

Modul 11

Hukum Hak Asasi Manusia

(KUM302)

PELANGGARAN HAM BERAT DAN PERTANGGUNG JAWABAN NEGARA

Disusun Oleh

Maulana, SH.,MH

**PELANGGARAN HAM BERAT DAN PERTANGGUNG JAWABAN NEGARA**

1. No. 26 tahun 2000 mengatur beberapa ketentuan penting; pertama tentang yurisdiksi pengadilan HAM yaitu pelanggaran HAM yang berat mencakup 1) kejahatan genosida, dan 2) Kejahatan Terhadap Kemanusiaan. Kedua, mengatur tentang pertanggung jawaban komandan dan pertanggungjawaban polisi atau atasan sipil lainnya. Namun, UU tersebut juga tidak memberikan suatu penjelsan yang memadai tentang unsur-unsurnya untuk kebutuhan pemeriksaan di Pengadilan.

Akibatnya, selama proses pengadilan HAM berjalan, hakim mendasarkan pada berbagai yurisprudensi pengadilan internasional, doktrin dan teori-teori hukum pidana, yang memunculkan berbagai penafsiran dalam keputusan majelis hakim. Berdasarkan pada kesulitan penerapan di Pengadilan, Mahkamah Agung kemudian membuat Pedoman Unsur-Unsur Pelanggaran HAM Yang Berat dan Kejahatan Komando. Pedoman ini diharapkan menjadi rujukan penting untuk melengkapi UU No. 26 Tahun 2000.

**a. Pelanggaran HAM Yang Berat**

Istilah pelanggaran HAM yang berat sering diterjemahkan atau merupakan istilah yang sama dengan *gross violation of human* *rights*. Istilah pelanggaran HAM yang berat mulai menjadi istilah hukum Indonesia yakni dalam UU No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia, Perpu No. 1 tahun 1999 tentang Pengadilan HAM dan kemudian UU No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM, dimana masing-masing pengetian tentang pelanggaran HAM yang berat mempunyai pendefinisian yang berbeda.[[1]](#footnote-1)

Pada awalnya konsep atau definisi tentang pelanggaran hak asasi manusia dalam kategori berat muncul pada saat terbitnya Perpu No. 1 Tahun 1999. UU No. 39 Tahun 1999 juga mendefinisikan konsep pelanggaran HAM yang berat dalam pasal 104. Dari dua pengertian pelanggaran HAM yang berat tersebut, yang sebetulnya merupakan definisi yang cukup menguntungkan dan seharusnya menjadi rujukan bagi rumusan pelanggaran HAM yang berat yang digunakan untuk pengadilan hak asasi manusia. Rumusan pelanggaran ham yang berat dalam Perpu 1 /1999 dianggap menguntungkan karena dari segi penyelidikan, penyidikan dan penuntutan dimana kejahatan yang dilakukan tidak harus mengandung elemen-elemen seperti sistematik atau meluas seperti yang disyaratkan dalam kategori kejahatan terhadap kemanusiasn sepanjang kejahatan tersebut termasuk dalam pelanggaran ham yang barat dan/atau merupakan pelanggaran terhadap *ius cogen*. Sedangkan rumusan berdasarkan UU No. 39/1999 telah mencakup rumusan yang luas dan terperinci.

Draft RUU Tentang Pengadilan HAM yang diajukan oleh pemerintah terutama dalam mendefinisikan tentang pelanggaran HAM yang berat mengadopsi rumusan dalam Statuta Roma 1998 dengan hanya mengambil dua bagian kejahatan yakni kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genosida. Pada akhirnya rumusan atas pelanggaran HAM yang berat sesuai dengan UU No. 26 Tahun 2000 adalah kejahatan terhadap kemanusiaan dan Kejahatan Genosida.42 Namun untuk rumusan kejahatan terhadap kemanusiaan tidak mencantumkan ketentuan dalam huruf k dalam Statuta Roma tentang perbuatan tak manusiawi lain dengan sifat sama yang secara sengaja menyebabkan penderitaan berat, atau luka serius terhadap badan atau mental atau kesehatan fisik.43 Rumusan tentang pelanggaran HAM yang berat dalam UU No. 26 Tahun 2000 ini malah mempersempit jenis kejahatan sebagaimana diatur dalam UU No. 39/1999 dan juga menimbulkan kesulitan penafsiran akibat kesalahan penerjemahan.[[2]](#footnote-2)

Pandangan tentang pendefinisian atas pelanggaran ham yang berat dalam UU No. 26/2000 hanya membatasi pada dua kejahatan yaitu kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genosida tidak memadai.45 Argumen atas tidak memadai pendefinisian pelanggaran HAM yang berat ini adalah adanya pembatasan pelanggaran HAM yang berat yang hanya mencakup dua kejahatan yang telah diakui oleh masyarakat internasional sebagai kejahatan yang serius *(the worst of crimes*) dan mentransformasi konsep pelanggaran HAM yang berat sekadar pada tindak pidana internasional. Penyimpulan ini lebih jauh ingin menegaskan bahwa pelanggaran HAM yang berat (*gross violation of human rights*) bukan hanya kejahatan yang didefiniskan dalam tindak pidana dalam hukum internasional tetapi lebih dari definisi tersebut.

Secara teoritis memang sampai saat ini tidak ada definisi baku tentang apa yang dimaksud dengan *gross violation of human* *rights* dalam hukum internasional hak asasi manusia. Definisi tentang apa yang dimaksud dengan *gross violation of human rights* dapat dilihat dari definisi yang dikemukakan oleh Theo Van Boven dan *Restatement* (ketiga) Undang-undang HubunganLuar Negeri Amerika Serikat.46 Dari konteks ini sebetulnya ada kerancuan konsep antara pelanggaran HAM yang berat dengan kejahatan yang termasuk dalam kejahatan internasional yang mencampuradukkan antara teori *human rights* dengan *international crimes*. Pelanggaran HAM yang berat adalah istilah dalam teori *human rights* yang dalam dataran praktisnyaselalu mengalami proses kriminalisasi.

Pasal 4 UU No. 26/2000 menyatakan bahwa pengadilan HAM mempunyai kewenangan untuk mengadili dan memeriksa kasus pelanggaran HAM yang berat. Secara limitatif UU No. 26 tahun 2000 mengatur dua jenis kejahatan yang dikategorikan sebagai pelanggaran HAM berat, yaitu kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan (Pasal 7).

1. ini tidak menjelaskan secara jelas dan lengkap mengenai pengertian kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan tersebut. Akibatnya pengadilan kesulitan untuk memahami pengertian dua jenis kejahatan tersebut. Penjelasan pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 hanya menyatakan bahwa kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam ketentuan ini sesuai dengan “ Rome Statute of The International Criminal Court”, terutama pasal 6 dan 7.

**a.1. Kejahatan Genosida[[3]](#footnote-3)**

Undang-Undang No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, memasukan genosida sebagai salah satu kejahatan yang termasuk ke dalam yurisdiksinya. Kejahatan Genosida ini diadopsi dari ketentuan Pasal 6 Statuta Roma. Kejahatan Genosida sebagaimana terdapat dalam UU No. 26 tahun 2000 diatur dalam Pasal 7 huruf a Jo Pasal 8 UU No. 26 tahun 2000.

Pengertian kejahatan genosida yang dimaksud UU ini adalah adalah setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan cara:

1. membunuh anggota kelompok;
2. mengakibatkan penderitaan fisik atau mental yang berat terhadap anggota-anggota kelompok;
3. menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik baik seluruh atau sebagiannya;
4. memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok; atau

e. memindahkan secara paksa anak-anak dan kelompok tertentu ke kelompok lain.

Tidak ada penjelasan lebih lanjut terhadap setiap unsur yang terdapat dalam Pasal 8. Penjelasan hanya diberikan terhadap Pasal 8 huruf a, dimana dalam penjelasan tersebut dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan “anggota kelompok” adalah seorang atau lebih anggota kelompok. Selain terhadap Pasal 8 huruf a, UU ini tidak memberikan penjelasan secara rinci dan lengkap mengenai pengertian setiap unsur yang terdapat dalam Pasal 8. Akibatnya, selain pengertian yang tertera dalam bunyi UU, tidak dapat diketahui lagi pengertian yang lain yang sebenarnya dapat memperjelas pemahaman dari setiap unsur yang terdapat dalam pasal 8 tersebut48.

Sampai dengan dibentuknya tiga pengadilan HAM, belum pernah terdapat dakwaan tentang kejahatan genosida ini sehingga penerapan atas ketentuan mengenai kejahatan genosida ini juga belum diketahui. Namun demikian, dalam hukum internasional kejahatan genoside merupakan kejahatan yang telah dikenal sejak lama terlebih setelah adanya Konvensi Genosida tahun 1948. Dalam Konvensi Genosida tahun 1948 tentang Pencegahan dan Penghukuman bagi kejahatan genosida, dijelaskan bahwa genosida adalah “tindakan yang dilakukan untuk menghancurkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, etnis, ras dan agama”. Tindakan itu mencakup antara lain pembunuhan; mengakibatkan penderitaan serius terhadap jiwa dan mental; sengaja menciptakan kondisi kehidupan yang bertujuan untuk melakukan kemusnahan secara fisik baik sebagian maupun seluruhnya. Konvensi ini tidak hanya melarang kejahatan genosida, namun juga melarang segala bentuk tindakan yang “mengarahkan dan menghasut publik untuk melakukan genosida”. Sebelumnya, Mahkamah Kejahatan Perang di Nuremberg 1945 telah mengatur bentuk kejahatan ini dalam Statutanya. Walaupun tidak digunakan istilah genosida namun kejahatan ini masuk dalam definisi Kejahatan terhadap Kemanusiaan.

Pada saat terjadi kejahatan genosida di Rwanda, terbukti telah terjadi penghasutan untuk melakukan kejahatan tersebut melalui siaran radio oleh suku Hutu. Apa yang telah mereka lakukan, baik mempersiapkan ladang pembunuhan, hingga mengajak para pendengar radio untuk terus membunuh suku Tutsi adalah tindakan yang tentu saja sangat bertentangan dengan hukum internasional. Hampir semua korban adalah penduduk sipil yang berdasarkan hukum humaniter “orang-orang yang tidak ikut serta secara aktif dalam permusuhan (penduduk sipil) harus diperlakukan manusiawi tanpa membedakan ras, suku, agama, jenis kelamin, atau status ekonomi dalam segala keadaan”.

Dalam perkembangannya, setelah *International Criminal Tribunal for Rwanda*49 banyak melakukan penuntutan terhadap para penjahat perangnya di Rwanda atas kejahatan genosida, dan pada tahun 1998 Statuta Roma mencantumkan kejahatan ini sebagai salah satu jurisdiksi *International Criminal Court (ICC).* Pasal 6 Statuta Roma dinyatakan bahwa “genosida” berarti setiap perbuatan berikut ini yang dilakukan dengan tujuan untuk menghancurkan, seluruhnya atau untuk sebagian, suatu kelompok nasional, etnis, ras atau keagamaan, seperti misalnya:

1. Membunuh anggota kelompok tersebut;
2. Menimbulkan luka fisik atau mental yang serius terhadap para anggota kelompok tersebut;
3. Secara sengaja menimbulkan kondisi kehidupan atas kelompok tersebut yang diperhitungkan akan menyebabkan kehancuran fisik secara keseluruhan atau untuk sebagian;
4. Memaksakan tindakan-tindakan yang dimaksud untuk mencegah kelahiran dalam kelompok tersebut;
5. Memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok itu kepada kelompok

**Beberapa pengertian penting, merujuk pada Pedoman Mahkamah Agung :**

* Pengertian “dengan maksud” : esensi dari definisi ini adalah gambaran tentang perlunya maksud yang spesifik. Pelaku harus memiliki maksud untuk melakukan pemusnahan, sebagian atau seluruhnya, salah satu dari keempat kelompok yang dilindungi.
* Pengertian “seluruhnya atau sebagia” : bahwa pelaku tidak perlu bermaksud untuk menghancurkan seluruh anggota kelompok tetapi cukup sebagian intinya saja.
* Pengertian “kelompok yang dilindungi” : ada empat kelompok yang memiliki peluang untuk dijadikan sebagai sasaran dari kejahatan genosida. Kelompok tersebut adalah yang didasari oleh oleh kebangsaan, etnisitas, ras dan agama.

**a.2. Kejahatan Terhadap Kemanusiaan**

Rumusan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*)50 terdapat dalam pasal 9 UU No 26 tahun 2000 yang berbunyi :

*“Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematik yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, berupa;*

1. *pembunuhan,*
2. *pemusnahan,*
3. *perbudakan,*
4. *pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa,*
5. *perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan secara fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok hukum internasional,*
6. *penyiksaan,*
7. *perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara,*
8. *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,*
9. *penghilangan orang secara paksa, atau;*
	1. *kejahatan apartheid.”*

Rumusan tersebut secara langsung diadopsi dari konsep yang terdapat di dalam Statuta Roma.51 Namun, berbeda dengan konsep sebagaimana diatur dalam Statuta Roma, konsep kejahatan yang diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 ini mengalami distorsi dalam penterjemahannya, sehingga menimbulkan perbedaan yang sangat mendasar dari konsep yang diatur dalam Statuta Roma.

Dalam pasal 7 Statuta Roma, Kejahatan terhadap kemanusiaan adalah:

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

Akibatnya, konsep kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana diatur dalam UU No. 26 tahun 2000 memiliki beberapa kelemahan yang sangat mendasar yaitu : *Pertama*, istilah sistematik atau meluas yang diadopsi dari kata *widespread or* *systematic* tidak dijelaskan dalam undang-undang ini.52Padahal, kedua hal ini penting untuk menunjukkan sifat khusus padasifat pelanggaran ham berat, dimana lebih jauh berimplikasi pada keterlibatan kebijakan dan otoritas yang memegang kekuasaan dalam terjadinya pelanggaran. Kondisi yang sama juga berlaku terhadap elemen “diketahui” (*intension*). Ketidakjelasan defenisi ketiga elemen itu membuka bermacam interpretasi di pengadilan.

*Kedua*, adanya penerjemahan yang keliru dalam pasal 7 Statuta Roma oleh undang-undang No. 26 tahun 2000, yaitu untukkata: *directed against any civilian population,* yang seharusnya diartikan “*ditujukan kepada populasi sipil*”, oleh undang-undang ini , atau mungkin oleh pembuat undang-undang diartikan menjadi “*ditujukan secara langsung terhadap penduduk* *sipil*”, yang sepadan dengan pengertian dengan *directly against any civilian population*. Kata “langsung” ini bisa berimplikasibahwa seolah-olah hanya para pelaku langsung di lapangan sajalah yang dapat dikenakan pasal ini, sedangkan pelaku diatasnya yang membuat kebijakan tidak akan tercakup oleh pasal ini.

*Ketiga,* penggunaan kata “penduduk” dan bukannya “populasi” sendiri telah menyempitkan subyek hukum denganmenggunakan batasan-batasan wilayah, dan hal ini secara signifikan juga menyempitkan target-target potensial korban kejahatan terhadap kemanusiaan hanya pada warga negara di mana kejahatan tersebut berlangsung.

1. Istilah “kejahatan terhadap kemanusiaan” (*crimes against humanity*) dikembangkan sejak *Petersburg Declaration* tahun 1868. Sebagai suatu konsep pidana, semula dikembangkan dalam konteks hukum perang berdasakan Konvensi Den Haag 1907 (*Hague* *Convention*) yang merupakan kodifikasi dari hukum kebiasaan mengenai konflik bersenjata. Konvensi ini menyatakan bahwahukum kemanusiaan (*laws of humanity*) merupakan dasar perlindungan bagi pihak kombatan maupun penduduk sipil dalam suatu konfli bersenjata. Kodifikasi ini didasarkan kepada praktek negara yang diturunkan dari nilai-nilai dan prinsip-prinsip yang dianggap sebagai hukum kemanusiaan berdasarkan sejarah dari berbagai kebudayaan.
2. Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000 menyatakan bahwa pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana diatur dalam undang-undang ini adalah sebagaimana yang diatur dalam Statuta Roma, terutama Pasal 6 dan 7.

Kelemahan yang lain adalah kurang memadainya penjelasan atas delik termaksud dalam perumusan UU No. 26 tahun 2000. Penjelasan yang cukup mendetail dan jelas menjadi penting mengingat pemahaman bahwa jenis delik kejahatan dalam undang-undang ini adalah kejahatan khusus yang memiliki karakteristik yang sangat berbeda dengan pengaturan dalam hukum publik yang ada misalnya KUHP. Dalam hal ini kebutuhan terbesar adalah memberikan rumusan yang cukup jelas untuk menunjukkan sifat khusus delik, misalnya berkaitan dengan adanya unsur *policy*, unsur pelaksanaan perbuatan secara kolektif.

Dengan rumusan seperti itu, maka akan mengakibatkan sulitnya pembuktian dan pemidanaan terhadap pelaku kejahatan-kejahatan yang dimaksud dalam pasal yang sama53 menjadi sulit, karena dengan rumusan yang demikian itu, dakwaan jaksa penuntut umum disusun secara sumir. Padahal dalam implementasinya, majelis hakim akan banyak mendasarkan putusannya pada intepretasi atas rumusan pasal ini.54

Disamping beberapa kelemahan di atas, distorsi yang cukup mencolok juga terjadi dalam penterjemahan dan pengadopsian jenis tindak pidananya, dimana mengenai jenis tindak pidana kejahatan terhadap kemanusiaan yang dirumuskan dalam pasal 9 UU No/26/2000 juga berbeda dengan rumusan asli sebagaimana diatur dalam Statuta Roma.55 Selain dalam Statuta Roma , jenis-jenis kejahatan yang termasuk dalam kejahatan terhadap kemanusiaan ini juga sebelumnya juga telah diatur dalam beberapa paigam dan statuta misalnya Piagam Nurenberg,56 Statuta ICTY 57dan ICTR.58

Berdasarkan perbandingan jenis-jenis kejahatan yang diadopsi terdapat beberapa kesalahan penerjemaham misalnya dalam rumusan tindak pidana penganiayaan dan penyiksaan. Delik “penganiayaan” yang merupakan terjemahan dari kata untuk "*persecution*" dalam Statuta Roma. Kata yang terakhir memiliki pemahaman yang berbeda, mengingat definisi operasional penganiayaan merujuk pada rumusan yang terdapat dapat KUHP.59 Perbedaan mencolok terdapat dalam unsur kejahatannya, dimana dalam rumusan penganiayaan, tindakan pertama-tama harus ditujukan secara langsung pada fisik seseorang, yang apabila dikembalikan ke dalam bahasa Inggris, pengertian itu berasal dari kata “*assault*”.

Sementara pengertian *persecution* dapat mencakup pengertian yang lebih luas merujuk pada perlakuan diskriminatif yang menghasilkan kerugian mental, fisik maupun subjek diluar fisik60. Akibatnya berbagai tindakan teror, intimidasi yang sifatnya non fisik tidak tercakup dalam pengertian penganiayaan sebagaimana diatur dalam Pasal 9 huruf UU No. 26 tahun 2000 tersebut.[[4]](#footnote-4)

Selain itu, dalam jenis-jenis kejahatan yang termasuk dalam kejahatan terhadap kemanusiaan, pasal 9 UU No. 26/2000 juga tidak memasukkan jenis kejahatan lain dalam huruf k Statuta Roma yakni perbuatan tak manusiawi lain dengan sifat sama yang secara sengaja menyebabkan penderitaan berat, atau luka serius terhadap badan atau mental atau kesehatan fisik

(*other in human acts of a similiar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or mental or physical* *health).*

Dengan demikian, dari paparan di atas dapat disimpulkan bahwa kelemahan yang mendasar dari UU No. 26 tahun 2000 adalah perubahan dan perbedaan konsep yang terdapat dalam UU No. 26 tahun 2000, dimana hal ini diakibatkan oleh kesalahan, baik sengaja atau tidak disengaja, dalam penerjemahan dari konsep yang terdapat dalam Statuta Roma ke dalam

1. No. 26 tahun 2000. Meskipun terlihat sepele, kesalahan penerjemahan ini pada akhirnya secara substansial mempengaruhi proses pembuktian dari *elements of crime* dari delik yang dimaksud61.

**Beberapa pengertian penting, merujuk pada Pedoman Mahkamah Agung :**

* Pengertian “salah satu perbuatan” : Setiap tindakan yang disebutkan di Pasal 9 adalah merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan. Tidak ada syarat yang mengatur jika lebih dari satu tindak pidana dilakukan (misalnya : pembunuhan dan perkosaan), atau kombinasi dari tindak pidana itu.
* Pengertian “yang dilakukan sebagai bagian dari serangan …” : Tindakan harus dilakukan sebagai bagian dari serangan. Unsur serangan adalah 1) tindakan baik secara sistematis atau meluas, yang dilakukan secara berganda yang dihasilkan atau merupakan bagian dari kebijakan Negara atau organisasi. “Tindakan Berganda” berarti harus bukan tindakan tunggal atau terisolasi, 2) “serangan” baik secara meluas atau sistematis tidaklah semata-mata “serangan militer” seperti yang diatur dalam Hukum Humaniter Internasional. Tetapi, serangan dapat juga berarti lebih luas misalnya kampanye atau operasi yang dilakukan terhadap penduduk sipil. Serangan tersebut tidak hanya harus melibatkan angkatan bersenjata, atau kelompok bersenjata, dan 3) Syarat terpenuhi juka penduduk sipil adalah objek utama dari serangan.[[5]](#footnote-5)
* Pengertian “yang dilakukan sebagai bagian dari serangan …” : Tindakan harus dilakukan sebagai Pengertian “…meluas atau sistematis yang ditujukan kepada penduduk sipil” :

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

-+ Kata “meluas” menunjuk pada “jumlah korban”, dan konsep ini mencakup “massa yang banyak (*massive*), sering/berulang-ulang, tindakan dalam skala yang besar, dilaksanakan secara kolektif dan berakibat yang serius”.

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

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

-+ Unsur meluas (*widespread*) atau sistematis (*systematic*) tidak harus dibuktikan keduanya, kejahatan yang dilakukan dapat saja merupakan bagian dari serangan yang meluas semata atau sistematis saja, dan tidak harus dibuktikan keduanya.

Pengertian “yang diketahuinya” : Pelaku harus melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan dengan maksud untuk melakukan serangan secara meluas atau sistematis terhadap penduduk sipil. Hal ini tidak berarti bahwa dalam semua serangan harus selalu ada pengetahuan. Pengetahuan tersebut bisa pengetahuan yang aktual atau konstrukstif. Secara khusus, pelaku tidak perlu mengetahui bahwa tindakannya itu adalah tindakan yang tidak manusiawi atau merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan.[[6]](#footnote-6)

* +
1. **Bentuk Pertanggungjawaban Pelaku : Komandan Militer dan Atasan Polisi atau Sipil**

Salah satu delik penting dalam UU No. 26/2000 adalah ketentutan mengenai tanggungjawab komando dan tanggung jawab atasan polisi dan sipil lainnya. Delik ini penting karena karakterisktik pelanggaran HAM yang berat dengan kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan senantiasa dilakukan dengan cara yang sistematis dan dilakukan oleh aparat negara.

Dengan demikian pelaku kejahatan ini bukan hanya pelaku lapangan tetapi juga pihak lain yang merencanakan, mendukung atau terlibat dalam kejahatan tersebut. Seorang komandan yang memberikan perintah kepada anak anak buahnya juga merupakan pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan. Dalam delik ini pula, seorang komandan atau atasan yang tidak melakukan langkah-langkah atau membiarkan anak buahnya melakukan kejahatan dapat dikenakan pidana bahkan dengan ancaman hukuman yang sama.

Rumusan tanggung jawab komando diterjemahkan dari pengertian *command responsibility*. Namun dalam rumusannya tidak memberikan keterangan yang jelas tentang tanggung jawab komando baik militer maupun polisi dan sipil. Delik tanggung jawab komando ini diatur dalam pasal 42 UU No. 26 Tahun 2000 yang membagi dalam 2 kategori pihak yang dapat terkena delik tanggung jawab komando yakni terhadap komandan militer dan atasan polisi atau sipil lainnya.

Pasal 42 UU No. 26/2000:

*(1) komandan militer* *atau seseorang yg secara efektif bertindak sebagai komandan militer dapat*

*dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana dalam jurisdiksi pengadilan HAM, yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah komando pengendaliannya yang efektif, atau di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif dan tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukannya pengendalian secara patut, yaitu :*

*a. komandan militer/seseorang tersebut mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu, seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM yg berat; dan*

*b. Komandan militer/seseorang tersebut tidak melakukan tindakan yg layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya pada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan*

1. *seseorang atasan, baik polisi/sipil, bertanggung jawab secara pidana terhadap pelanggaran ham yang berat yang dilakukan oleh bawahannya yang berada di bawah kekuasaannya dan pengendaliannya yang efektif, karena atasan tersebut tidak melakuan pengendaliannya terhadap bawahannya secara patut dan benar, yakni :*
	1. *atasan tersebut mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi yg secara jelas menunjukkan bahwa bawahan sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran ham yg berat; dan*
	2. *Atasan tersebut tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kewenangannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya pada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan*

Rumusan ini secara tidak langsung mengadopsi ketentuan dalam Statuta Roma 1998 yakni pasal 28 yang juga mengkategorikan tentang tanggung jawab komandan dan atasan sipil lainnya. Statuta Roma dalam pasal 28 mengatur ketentuan tentang tanggung jawab komandan dan tanggung jawab atasan atasan sebagai berikut :

*In addition to other grounds of criminal responsibility ubder this statute for crimes within the jurisdiction of the court:*

1. *A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:*
	1. *that military commander or person either knew or, owing to the ciscumtances at the time, should have known that tje forces were committing or about to commit such crimes; and*
	2. *thet military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.*
2. *Eith respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her failure to exercise control properly over such subordinate, where:*
	1. *the superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about such crimes;*
	2. *The crimes concerned activities that were within the effective responsiblity and control of the supperior;*

*and*

* 1. *The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.*

Pengadopsian ketentuan mengenai tanggung jawab komando ini ternyata menimbulkan beberapa kesalahanan penerjemahan. Kesalahan ini muncul karena penggunaan kata "...dapat..." memiliki implikasi bahwa membawa komandan atau pemegang otoritas bukan pertama-tama bersifat wajib/*obligatory*.62 Dibutuhkan argumentasi yang mampu menunjukkan signifikansi dan arti penting untuk membawa mereka ke depan pengadilan. Dalam implementasinya, ketiadaan proses perkara bagi pelaku langsung di lapangan semakin memperlemah urgensi penghukuman. Dalam praktek di pengadilan, penghukuman terhadap pelaku langsung dianggap menjadi prasyarat penting untuk mampu menjerat pemegang otoritas ini.

Selain itu, undang-undang ini juga kurang memadai dalam memberikan batasan pengertian yang tajam untuk membantu merumuskan unsur-unsur pidananya (*element of crimes*), seperti perumusan dalam pasal 42 ayat 1 (a)63 sedangkan dalam pengaturan lebih lanjut, penggunaan rumusan “tindakan yang layak dan diperlukan (pasal 42 ayat 1b)” menyulitkan perumusan unsur pidananya mengingat rumusan ini bersifat sangat intepretatif.64

Pasal 42 UU No. 26 Tahun 2000 tidak menjelaskan secara detail dengan batasan yang jelas berkenaan dengan istilah “layak” dan “perlu”. Pasal 42 1 (b) menggunakan definisi bahwa “ komando militer tersebut tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah dan menghentikan perbuatan tersebut, …..”. 65

Pasal ini hanya menekankan pada apakah ada tindakan yang dilakukan sesudah layak atau tidak. Apakah perlu atau tidak (*obligation of conduct*), dan secara otomatis mengabaikan pada kenyataan apakah tindakan yang diambil oleh penanggung jawab komando berhasil mencegah atau menghentikan kejahatan atau tidak (*obligation of result*).

Padahal, selain harus bertanggung jawab jika menjadi pelaku langsung, penganjur, atau penyerta, seorang atasan seharusnya juga bertanggung jawab secara pidana atas kelalaian melaksanakan tugas (*direliction of duty*) dan kealpaan (*negligence*). Standar kebiasaan hukum internasional untuk kealpaan dan kelalaian dalam arti yang luas menyatakan bahwa seorang atasan bertanggung jawab secara pidana jika: 1) ia seharusnya mengetahui (*should have had knowledge*) bahwa pelanggaran hukum telah dan atau sedang terjadi, atau akan terjadi dan dilakukan oleh bawahannya. 2) ia mempunyai kesempatan untuk mengambil tindakan, dan 3) ia gagal mengambil tindakan korektif yang seharusnya dilakukan sesuai keadaan yang ada atau terjadi saat itu.66

Hal lainnya adalah berkaitan dengan istilah “mengetahui atau pada saat itu seharusnya mengetahui”, istilah ini mengandung arti bahwa adanya pertanggungjawaban pidana jika seseorang “mengetahui atau mempunyai alasan untuk tahu” (*knew or had* *reason to know*) kelakuan bawahannya. Kalimat ini berkaitan dengan adanya kegagalan untuk mencegah suatu kejahatanatau menghalangi tindakan yang melanggar hukum yang dilakukan oleh bawahannya atau menghukum mereka yang melakukan tindak pidana. Meskipun pasal ini memfokuskan pada keadaan dimana seorang bawahan akan melakukan suatu tindak pidana atau telah melakukannya, tidak ada indikasi bahwa tanggung jawab pidana tersebut akan dihilangkan jika ada tindakan yang telah dilakukan oleh si atasan namun pelanggaran/kejahatan bawahan tetap terjadi.

**Beberapa pengertian penting, merujuk pada Pedoman Mahkamah Agung :**

* Pengertian “komandan militer atau orang-orang yang bertindak sebagai komandan militer”:

-+ komandan militer : seorang anggota angkatan bersenjata dari pihak peserta tempur yang ditugaskan memimpin satu atau lebih satuan dalam angkatan bersenjata, memiliki kewenangan untuk mengeluarkan perintah langsung kepada anak buahnya atau kepada satuan bawahannya dan mengawasi pelaksanaan dari perintah tersebut.

-+ orang-orang yang bertindak sebagai komandan militer : mereka yang bukan anggota angkatan bersenjata suatu negara namun, karena kekuasaan dan kewenangan de facto-nya yang begitu besar, ia mampu memerintahkan dan mengendalikan pasukan angkatan bersenjatanya.

-+ dapat dipertanggungjawabkan : Pasal 42 Undang-Undang ini menggunakan istilah ‘dapat’ sedangkan dalam teks asli Pasal 28 (a) Statuta Roma menggunakan istilah ‘shall be criminaly responsible’ yang padanan katanya

adalah ‘harus…’. Hal ini dapat menimbulkan penafsiran ganda bagi kalangan penegak hukum karena dapat diartikan bahwa seorang komandan tidak ‘selalu harus’ bertanggungjawab atas tindakan bawahannya. Penggunaan istilah ‘dapat ‘ ini selain tidak sejalan dengan maksud dari Pasal 28 (a) Statuta Roma, juga dengan pasal 42 (b) Undang-Undang ini jo Pasal 28 (b) Statuta Roma yang tidak mencantumkan kata ‘dapat’.

* Pengertian “pasukan” :

-+ pasukan militer : adalah kekuatan angkatan perang suatu negara yang diatur berdasarkan peraturan perundang-undangan. Sedangkan definisi dari tentara adalah warga negara yang dipersiapkan dan dipersenjatai untuk tugas-tugas pertahanan negara guna menghadapi ancaman militer maupun ancaman bersenjata.

-+ pasukan non-militer : adalah gerakan bersenjata yaitu gerakan sekelompok warga negara suatu negara yang bertindak melawan pemerintahan yang sah dengan melakukan perlawanan bersenjata.

* + Pengertian “komando dan pengendalian yang efektif” : Pasukan di bawah komando pengendalian yang bertanggungjawab adalah pasukan yang berada di bawah komando baik dalam rantai komando secara de facto maupun de jure di mana setiap komandannya berwenang untuk mengeluarkan perintah.
	+ Pengertian “Kekuasaan dan pengendalian yang efektif : Dalam keadaan tertentu, seorang komandan dapat melaksanakan pengendalian kepada satuannya yang tidak berada di bawah rantai komandonya yang langsung, tetapi dapat memberikan perintah kepada semua satuan yang pasukan tertentu.
1. Pasal 4 menjelaskan tentang kejahatan-kejahatan yang menjadi kewenangan pengadilan HAM yakni :

	1. Pemusnahan seluruh atau sebagian rumpun bangsa, kelompok bangsa, suku bangsa, kelompok berdasarkan warna kulit, agama, jenis kelamin, umur atau cacat mental atau fisik dengan cara a) melakukan perbuatan membunuh anggota kelompok tersebut, b) melakukan perbuatan yang menyebabkan penderitaan fisik atau mental yang berat pada anggota kelompok, c) menciptakan keadaan kehidupan yang bertujuan mengakibatkan kelompok tersebut musnah secara fisik, d) memaksakan cara-cara yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok tersebut atau e) memindahkan dengan paksa anak-anak kelompok tersebut ke kelompok lain.
	2. pembunuhan sewenang-wenang atau diluar putusan pengadilan;
	3. penghilangan orang secara paksa;
	4. perbudakan;
	5. diskriminasi yang dilakukan secara sistematis;
	6. penganiayaan yang dilakukan oleh pejabat yang berwenang yang mengakibatkan penderitaan yang mengakibatkan penderitaan bagi orang lain baik fisik meupun mental dengan maksud untuk memperoleh keterangan atau pengakuan baik dari yang bersangkutan maupun orang ketiga, atau untuk menakut-nakuti atau memaksa yang bersangkutan atau orang ketiga atau dengan alasan yang bersifat diskriminatif dalam segala bentuknya. [↑](#footnote-ref-1)
2. Asmara Nababan, Penyelesaian Pelanggaran HAM yang Berat: belajar dari pengalaman, Jurnal HAM, Komisi Nasional HAM, Jakarta. 2004. [↑](#footnote-ref-2)
3. Istilah Genosida berasal dari seorang sarjana yang bernama *Raphael Lemkin.* Ia adalah orang yang pertama kali mengajukan istilah tersebut ke konferensi internasional tahun 1933 untuk memasukkan tindakan “serangan terhadap kelompok bangsa agama, dan etnis” sebagai kejahatan internasional. *Lemkin*, yang bekerja di Depertemen Pertempuran (*War Ministry*) Amerika Serikat, mempopulerkan istilah genosida yang berasal dari bahasa Yunani “*genos*” – yang berarti ras/suku-, dan kata “*cide*” dari bahasa Latin yang berarti pembunuhan. Dia juga mengatakan bahwa istilah “*etnocide*” mempunyai arti yang sama karena “*etno*” berarti bangsa dan “*cide*” berarti pembunuhan. Roy Gutman and David Rief, *Crimes of War : What the Public Should Know*, W.W Norton Company New York, 1999, p. 192-194. [↑](#footnote-ref-3)
4. Pasal 9 UU no.26/2000

Sebagai perbandingan dapat dirujuk penjelasan dalam Pasal 30 ayat 2 & 3, Statuta Roma, yang mengatur mengenai *mental element: For the purposes of ths article, a person has intent where: (20) (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence that person means to cause that consequence or is aware that it will occur ordinary course of events. (3) For the purposes of this article,"knowledge" means awareness that a circumstance exists or consequence will occur in thw ondinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.*

Statuta Roma, jenis-jenis kejahatan adalah; *a) murder, b) extermination, c) enslavment, d) deportation or forcible transfer of population, e)* *imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law, f) torture, g) rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity, h) persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, etnicc, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally rercognize as impermissible under international law, in connection with any act referred ti in this paragraph or any crime within the jusrisdiction of the court, i) enforced dissapearance of persons, the crime of apartheid, k) other in human acts of a similiar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or mental or physical health.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Menurut Asmara Nababan, dalam tulisan “Penyelesaian Pelanggaran HAM yang Berat : Belajar Dari Pengalaman”, sebagaimana dimuat dalam Jurnal HAM yang diterbitkan Komnas HAM, Vol 2 No. 2 tahun 2004 hal 99, berbagai kerancuan dalam menterjemahkan Statuta Roma ini disebabkan oleh kekuatan-kekuatan politik status quo di parlemen yang ingin menyelematkan para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan, baik ssipil maupun militer dari jaring keadilan. [↑](#footnote-ref-5)
6. Statuta ICTR merumuskan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai “...Perbuatan-perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang ditujukan terhadap penduduk sipil yang berdasarkan kebangsaan, politik, etnis, rasial atau agama : a. pembunuhan; b. pemusnahan; c. perbudakan; d. deportasi; e. Pemenjaraan atau perampasan kemerdekaan sewenang-wenang; f. Penyiksaan; g. Perkosaan; h. Persekusi yang didasari oleh politik, ras dan agama; i. Tindakan tidak manusiawi lainnya. Lihat *Statute of the International Tribunal for Rwanda.* [↑](#footnote-ref-6)