perang dunia kedua, terutama negara Jerman yang kalah perang.

London Agreement merupakan puncak dari pertemuan di Istana St. James, London 1942 yang menghasilkan Deklarasi St. James 13 Januari 1942 dan pertemuan Moskow, 1943 yang melahirkan Deklarasi Moskow 30 Oktober 1943. Kedua pertemuan tersebut membahas keganasan perang yang dilakukan Jerman secara diluar batas-batas kemanusiaan yang beradab sehingga menimbulkan banyak korban penduduk sipil yang tidak berdosa, seperti di negara-negara yang didudukinya: Belgia, Belanda, Perancis, Yunani, Luxemburg, Norwegia, Polandia, dan Yugoslavia.

Dalam deklarasi St. James, 13 Januari 1942 ditegaskan antara lain:

- a). Kekejaman Jerman terhadap penduduk sipil melanggar Hukum Perang.
- b) Kejahatan Politik Jerman bertentangan hukum bangsa-bangsa yang beradab.
- c) Meminta pertanggungjawaban pelaku kejahatan perang.
- d) Mencari, mengadili dan menghukum pelaku kejahatan perang yang bersalah tanpa membedakan kewarganegaraan.

Dalam deklarasi Moskow, 30 Oktober 1943 dinyatakan antara lain: "Perwira Jerman dan anggota NAZI yang terlibat (menyetujui atau mengizinkan) terjadinya kekejaman dan kejahatan dalam perang akan dikirim ke negara-negara para korban untuk diadili dan dihukum berdasarkan hukum nasional korban."

Terhadap kasus-pelanggaran berat (major criminal) yang tidak jelas lokasi peristiwa dan pelaku yang harus bertanggungjawab, akan diselesaikan kedalam suatu keputusan bersama negara-negara sekutu.

Selain itu dibentuk juga Komisi Kejahatan Perang (War Crimes Commission) yang beranggotakan 17 negara dan berkedudukan di London dengan tugas menyelidiki kejahatan perang yang terjadi selama perang dunia kedua.

Dalam pasal 6 Piagam Mahkamah diatur yurisdiksi Mahkamah yang meliputi:

- a) Crimes against peace;
- b) War crimes;
- c) Crimes against humanity;

Pelaku kejahatan akan dimintakan pertanggung-jawaban secara individual di hadapan mahkamah. Berdasarkan pasal 7 Jabatan dalam pemerintahan negara para pelaku baik sebagai kepala Negara dan pemerintahan atau jabatan-jabatan lainnya tidak dapat dijadikan alasan untuk membebaskan atau meringankan hukuman para pelaku yang bersalah. Dalam pasal 8 diatur alasan perintah atasan tidak dapat membebaskan pelaku dari pertanggung-jawaban pidana tetapi kenyataan ini dapat dijadikan alasan meringankan hukuman.

Kemudian pasal 9 menyatakan mahkamah dapat menyatakan sebuah organisasi sebagai organisasi kriminal, manakala anggota-anggotanya dinyatakan bersalah melakukan kejahatan. Selanjutnya pasal 12 memungkinkan dilakukannya peradilan in absentia bila dianggap perlu oleh Mahkamah.

Mahkamah Nuremberg ini beranggotakan 4 orang hakim beserta calon penggantinya masing-masing bilamana berhalangan (dan 4 orang chief prosecutor). Mereka ditetapkan oleh negara penandatangan yaitu Inggris, Perancis, Amerika Serikat dan Uni Sovyet. Berdasarkan pasal 4 Piagam, Quarum Sidang ditentukan oleh keempat orang hakim/anggota majelis. Pimpinan sidang dipilih dari keempat anggota majelis hakim dan mempunyai suara yang menentukan bilamana terdapat suara berimbang dalam pengambilan putusan secara voting. Tetapi prinsipnya keputusan diambil berdasarkan suara terbanyak.

Berdasarkan pasal 26, Setiap putusan harus memuat alasan-alasan bersalah atau tidak bersalah terhadap terdakwa. Artinya kesalahan terdakwa harus diungkapkan dalam persidangan dan putusan. Putusan bersifat final dan tidak dapat dimohonkan peninjauan kembali.

Pasal 27 menegaskan kewenangan mahkamah menjatuhkan putusan hukuman mati atau hukuman lainnya demi keadilan. Sesuai catatan, Mahkamah Nuremberg telah menghukum 12 orang terdakwa dengan hukuman mati, 3 orang dengan hukuman penjara seumur hidup, 4 orang dengan hukuman penjara yang bervariasi lamanya dan membebaskan 3 orang yang dinyatakan tidak bersalah. Selain itu juga menyatakan 6 organisasi sebagai organisasi yang melakukan tindak kriminal dan membebaskan 2 organisasi lainnya.

Diantara pejabat pemerintahan dan organisasi (Nazi) Jerman yang telah diadili adalah: Goering, Von Ribbentrop, Keitel (Menteri Pertahanan), Rosenberg, Saukel (Menteri Perumahan), Jenderal Jodi (Ketua Gabungan Kepala Staff Jerman).

Dalam putusannya tersebut jelas sekali Mahkamah menegakkan prinsip pertanggungjawaban pidana individual terhadap para pelaku kejahatan meskipun mereka adalah pejabat pemerintahan atau negara, dengan pertimbangan utama:

"Kejahatan terhadap hukum internasional dilakukan oleh manusia, bukan oleh kesatuan-kesatuan abstrak. dan hanya dengan menghukum individu-individu yang melakukan kejahatan demikian, ketentuan-ketentuan hukum internasional dapat dijalankan."

Pilihan tempat Mahkamah bersidang adalah di Nuremberg yaitu, Benteng dari national socialism dimana pimpinan Nazi Hitler menyelenggarakan pertemuan akbar tahunan.

2. Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc Tokyo (Tribunal Tokyo)

Tribunal Tokyo dibentuk berdasarkan deklarasi Jenderal Mac Arthur selaku Panglima Tertinggi Tentara Sekutu yang menyatakan pembentukan Mahkamah Militer Internasional untuk Timur Jauh (Internasional Military Tribunal for the Far East) pada tanggal 19 Januari 1946, untuk mengadili pelaku kejahatan perang di Timur Jauh.

Kewenangan Jenderal Mac Arthur membentuk Tribunal Tokyo berdasarkan pendelegasian wewenang dari Komisi Timur Jauh yang merupakan sub komisi dari komisi kejahatan perang yang beranggotakan 17 negara dan berkedudukan di London. Sub komisi untuk Timur Jauh ini dibentuk atas permintaan China pada tahun 1944.

Selain itu pembentukan Tribunal Tokyo didasarkan pada hasil Konferensi Tingkat Tinggi negara sekutu yang juga dihadiri Presiden RRC yang menghasilkan Perjanjian Postdam 26 Mei 1945 dimana antara lain dinyatakan penyerahan Jepang tanpa syarat.

Pada dasarnya Charter Tribunal Tokyo mencontoh pada Charter Tribunal Nuremberg, terkecuali pada susunan majelis hakim dan penuntutnya. Mahkamah Tokyo terdiri dari 11 anggota majelis hakim, dan sidang sah (quorum) bilamana dihadiri 6 orang hakim. Serta hanya terdapat 1 orang Chief prosecutor. Putusan diambil berdasarkan suara terbanyak. Sesuai catatan, Mahkamah Tokyo telah menghukum 7 orang terdakwa dengan hukuman mati, 16 orang dengan hukuman penjara seumur hidup dan 2 orang dengan hukuman penjara yang lamanya bervariasi.

Salah satu pejabat negara yang telah dijatuhi hukuman adalah Jenderal Tojo (Perdana Menteri).

g. Peradilan Nasional Penjahat Perang Dunia II

Disamping pengadilan militer di Nuremberg dan Tokyo pasca Perang Dunia II, langkah penuntutan yang bersifat Nasional atas dasar Control Council Law No. 10, juga terjadi di Republik Federal Jerman, Canada, Perancis dan Israel. Australia dan Inggris juga melakukannya sekalipun hanya satu orang yang diadili.⁹⁹

Bahwa putusan kedua pengadilan pidana internasional ad hoc Nuremberg dan Tokyo tersebut di atas, setidaknya mengungkapkan beberapa fakta yang menjelaskan:

Meskipun kejahatan agresi belum dirumuskan sebagai jenis kejahatan kemanusiaan yang berat yang termasuk yurisdiksi ICC, namun pelaku kejahatan ini tetap dapat diadili melalui suatu peradilan ad hoc sebagaimana pernah dilakukan ketika mengadili dan menghukum para pelaku kejahatan agresi di masa perang dunia kedua.

Penelitian terhadap konsepsi kejahatan agresi dalam literature dan praktek penegakan hukum terhadap para pelaku kejahatan agresi di masa lalu, dapat memberikan gambaran prediktif yang objektif dan lengkap terhadap perumusan kejahatan agresi yang menjadi yurisdiksi ICC di masa datang.

Kejahatan HAM berat dalam perang dunia kedua meliputi:

- e. Crimes against peace (Kejahatan terhadap perdamaian);
- f. War crimes (Kejahatan perang);
- g. Crimes against humanity (Kejahatan terhadap kemanusiaan);
- h. Kejahatan Agresi terhisap ke dalam yurisdiksi kejahatan perang;
- i. Penerapan sistem pertanggungjawaban pidana individual terhadap pejabat negara atau pemerintahan yang terlibat.

⁹⁹ Ibid hlm.5

- j. Alasan perintah atasan tidak dapat dijadikan alasan meniadakan hukuman, tetapi dapat menjadi alasan meringankan hukuman.
- k. Penghukuman terhadap organisasi sebagai organisasi criminal yang aggotanya terbukti melakukan kejahatan.
- l. Penerapan asas Retroaktif.

h. Konvensi Pembentukan Peradilan Penjahat Perang dan Agresi

Selanjutnya diselenggarakan berbagai pertemuan internasional yang mengarah pada penegakan hukum terhadap pelaku kejahatan Ham/kemanusiaan yang terkait dengan perang dan konflik bersenjata lainnya melalui suatu peradilan tetap internasional, diantaranya:

B. Dalam Konperensi Diplomatik di Jenewa 1949, disepakati 4 Konvensi yang dikenal dengan Konvensi Jenewa 1949 yaitu :

- a) Konvensi Jenewa 1949 tentang Perbaikan Keadaan Anggota Angkatan Perang yang Luka dan Sakit di Medan Pertempuran Darat. Keputusan ini merupakan hasil peninjauan kembali dari Konvensi Jenewa tanggal 27 Juli 1929 – untuk pertolongan kepada yang luka dan sakit di medan pertempuran darat.
- b) Konvensi Jenewa 1949 tentang Perbaikan Keadaan Angkatan Perang di Laut yang Luka, Sakit dan Korban Karam.

Keputusan ini merupakan hasil peninjauan kembali Konvensi Den Haag ke-X tanggal 18 Oktober 1907 mengenai Penyesuaian Azas-Azas Konvensi Jenewa dari 1906 kepada peperangan di laut.

c) Konvensi Jenewa 1949 tentang Perlakuan Terhadap Tawanan Perang. Keputusan ini merupakan hasil peninjauan kembali Konvensi Jenewa tanggal 27 Juli 1929 mengenai Perlakuan Tawanan Perang.

d) Konvensi Jenewa 1949 tentang Perlindungan Orang-orang Sipil di Waktu Perang.

Keputusan ini merupakan suatu konvensi yang baru bagi orang-orang sipil yang memerlukan perlindungan di waktu perang mengingat suatu kenyataan justru orang-orang sipil yang lebih banyak menjadi korban perang dan konflik bersenjata lainnya.

Selanjutnya Konvensi Jenewa 1949 dilengkapi dengan Protokol Tambahan I dan II Tahun 1977.

C. Pembentukan peradilan adhoc untuk mengadili pelaku kejahatan kemanusiaan dalam situasi perang atau konflik bersenjata, beserta komisi penuntutnya, yaitu:

a) the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) di Den Haag; dan the Commission of Expert Established Pursuant to Security Council Resolution 780, yang menginvestigasi pelanggaran hukum humaniter di bekas negara Yugoslavia;

- b) the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) di Arusha, dan the Independent Commission of Experts Established in Accordance With Security Council Resolution 935, The Rwanda Commission, yang menginvestigasi pelanggaran yang dilakukan selama perang saudara (Civil War) di Rwanda.

5. Persetujuan Statuta Roma 1998.

a. Pembentukan Peradilan Pidana Internasional – ICC

Konferensi Roma 1998 atau UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court yang diselenggarakan di Roma pada tanggal 15 Juni – 17 Juli 1998 telah diputuskan dan ditandatangani statuta pembentukan Pengadilan Pidana Internasional yang tetap kemudian dikenal dengan **The Rome Statute of International Criminal Court, UN. Doc. A / Conf. 183/9 (July 17, 1998).**

b. Yurisdiksi Kriminal ICC

Pengadilan Pidana Internasional ini merupakan pengadilan komplementari atau pelengkap peradilan dan hukum (pidana) nasional negara-negara untuk mengadili pelaku kejahatan kemanusiaan yang menjadi yurisdiksi ICC, yaitu:

1. The Crime of Genocide
2. Crime Against Humanity
3. War Crimes
4. The Crimes of Aggression

Sebagai pengadilan komplementari, ICC wajib melaksanakan penegakan hukum terhadap kejahatan kemanusiaan manakala pengadilan pidana nasional suatu negara sungguh-sungguh (*genuinely*) tidak berkemauan (*unwillingness*) sesuai pasal 17 (2) atau tidak berkemampuan (*inability*) sesuai pasal 17 (3) statuta untuk melaksanakan yurisdiksi pidananya terhadap para pelaku kejahatan kemanusiaan yang diatur dalam pasal 5 statuta Roma 1998.

Sebagaimana disyaratkan pasal 126 Statuta, sejak mendapat ratifikasi 60 negara pada tanggal 11 April 2002, Statuta ICC ini mulai berlaku sah, sehingga menjadi kewajiban internasional bagi ICC dan negara – negara termasuk Indonesia untuk melakukan penegakan hukum terhadap pelaku kejahatan kemanusiaan.

Namun demikian, pelaksanaan kewajiban internasional tersebut dapat mengalami kendala serius dengan belum dirumuskannya kejahatan Agresi (*The Crime of Aggression*) sebagai kejahatan yang termasuk yurisdiksi ICC, apalagi telah lewat waktu 7 (tujuh) tahun sebagai masa tunggu diberlakukannya yurisdiksi kejahatan agresi tersebut sesuai yang maksud pasal 5 ayat 2. Sedang 3 (tiga) jenis kejahatan kemanusiaan lainnya telah dirumuskan sejak semula dalam pasal 6, 7, dan 8 Statuta Roma 1998. Kalau dapat diadili, siapa yang dapat mengadilinya dan apa dasar hukum mengadilinya?, Bagaimana rumusan kejahatan agresi dalam literature dan praktek penegakan hukumnya? Jawaban atas pertanyaan diatas akan membantu penegakan hukum terhadap kejahatan agresi sebagai salah satu jenis kejahatan kemanusiaan yang berat, sekaligus sebagai sumbang saran bagi ICC merumuskan kejahatan agresi yang menjadi yurisdiksinya. Kendala penegakan hukumnya, antara lain dapatkah mengadili suatu perbuatan sebelum dirumuskan sebagai suatu kejahatan,

atau bagaimana terobosan hukum yang dapat dilakukan untuk mengadili suatu kejahatan yang belum ada rumusan deliknya? Apalagi pasal 9 statuta menjelaskan, bahwa penafsiran terhadap ketiga kejahatan yang telah mendapat rumusan deliknya dalam pasal 6, 7, dan 8 dilakukan sesuai dengan unsure-unsur kejahatan (elements of crimes) pasal 6.7. dan 8. Sehingga mau tak mau terlebih dahulu perlu dilakukan perumusan delik agresi dan unsure-unsur kejahatan agresi, agar penegakan hukum terhadap kejahatan Agresi dapat dilaksanakan.

6. Pengesahan UU RI No.26 Tahun 2000

a. Pembentukan Peradilan HAM RI

Meskipun Negara Indonesia bukan peserta dalam Konvensi PBB yang memutuskan Statuta Roma 1998, akan tetapi hanya dalam kurun waktu 2 (dua) tahun Indonesia telah mengantisipasinya dengan mengesahkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Berdasarkan UU inilah dibentuk Pengadilan HAM RI.

Pengadilan HAM RI dibentuk dengan berbagai pertimbangan, antara lain:

- a) untuk melindungi, menghormati mempertahankan hak asasi manusia sebagai hak dasar yang universal dan langgeng secara kodrati melekat pada diri manusia, oleh karena itu tidak dapat diabaikan, dikurangi, atau dirampas oleh siapapun.

- b) hak asasi manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.
- c) sebagai perwujudan Negara Indonesia ikut serta memelihara perdamaian dunia dan menjamin pelaksanaan, perlindungan, kepastian hukum, keadilan dan perasaan aman kepada setiap orang-perorangan dan masyarakat akan hak asasinya,
- d) sebagai perwujudan tanggungjawab bangsa Indonesia sebagai anggota Perserikatan Bangsa Bangsa.
- e) pelanggaran hak asasi yang berat merupakan “extra ordinary 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 serta menimbulkan kerugian baik materil maupun immaterial yang mengakibatkan perasaan tidak aman baik terhadap perseorangan maupun masyarakat, sehingga perlu segera dipulihkan dalam mewujudkan supremasi hukum untuk mencapai kedamaian, ketertiban, ketentraman, keadilan, dan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat Indonesia.
- f) penegakan hukum melalui peradilan HAM ini dilakukan terhadap hak asasi manusia yang tercantum dalam:
 - c. Undang-Undang Dasar 1945,
 - d. Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia,

- e. Ketetapan MPR-RI No.XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia,
- f. Undang-Undang No.39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.
- g) Penegakan hukum ini dilaksanakan sesuai dengan falsafah yang terkandung dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 dan asas-asas hukum internasional.
- h) merupakan pengadilan khusus bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Kekhususannya ini nampak dalam upaya penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaannya,
- i) Secara Ad Hoc memeriksa dan mengadili pelanggaran hak asasi manusia yang berat dimasa lalu sebelum diundangkannya UU No.26 Tahun 2000,
- j) Secara Ad Hoc menerapkan asas retroaktif secara terbatas hanya terhadap kejahatan kemanusiaan yang berat,
- k) Pengadilan HAM ad hoc dibentuk sesuai kebutuhan berdasarkan Keputusan Presiden atas usul DPR RI untuk mengadili pelanggaran HAM berat dimasa lalu tersebut,
- l) penggunaan asas retroaktif dengan undang-undang ini dimungkinkan oleh Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan:
“Dalam menjalankan hak dan kebebasan setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.

m) tidak boleh bertentangan dengan falsafah Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 serta keutuhan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

b. Yurisdiksi Kriminal Peradilan HAM RI.

Walaupun UU RI No.26 Tahun 2000 ditegaskan pelbagai pertimbangan perlunya dilakukan penegakan hukum terhadap kejahatan HAM dalam arti yang seluas-luasnya, namun Undang-undang ini pula mempersempit yurisdiksi criminal pengadilan HAM RI yang hanya meliputi kejahatan genocida dan kejahtan terhadap kemanusiaan sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 4 jo. Pasal 7 UU No.26 Tahun 2000. Kemudian dalam bagian penjelasan pasal 7 ditegaskan, Kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam ketentuan ini sesuai dengan "Rome Statute of The International Criminal Court" (pasal 6 dan Pasal 7).

Pada pasal 4 ditegaskan jenis kejahatan yang menjadi yurisdiksi pokok perkara:

Pasal 4

Pengadilan HAM bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Selanjutnya dalam Pasal 8 dirumuskan delik kejahatan Genosida sebagai berikut:

Pasal 8

Kejahatan genosida sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf a adalah setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan cara:

a. membunuh anggota kelompok;

- b. mengakibatkan penderitaan fisik dan mental yang berat terhadap anggota-anggota kelompok;*
- c. menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik baik seluruh atau sebagiannya;*
- d. memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok; atau*
- e. memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain.*

Sedang rumusan delik kejahatan HAM berupa kejahatan terhadap kemanusiaan diuraikan dalam Pasal 9 UU No.26 Tahun 2000, sebagai berikut:

Pasal 9

Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa:

- a. pembunuhan;*
- b. pemusnahan;*
- c. perbudakan;*
- d. pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa;*
- e. perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok hukum internasional;*
- f. penyiksaan;*

- g. pemerkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara;*
- h. penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional;*
- i. penghilangan orang secara paksa; atau*
- j. kejahatan apartheid;*

Begitu juga walaupun mengacuh pada yurisdiksi criminal dalam Statuta Roma, namun yurisdiksi criminal UU RI No.26 Tahun 2000 lebih sempit atau terbatas hanya pada kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana diatur dalam Pasal 6 dan Pasal 7 Statuta Roma 1998. Sedang jenis kejahatan HAM yang lainnya, yaitu kejahatan Perang dan Kejahatan Agresi sebagaimana diatur dalam Pasal 5 jo. Pasal 5 ayat 2 jo. Pasal 8 Statuta Roma 1998 tidak diatur dalam UU RI No.26 Tahun 2000.

BAB IV

KESIMPULAN DAN SARAN

Berdasarkan keseluruhan pembahasan tersebut di atas, pada Bab penutup ini dapat ditarik beberapa kesimpulan dan saran-saran, sebagai berikut:

A. Kesimpulan:

1. Kejahatan Agresi yang belum dirumuskan definisi kejahatannya dapat diadili pada Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc dan Pengadilan HAM Indonesia Ad Hoc yang dibentuk dengan cara:
 - a. Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa mengusulkan kepada Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa untuk menerbitkan Resolusi Dewan Keamanan PBB yang membentuk Pengadilan Pidana Internasional Ad Hoc untuk memeriksa dan mengadili Pelaku Kejahatan Agresi tertentu yang direkomendasikan Sekjen PBB.
Dewan Keamanan PBB dapat berinisiatif sendiri menerbitkan Resolusi DK PBB membentuk Pengadilan Ad Hoc tersebut
 - b. Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan kepada Presiden RI untuk menerbitkan Keputusan Presiden RI tentang Pembentukan Pengadilan HAM Ad Hoc yang mengadili Kejahatan Agresi tertentu yang direkomendasikan DPR RI.
Presiden RI dapat berinisiatif sendiri menerbitkan Keppres membentuk Pengadilan Ad Hoc tersebut.
Pengadilan Ad Hoc tersebut mengadili kasus per kasus (case by case) artinya mengadili perkara kejahatan agresi tertentu yang disebutkan secara tegas dalam surat keputusan (Resolusi atau Keppres RI) pembentukannya.

2. Pokok-pokok Sistem Peradilan Pidana Internasional-ICC dapat diterapkan dalam sistem peradilan pidana Indonesia yang mengadili kejahatan HAM termasuk kejahatan Agresi, terutama penerapan hukum acara dan pengambilan keputusan melalui metode penemuan hukum: Penafsiran dan konstruksi hukum yang sah dalam keadaan kekosongan hukum.
3. Pelaku Kejahatan Perang dan Kejahatan Agresi dapat dituntut pertanggungjawaban pidana di Indonesia, meskipun yurisdiksi Pengadilan HAM Indonesia hanya meliputi kejahatan Genosida dan Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat. Penuntutan pidana ini dapat dilakukan melalui pengadilan Pidana HAM RI Ad Hoc.

B. Saran

1. Sebaiknya Indonesia meratifikasi Statuta Roma 1998, lalu melakukan penyesuaian ketentuan-ketentuan Statuta Roma 1998 kedalam perundang-undangan nasional Indonesia, sehingga Indonesia dapat melaksanakan kewajiban internasionalnya menegakan hukum terhadap kejahatan HAM di Indonesia secara efektif.
2. Sebaiknya Indonesia memelopori perumusan definisi kejahatan agresi sebagai bentuk kemauan dan kesungguhan Indonesia melaksanakan penegakan hukum terhadap kejahatan HAM secara efektif, sehingga dapat mendorong negara-negara lain serta ICC melaksanakan kewajiban internasionalnya merumuskan definisi yang sama.

DAFTAR PUSTAKA

- Aderman Ellen & Caroline Kennedy. *In Our Defense : The Bill of Rights in Action*. New York : William Morrow and Company, Inc. 1991.
- Albert B, Sayes & John, Allums. *Principles of American Government*. Tenth Edition. New Jersey: Prentice – Hall, A Division of Simon & Schuster, Inc. 1986.
- Ali, Achmad. *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan sosiologis)*. PT.Toko Gunung Agung Tbk. Jakarta 2002
- Ali Sastroamidjojo. *Pengantar Hukum Internasional*. Penerbit: Bharata, 1971, Jakarta.
- Aminuddin Ilmar, INDEPENDENSI DAN AKUNTABILITAS KEKUASAN KEHAKIMAN SETELAH AMENDEMENT UNDANG-NDANG DASAR 1945. Kumpulan Makalah Seminar Pengkajian Hukum Nasional 2008 (SPHN 2008) . Komisi Hukum Nasional RI,2008.
- Andi Hamzah. *Delik Delik Tersebar Diluar KUHP dengan Komentar*. 1995. Penerbit :PT.Pradnya Paramita, Jakarta
- Bagir Manan, *Peranan Mahkamah Agung Dalam Menegakkan Supremasi Hukum*. Pidato Dies Natalis FH-USU.Medan,12 Januari 2002.
- Bowett. D.W. *Hukum Organisasi Internasional*. Penerbit : Sinar Grafika, Jakarta, 1991.
- Brierly. JL. *Hukum Bangsa-Bangsa Sebuah Pengantar Hukum Internasional*. Penerbit: Bharata, Jakarta, 1996.
- Dimiyati Hartono. *Hukum Laut Internasional*. Bharata Karya Aksara. Jakarta. 1977.

- Ellen Aldermen & Caroline Kennedy. *In Our Defense The Bill of Rights In Action. Makna dan Tantangan Bill of Rights Amerika*. Terj. Lia Yuliawati, Percetakan Angkasa Bandung, 1998.
- Ellsberg, Daniel. *Papers on The War*. New York : Simon and Schuster Edition Published, March 1973.
- George P. Fletcher. *Basic Concepts of Legal Thought*. Published by Oxford University Press,inc New York, 1996.
- H.A.K. Pringgodigdo, *Tiga Undang-Undang Dasar*, PT.Pembangunan, Jakarta, 1981
- Harold J. Bergman. *Talks on American Law*. New York:Wintage Books,1971. Diterjemahkan oleh George Churchill dalam Ceramah-Ceramah Tentang Hukum Amerika Serikat.Penerbit Tatanusa,Jakarta,1995.
- Hartono, Sunaryati, *Bahan Ceramah (Pekan Ceramah)*, Fakultas Hukum UNPAD, Juli-Agustus 1986.
- Haryomataram, GPH. *Hukum Humaniter*. Penerbit : CV. Rajawali, Jakarta, 1984.
- Harun Hadiwijono, *Sari Sejarah Filsafat Barat I* , Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1980.
- Husein Achmad, *Sejarah ketatanegaraan (Hukum Tatanegara) Indonesia*, Lembaga Penerbitan UNHAS,Ujung Pandang,1981
- Jacques Godechot. *Revolusi Di Dunia Barat (1770 – 1799)*. Penerbit Gadjah Mada University Press,1989.
- James Barros .*PBB Dulu, Kini dan Esok*. Alih Bahasa D.H.Gulo. Penerbit: Bumi Aksara,

James MacGregor Burns, J.W.Peltason, Thomas E.Cronin & David B.Magleby. *Government By The People*. New Jersey: Prentice-Hall, Inc.A Simon & Schuster Company.1994.

Kusumaatmadja Mochtar, *Konvensi Genewa 1949 Mengenai Perlindungan Korban Perang*, Cetakan II, 1968, Bina Cipta Bandung.

Lawrence M. Fredman. *Hukum Amerika Sebuah Pengantar*. Penerbit : PT. Tatanusa, Jakarta, 2001.

Lili Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat Hukum*. Cetakan kedua, Bandung :PT Alumni,1985

Marthen Napang. *Peradilan HAM Internasional Indonesia*. Yusticia Press, Makassar. 2005.

Mardjono Reksodipoetra. *Sistim Peradilan Pidana Indonesia (Melihat Kepada Kejahatan dan Penegakan Hukum dalam batas-batas toleransi)*; Pidato Pengukuhan Penerimaan Guru Besar tetap dalam ilmu hukum pada FH-UI 1993:1, dikutip dari Romli Atmasasmita, *Sistim Peradilan Pidana*,

Max J. Skiedmore & Marshall Carter Tripp. *American Government A Brief Introduction*. St. Martin's Press, New York. 1989.

Michael H. Hart, *100 Tokoh Paling Berpengaruh Sepanjang Masa*. Kharisma Publishing Group.

Moh. Nasir, *Metode Penelitian*. Penerbit: Ghalia Indonesia,1988

Montesquieu, *The Spirit Of Law*. Nusamedia, Bandung, 2007.

Muladi, *Relevansi ICC Dalam Kaitannya Dengan Pengadilan HAM di Indonesia*, Kumpulan Makalah, Jakarta 2001.

_____ *International Criminal Court Sebagai Karya Agung Antar Bangsa*, Ceramah FH-UNDIP Semarang 2002.

_____ *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*. Badan Penerbit Undip, Semarang 2002.

Nussbaum, Arthur. *Sejarah Hukum Internasional*. Saduran Sam Suhaedi Admawiria. Penerbit Binatjipta, Bandung, 1970.

Oebit Sabi T. *Beberapa Aspek Kejahatan Perang Dan Bagaimana Mengadilinya*. Panitia Tetap Penerapan dan Penelitian Hukum Humaniter. Departemen Kehakiman, Jakarta.

Oppenheim Lauterpacht. *International Law*, Vol. I Eight Edition, London Stevens & Sons, 1970.

_____, Vol. II. *War and Neutrality*, Seventh Edition Longman

Peter Baehr, Pieter Van Dijk, Adnan Buyung Nasution dan Leo Zwaak. *Instrumen Internasional Pokok Hak Hak Asasi Manusia*. Penerbit: Yayasan Obor Indonesia, 2001, Jakarta,

Phillipa Strum. *Peran Peradilan Independen*. Office of International Information Program. U.S. Department of State. [HTTP//USINFO.STATE.GOV](http://USINFO.STATE.GOV): *Demokrasi*.

Romli Atmasasmita. *Sistem Peradilan Pidana Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*. Penerbit Putra Bardin, Cetakan Kedua, 1996.

_____, *Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia & Penegakan Hukum*, Penerbit Mandar Maju, Bandung, Cetakan I, 2001.

_____ *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Cetakan Revisi 2000, Penerbit Refika Aditama Bandung

_____ *Kapita Selekta Hukum Pidana Internasional*, Jilid ke-2, CV. Utomo, Bandung, 2004.

- _____ *Hukum Pidana Internasional Dalam Kerangka Perdamaian dan Keamanan Internasional*. PT. Fikahati Aneska, Jakarta, 2010
- Rukmana Amanwinata, *Hukum Tata Negara Arti dan Ruang Lingkup*, Jakarta 2005
- Schuman. *International Law*. Sixten Edition. McGraw-Hill Book Company, INC. New York-Toronto- London, 1958.
- Seno Adji, Indriyanto, *Arah Sistem Peradilan Pidana*, Edisi Khusus untuk Program Magister Hukum Unpad, 2002.
- _____ *Catatan Tentang Pengadilan HAM dan Masalahnya*. Talk Show : IKA Unair 6 Mei 2000.
- Starke, J.G., *Pengantar Hukum Internasional*, Edisi Kesepuluh, Sinar Grafika, Jakarta, 1989.
- Starke, J.G. *Pengantar Hukum Internasional*. Penerbit Justitia Study Group Bandung, 1986
- Soedjono Dirdjosisworo, *Pengadilan Hak Hak asasi Manusia Indonesia 2002*. Penerbit : PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Thomas M. Franck. *Recourse to Force State Action Against Threats and Armed Attacks*. Cambridge University Press 2004.
- Tom Ruys. *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter*. First Edition. Cambridge University. 2010.
- Yoram Dinstein. *Arggression War and Self Defence*. Third Edition. Cambridge University Press. 2004.
- Yudha Bakti, Ardhiwisastra, *Hukum Internasional Suatu Bunga Rampai*, Penerbit Alumni Bandung, 2000.
- _____ *Imunitas Kedaulatan Negara di Forum Pengadilan Asing*, Penerbit Alumni Bandung, 1999.

Wiryo Prodjodikoro. *Azas-azas Ilmu Negara dan Politik*. PT. Eresco, Bandung Jakarta 1971.

Van Apeldoorn, L.J., *Pengantar Ilmu Hukum*. Cetakan ketigapuluhdua, PT Pradnya Paramita, Jakarta, 2008

Encyclopedia Americana, Vol.28, Americana Corporation, USA, 1978,

Rome Statuta of International Criminal Court 1998.

Konvensi-Konvensi Genewa 1949

Buku Pedoman : *Penghormatan Terhadap Hukum Humaniter Internasional*. Diterbitkan oleh International Committee Cross (ICRC), 1999.

Newsletter, Komisi Hukum Nasional. Edisi Pebruari 2002

Majalah Hukum dan Pembangunan. No.4 Tahun ke XXII Juli 1982,

Garis Besar Pemerintahan Amerika Serikat, Office of International Information Program United State Department of State. .

Departemen Luar Negeri Amerika Serikat. Garis Bersar Sejarah Amerika.2004.



Riwayat Penulis

Marthen Napang: lahir di Makassar, 12 Maret 1957, Alumni Fakultas Hukum UNHAS 1984 Jurusan Hukum Internasional dengan skripsi: “*Penyelesaian Sengketa Falkland/Malvinas Dalam Hukum Internasional*”. Lawyer dan aktif mengajar kelompok Mata Kuliah Hukum Internasional di Fakultas Hukum UNHAS tahun 1985 –

1999. Pada awal tahun 2000 hijrah ke Jakarta melanjutkan studi dan menyelesaikannya pada:

- a. Program Ilmu Hukum Pascasarjana UNPAD Wisuda 30 Mei 2003 dengan tesis (lulus Cum Laude): “*Prediksi Penerapan Yurisdiksi Peradilan Pidana Internasional ke Dalam Yurisdiksi Peradilan Pidana Indonesia Dalam Mengadili Kejahatan Internasional Menurut Statuta Roma 1998*”.
- b. Program Kajian Wilayah Amerika Pascasarjana Universitas Indonesia Wisuda 7 Februari 2004 dengan tesis: “*Al Gore Vs. George W. Bush Dalam Pemilihan Presiden Amerika 2000: Persengketaan Hasil Pemilihan di Florida*”.
- c. Program Doktor (S3) Ilmu Hukum Pascasarjana UNPAD, 2005.
- d. Program Doktor (S3) Ilmu Hukum Pidana (Internasional) Pascasarjana UMI, 2012.

Selain itu, mengikuti berbagai penataran dan konvensi nasional diantaranya:

- Penataran Hukum Humaniter dan HAM Depkeh, 1989
- Penataran Hukum Humaniter dan HAM di Manado 1999 oleh ICRC (International Committee of the Red Cross) – UNSRAT, di Surabaya 2001 oleh ICRC – UNAIR dan di Makassar 2002 oleh ICRC – UNHAS.
- Konvensi Nasional dan Seminar Nasional Asosiasi Studi Amerika – Indonesia, 1993, 1994 & 2000.
- Seminar Nasional (ICMI, PIKI, FCHI, KCBI) Pengembangan SDM, 1992.
- Seminar Nasional Wawasan Nusantara, 1990 & Bangun Bangsa Indonesia, 1992.
- Seminar Regional Antar Cendekiawan Beragama, 1992.
- Seminar Otonomi Daerah, 1999.
- Pelatihan Pengacara Konstitusi oleh Asosiasi Advokat Indonesia, 2003.

Selama studi aktif di organisasi intra & ekstra kurikuler, seperti pernah terpilih menjadi Ketua Badan Perwakilan Mahasiswa Fakultas Hukum UNHAS (BPM FHUH) 1982/1983, Wakil Ketua DPD II KNPI KMUP 1987/1992; Dewan Penasihat (Wanhat) DPD II KNPI KMUP 1986/1991 dan Dewan Penasihat (Wanhat) DPD AMPI Sulsel 1993/1997. Pemimpin Redaktur Bulletin/Majalah: “Moment”, “Presensia”, “Senior”, serta mengasuh klinik hukum pada Radio Christy di Makassar.

Mendapat Piagam Penghargaan dari Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional RI, 1995 dan dianugrahi penghargaan “The Best Executive 2004” oleh Yayasan Andhika Jakarta.

Pendiri Pusat Bantuan Hukum Yusticia, Counsellor pada Kantor Hukum Amanah YPK- PLN dan Lembaga Hukum Ammanagappa di Jakarta.