

PENGADILAN HAK ASASI MANUSIA DI INDONESIA: REGULASI, PENERAPAN DAN PERKEMBANGANNYA¹

Oleh : ZAINAL ABIDIN²

1. Latar Belakang

Pasca runtuhnya kekuasaan rejim otoriter orde baru dan masuknya era reformasi menjadikan semakin meningkatnya tuntutan terhadap penyelesaian berbagai pelanggaran HAM yang terjadi dan adanya perubahan di tataran instrumental untuk mendorong penegakan hukum dan penghormatan atas hak asasi manusia. Salah satu instrumen penting yang lahir dalam masa reformasi ini adalah munculnya mekanisme penyelesaian kasus pelanggaran hak asasi manusia melalui pengadilan Hak Asasi Manusia (Pengadilan HAM).

Lahirnya mekanisme pengadilan HAM dipercepat adanya desakan dari Komisi Tinggi HAM PBB tahun 1999, akibat dari adanya dugaan Pelanggaran HAM yang berat di Timor-Timur selama proses jajak pendapat tahun 1999.³ Desakan tersebut mendorong pemerintah Indonesia dibawah Presiden Habibie menerbitkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perppu) No. 1 Tahun 1999,⁴ yang diumumkan Presiden pada tanggal 8 Oktober 1999, tiga hari menjelang pidato pertanggungjawaban di MPR. Terbitnya Perppu ini setidaknya menunjukkan kepada dunia internasional adanya kemauan pemerintah Indonesia untuk membentuk pengadilan HAM di tingkat domestik.

Namun, kehadiran Perpu ini ditolak oleh DPR dalam sidang paripurna di bulan Maret 2000, karena dianggap secara konstitusional tidak memiliki alasan kuat berkaitan dengan kepentingan yang memaksa.⁵ Dalam waktu kurang dari dua

¹ Makalah disampaikan pada Kursus HAM untuk Pengacara ke XIV, tanggal 27 Oktober 2010, diselenggarakan oleh Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat/ELSAM, Jakarta. Makalah disusun untuk melengkapi bahan bacaan "Pengadilan HAM di Indonesia" yang ditulis pada tahun 2007. Makalah ini juga disarikan dari hasil kajian terhadap UU No. 26 Tahun 2000 yang dilakukan oleh Penulis untuk ELSAM sebagai bahan untuk mempersiapkan amandemen UU No. 26 tahun 2000 dengan beberapa penambahan informasi terkait UU No. 26 tahun 2000. Kajian tersebut belum dipublikasikan.

² Advokat, tergabung dalam Public Interest Lawyer Network/PIL-NET, Jakarta.

³ Berdasarkan Resolusi Komisi Tinggi Hak Asasi Manusia PBB di tahun 1999, dibentuk *International Commission of Inquiry on East Timor* (ICIET), untuk melakukan penyelidikan atas kemungkinan adanya pelanggaran HAM dan pelanggaran hukum humaniter internasional di Timor Timur sejak Januari 1999. Dalam laporannya komisi ini memperlihatkan ada bukti-bukti pelanggaran atas hak-hak asasi dan hukum humaniter internasional dan merekomendasikan perlunya dibentuk mekanisme untuk meminta pertanggungjawaban dari pelaku diantaranya melalui pembentukan tim penyelidik independen oleh PBB untuk melakukan penyelidikan lebih lanjut, serta pembentukan tribunal di tingkat internasional. Dua rekomendasi inilah yang sangat mempengaruhi lahirnya resolusi Dewan Keamanan PBB No 1264 yang diadopsi pada tanggal 15 September 1999 dalam sidangnya yang ke 4045. Dalam resolusi ini Dewan Keamanan menyerukan agar dilakukan pertanggungjawaban atas para pelaku.

⁴ Indonesia memilih untuk membentuk pengadilan nasional sendiri untuk mengadili kejahatan yang terjadi di Timor-timur pra dan pasca jajak pendapat pada tahun 1999. Pada masa presiden Abdurrahman Wahid, alasan mengadili sendiri berdasarkan alasan formal ini menjadikan PBB menyetujui pengadilan domestik ini. Alasan tersebut adalah adanya prinsip yang dikenal dalam hukum internasional yakni *national remedies* yang dikemukakan secara resmi oleh pemerintah Indonesia untuk menolak usulan atas pembentukan pengadilan internasional untuk Timor-timur. Selain ini belum ada kondisi *exhausted remedies* yang terjadi untuk mendorong adanya pengadilan internasional.

⁵ Menurut DPR, berdasarkan UUD, keberadaan Perppu harus dilandasi adanya kepentingan yang memaksa, dalam perihal pengadilan ham dianggap tidak ada kepentingan yang memaksa pemerintah menerbitkan perpu. Salah satu alasan penolakan dari DPR terhadap Perpu 1/1999 adalah masih terdapat ketentuan yang dinilai menyimpang dari ketentuan yang diatur dalam konvensi tentang pencegahan dan penghukuman kejahatan genosida tahun 1948 dan tidak sesuai dengan asas-asas hukum yang berlaku. Alasan penolakan ini menegaskan tentang keharusan untuk melakukan pendefinisian ulang atas rumusan tentang rumusan pelanggaran HAM dalam yurisdiksi pengadilan HAM. Alasan lain adalah, mengingat pentingnya cakupan yang diatur, pengadilan ham yang merupakan mandat lebih lanjut dari ketentuan mengenai HAM (UU No. 39/1999) seharusnya diatur dengan ketentuan berbentuk UU.

minggu sejak penolakan pihak DPR, pemerintah mengajukan Rancangan Undang-undang Pengadilan HAM.⁶ Tekanan atas kemungkinan pembentukan pengadilan internasional memaksa pemerintah untuk mengajukan rancangan legislasi baru menggantikan Perppu ini.⁷ Dalam keterbatasan waktu inilah proses pembahasan Undang-undang No. 26 tahun 2000 berjalan. RUU ini dibahas hanya dalam waktu kurang dari tujuh bulan, pada bulan November tahun 2000 DPR mengesahkan RUU tersebut, yang kemudian menjadi UU No. 26 tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM.⁸

2. Pengadilan HAM : Gambaran Umum

Berdasarkan UU No. 26/2000, Pengadilan HAM merupakan pengadilan khusus yang berada dibawah peradilan umum,⁹ dan merupakan *lex specialis* dari Kitab Undang Hukum Pidana. Pengadilan ini dikatakan khusus karena dari segi penamaan bentuk pengadilannya sudah secara spesifik menggunakan istilah Pengadilan HAM¹⁰ dan kewenangan pengadilan ini juga mengadili kejahatan-kejahatan tertentu.

Kejahatan-kejahatan yang merupakan yurisdiksi pengadilan HAM ini adalah kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang keduanya merupakan pelanggaran HAM yang berat. Penamaan Pengadilan HAM yang mengadili kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genosida ini dianggap tidak tepat,¹¹ karena Pelanggaran HAM yang berat dengan dua jenis kejahatan tersebut adalah kejahatan yang merupakan bagian dari hukum pidana internasional (*international crimes*) sehingga yang digunakan adalah seharusnya terminologi "pengadilan pidana."¹²

⁶ Pemerintah dalam penjelasannya menyatakan bahwa pengajuan RUU tentang Pengadilan HAM adalah *Pertama*, merupakan perwujudan tanggung jawab bangsa Indonesia sebagai salah satu anggota PBB. Dengan demikian merupakan salah satu misi yang mengembangkan tanggung jawab moral dan hukum dalam menjunjung tinggi dan melaksanakan deklarasi HAM yang ditetapkan oleh perserikatan bangsa-bangsa, serta yang terdapat dalam berbagai instrumen hukum lainnya yang mengatur mengenai HAM yang telah dan atau diterima oleh negara Indonesia. *Kedua*, dalam rangka melaksanakan Tap MPR No. XVII/MPR/1998 tentang HAM dan sebagai tindak lanjut dari pasal 104 ayat 1 Undang-undang No. 39 Tahun 1999. *Ketiga*, untuk mengatasi keadaan yang tidak menentu dibidang keamanan dan ketertiban umum, termasuk perekonomian nasional. Keberadaan pengadilan HAM ini sekaligus diharapkan dapat mengembalikan kepercayaan masyarakat dan dunia internasional terhadap penegakkan hukum dan jaminan kepastian hukum mengenai penegakan HAM di Indonesia.

⁷ Lihat Media Indonesia 10/2/2000; Seriusnya ancaman hadirnya pengadilan internasional ini banyak diserukan pejabat pemerintah salah satunya Jaksa agung Marzuki Darusman yang mengatakan lebih mudah mengadili para pejabat militer tersebut daripada menolak mengadili.

⁸ Diluar desakan internasional, dasar pembentukan pengadilan HAM sebenarnya telah diatur dalam pasal 104 UU No. 39 Tahun 1999 tentang hak asasi manusia dan Komnas HAM. Ayat 1 menyatakan bahwa untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat dibentuk pengadilan HAM dilingkungan peradilan umum. Ayat 2 menyatakan pengadilan sebagaimana dimaksud ayat dalam ayat 1 dibentuk dengan undang-undang dalam jangka waktu paling lama 4 tahun.

⁹ Pasal 2 UU No. 26/2000. Penjelasan Umum UU No. 26/2000 menyatakan bahwa Bertitik tolak dari perkembangan hukum, baik ditinjau dari kepentingan nasional maupun dari kepentingan internasional, maka untuk menyelesaikan masalah pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan mengembalikan keamanan dan perdamaian di Indonesia perlu dibentuk Pengadilan Hak Asasi Manusia yang merupakan pengadilan khusus bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

¹⁰ Istilah pengadilan HAM sering dipertentangkan dengan istilah peradilan pidana karena memang pada hakekatnya kejahatan yang merupakan kewenangan pengadilan HAM juga merupakan perbuatan pidana.

¹¹ Secara yuridis seharusnya pengklasifikasian kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genosida diintegrasikan kedalam kitab undang-undang hukum pidana melalui amandemen. Dengan memasukkan jenis kejahatan ini kedalam kitab undang-undang hukum pidana maka tidak akan melampaui asas legalitas. Sedangkan pelanggaran HAM yang dilakukan sebelum adanya amandemen tersebut seharusnya dibentuk mahkamah peradilan pidana ad hoc untuk kasus tertentu. Pandangan ini sejalan dengan pemahaman bahwa pelanggaran HAM yang berat termasuk kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genosida secara yuridis seharusnya mengalami transformasi menjadi tindak pidana dan peradilan yang berwenang adalah peradilan pidana.

¹² Lihat misalnya penamaan pengadilan untuk kejahatan-kejahatan paling serius dalam Statuta Roma yang menggunakan istilah pengadilan pidana internasional (*International Criminal Court*). Dalam sejarahnya, penghukuman atas pelanggaran ham yang berat telah terjadi pasca perang dunia kedua. Pengadilan Nurenberg dan Pengadilan Tokyo pada tahun 1948 menjadi awal atas proses penghukuman bagi para pelaku pelanggaran HAM yang berat. Setelah itu pada tahun 1993 digelar Pengadilan Pidana Internasional Ad hoc untuk mengadili berbagai pelanggaran serius atau pelanggaran berat yang terjadi di negara bekas Yugoslavia pada tahun 1993¹² dan pada tahun 1994 juga dibentuk Pengadilan Pidana Internasional ad hoc untuk mengadili kejahatan Genosida, Pelanggaran Konvensi Jenewa dan Kejahatan Terhadap Kemanusiaan yang terjadi di Rwanda pada tahun 1994.

Namun terlepas dari penamaan Pengadilan HAM yang kurang tepat tersebut, pembentuk undang-undang menyadari bahwa bahwa penanganan kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genosida kejahatan ini adalah kejahatan luar biasa yang tidak bisa ditangani dengan sistem peradilan pidana biasa. Pengaturan yang sifatnya khusus ini didasarkan atas karakteristik kejahatan yang sifatnya *extraordinary* sehingga memerlukan pengaturan dan mekanisme yang juga sifatnya khusus.¹³

Pengaturan yang berbeda atau khusus ini mulai sejak tahap penyelidikan dimana yang berwenang adalah Komnas HAM sampai pengaturan tentang majelis hakim dimana komposisinya berbeda dengan pengadilan pidana biasa. Dalam pengadilan HAM ini komposisi hakim adalah lima orang yang mewajibkan tiga orang diantaranya adalah hakim ad hoc.¹⁴ Namun, meskipun terdapat kekhususan dalam penanganannya, hukum acara yang digunakan, masih menggunakan hukum acara pidana terutama prosedur pembuktiannya.¹⁵

Pengadilan HAM ini juga mengatur tentang kekhususan penanganan terhadap kejahatan-kejahatan yang termasuk *gross violation of human rights* dengan menggunakan norma-norma yang ada dalam hukum internasional. Norma-norma yang diadopsi itu diantaranya adalah mengenai prinsip tanggung jawab individual (*Individual Criminal Responsibility*) yang dielaborasi dalam ketentuan dalam UU No. 26/2000 dalam pasal 1 ayat (4). Tanggung jawab individual ini ditegaskan bahwa tanggung jawab dikenakan terhadap semua orang namun tidak dapat dikenakan kepada pelaku yang berusia dibawah 18 tahun.¹⁶ Ketentuan ini sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Statuta Roma yang juga mengatur tentang tanggung jawab individual¹⁷ dan pembatasan atas tanggung jawab atas keadaan tertentu.¹⁸

¹³ Penjelasan Umum UU No. 26/2000 menyatakan Pelanggaran hak asasi manusia 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 materiil maupun immateriil yang mengakibatkan perasaan tidak aman baik terhadap perseorangan maupun masyarakat, sehingga perlu segera dipulihkan dalam mewujudkan supremasi hukum untuk mencapai kedamaian, ketertiban, ketenteraman, keadilan, dan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat Indonesia. Terhadap perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat diperlukan langkah-langkah penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan yang bersifat khusus.

¹⁴ Penjelasan dalam UU No. 26/2000 menyatakan bahwa kekhususan penanganan perkara pelanggaran HAM yang berat dalam pengadilan HAM ini terdiri atas 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 dan e) diperlukan ketentuan yang menegaskan tidak ada kadaluarsa bagi pelanggaran hak asasi manusia yang berat

¹⁵ Pasal 10 UU No. 26/2000 menyatakan bahwa dalam hal tidak ditentukan lain dalam Undang-undang ini, hukum acara atas perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat dilakukan berdasarkan ketentuan hukum acara pidana.

¹⁶ Pasal 1 ayat (4) menentukan bahwa setiap orang adalah persorangan, kelompok orang, hak sipil, militer, maupun polisi yang bertanggung jawab secara individual. Pasal 6 yang menyatakan bahwa Pengadilan HAM tidak berwenang memeriksa dan memutuskan perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan oleh seseorang yang berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun pada saat kejahatan dilakukan.

¹⁷ Pengaturan dalam Statuta Roma 1998 tentang tanggung jawab pidana individual dalam pasal 25, 26 dan 27. Pasal 25 ayat (2) menyatakan bahwa Seseorang yang melakukan kejahatan di dalam yurisdiksi Mahkamah bertanggung jawab secara individual dan dapat dikenai hukuman sesuai dengan Statuta ini. Pasal 25 ayat (4) menyatakan Tidak ada ketentuan dalam Statuta ini yang berkaitan dengan tanggung jawab pidana individual akan mempengaruhi tanggung jawab negara berdasarkan hukum internasional. Pasal 26 Mahkamah tidak mempunyai yurisdiksi atas seseorang yang berumur kurang dari delapan belas tahun pada saat dilakukannya suatu kejahatan yang dilaporkan. Pasal 27 ayat 1 menyatakan bahwa Statuta ini berlaku sama terhadap semua orang tanpa suatu perbedaan atas dasar jabatan resmi. Secara khusus, jabatan resmi sebagai seorang Kepala Negara atau Pemerintahan, anggota suatu Pemerintahan atau parlemen, wakil terpilih atau pejabat pemerintah dalam hal apa pun tidak mengecualikan seseorang dari tanggung jawab pidana di bawah Statuta ini, demikian pula dalam dan mengenai dirinya sendiri, tidak merupakan suatu alasan untuk mengurangi hukuman. Selain diatur dalam Statuta Roma, pertanggungjawaban pidana secara individual ini juga telah ada dalam beberapa instrumen hukum internasional misalnya *the Genocide Convention dalam Article IV yang menyatakan: "...persone committing genocide....shall be punished, whether they are constitutionally responsible rules, public officials, or private individuals."* Demikian pula dalam *the Apartheid Convention dalam article III menyatakan bahwa "... individual criminal responsibility shall apply ... to individuals, members of organizations and institutions and representatives of the state..."* Selain itu dalam pasal 7 ICTY dan pasal 6 ICTR juga mengatur tentang tanggung jawab pidana secara individual.

Prinsip tanggung jawab pidana secara individual ini dalam praktek pengadilan telah diakui oleh majelis hakim dalam beberapa putusannya, terutama dalam membuktikan unsur atasan (baik sipil maupun militer) yang mampu bertanggung jawab. Majelis Hakim menggunakan doktrin hukum dan prinsip hukum serta praktek pidana internasional untuk memperkuat argumentasi tentang terpenuhinya unsur tersebut. Pertimbangan majelis hakim terhadap terdakwa Abilio Soares dalam bagian unsur atasan sipil mampu bertanggung jawab secara pidana ini juga mengacu pada praktik internasional di Pengadilan Nuremberg dan Tokyo yang mengesampingkan beberapa prinsip hukum umum yakni a) bahwa sesorang pejabat tidak dapat dihukum sebagai orang perorangan (individu) karena kebijaksanaan yang dilakukannya, b) bahwa seorang pejabat tidak dapat dihukum sebagai orang perorangan terhadap tindakan yang dilakukan sebagai pejabat negara, dan c) bahwa seseorang tidak dapat dituntut melakukan kejahatan berdasarkan ketentuan yang baru ditentukan sebagai kejahatan setelah perbuatan dilakukan.¹⁹

a. Pengadilan HAM : Setelah disyahkannya UU No. 26/ 2000

Berdasarkan ketentuan UU No. 26 tahun 2000, Pengadilan HAM mengatur tentang yurisdiksi atas kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat baik setelah disyahkannya UU ini maupun kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat sebelum disyahkannya UU ini. Prosedur pembentukan pengadilan ini mempunyai perbedaan yang cukup mendasar. Dalam penanganan kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat setelah disyahkannya UU ini tanpa melalui rekomendasi dan keputusan presiden sebagaimana dalam pembentukan pengadilan HAM ad hoc (mengenai pengadilan HAM ad hoc akan diuraikan dibagian bawah).

Prosedur pembentukan pengadilan HAM adalah berdasarkan adanya dugaan telah terjadi kasus pelanggaran HAM yang berat. Dugaan adanya kasus pelanggaran yang berat ini kemudian diselidiki oleh Komnas HAM dengan membentuk komisi Penyelidikan Pelanggaran HAM (KPP HAM). Hasil penyelidikan, jika ditemukan bukti bahwa terdapat dugaan adanya pelanggaran HAM yang berat maka akan dilimpahkan ke Kejaksaan Agung untuk dilanjutkan ke tahap penyidikan, dalam tahap ini kalau dari hasil penyidikan menunjukkan adanya pelanggaran HAM yang berat maka diteruskan untuk tahap penuntutan yang juga dilakukan oleh Kejaksaan Agung. Berdasarkan bukti-bukti dan penuntutan yang diwujudkan dalam surat dakwaan, kemudian digelar pengadilan HAM berdasarkan kompetensi relatif pengadilan. Tempat pengadilan ini berada di pengadilan negeri dimana *locus* dan *tempus delictie* terjadinya pelanggaran HAM yang berat.

Pengalaman pembentukan pengadilan HAM setelah disyahkannya UU ini adalah Pengadilan HAM Abepura yang disidang di Pengadilan Negeri Makassar. Kasus pelanggaran HAM yang terjadi di Abepura Papua terjadi pada tanggal 7 Desember 2000, yang kemudian oleh Komnas HAM ditindaklanjuti dengan melakukan penyelidikan pro yustisia pada tanggal 5 Februari 2001. Setelah penyelidikan KPP HAM ini selesai kemudian hasil penyelidikan ini diserahkan ke Jaksa Agung. Kejaksaan Agung

¹⁸ Pasal 33 Statuta Roma menyatakan bahwa suatu kejahatan dalam yurisdiksi Mahkamah telah dilakukan oleh seseorang sesuai dengan perintah suatu Pemerintah atau seorang atasan, baik militer atau sipil, tidak membebaskan tanggung jawab pidana orang tersebut kecuali kalau: a) Orang tersebut berada dalam kewajiban hukum untuk menuruti perintah dari Pemerintah atau atasan yang bersangkutan; b) Orang tersebut tidak tahu bahwa perintah itu melawan hukum; dan c) Perintah itu tidak nyata-nyata melawan hukum. Untuk keperluan pasal ini, perintah untuk melakukan genosida atau kejahatan terhadap kemanusiaan jelas-jelas melawan hukum.

¹⁹ Dalam putusan dengan terdakwa Abilio Soares dan Soejarwo dinyatakan bahwa berdasarkan prinsip tanggung jawab pidana secara individual atas pelanggaran berat ham, maka setiap orang, tanpa memandang status dan kedudukannya, yang melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan dan pelanggaran terhadap hukum dan kebiasaan perang harus bertanggungjawab secara pidana sehingga dapat dituntut dimuka pengadilan. Dalam putusan dengan terdakwa Abilio Soares dinyatakan bahwa “tanggung jawab individu dapat dituntut terhadap seseorang yang merencanakan, menghasut, memerintahkan, melakukan, atau memberikan bantuan atau bersekongkol dalam perencanaan, persiapan atau pelaksanaan kejahatan perang dan kejahatan terhadap kemanusiaan; kedudukan resmi (official position) orang yang dituduh, baik sebagai kepala negara atau pemerintahan, atau pejabat resmi pemerintah yang bertanggungjawab, tidak membebaskannya dari tanggung jawab atas kejahatan ataupun meringankan hukumannya; kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan bawahannya tidak akan membebaskan pimpinan atau atasannya dari tanggungjawab pidana, jika ia mengetahui atau dengan pertimbangan akal sehatnya mengetahui bahwa bawahannya akan melakukan kejahatan dan atasan atau pimpinannya gagal untuk mengambil tindakan-tindakan yang perlu dan masuk akal untuk mencegahnya atau gagal untuk menghukum pelakunya; dan alasan karena perintah atasan tidak membebaskannya dari pertanggungjawaban pidana, tetapi dapat dipertimbangkan sebagai hal yang meringankan”.

berdasarkan atas Laporan KPP HAM, kemudian melakukan serangkaian penyidikan dengan membentuk Tim Penyidik Pelanggaran HAM di Abepura. Setelah adanya kelengkapan penuntutan maka Pengadilan ini akhirnya sidang pertama dilaksanakan pada tanggal 7 Mei 2004 di Pengadilan Negeri Makassar. Pemilihan pengadilan HAM di Makassar ini berdasarkan pada ketentuan pasal 45 UU No. 26/2000 dimana untuk pertama kalinya pengadilan HAM dibentuk di Jakarta, Medan, Surabaya dan Makassar. Wilayah yurisdiksi pengadilan HAM Makassar meliputi Papua/Irian Jaya.

Kasus lain yang dilakukan penyelidikan berdasarkan adanya dugaan terjadinya pelanggaran HAM di Wasior yang berawal pada tanggal 13 Juni 2001 dan Wamena Papua yang berawal dari peristiwa pada tanggal 4 April 2003. Komnas HAM membentuk KPP HAM Papua yang bekerja pada tanggal 17 Desember 2003 sampai dengan 31 Juli 2004. Laporan KPP HAM Papua ini, setelah menyimpulkan bahwa terdapat dugaan pelanggaran HAM yang berat di dua wilayah tersebut kemudian menyerahkan hasil laporan tersebut ke Kejaksaan Agung untuk ditindaklanjuti ke tahap penyidikan.²⁰

Proses pembentukan pengadilan HAM ini adalah proses peradilan yang tidak melibatkan adanya intervensi pihak lain, misalnya DPR, sebagaimana pengadilan HAM ad hoc. Namun dari pengalaman proses pengadilan HAM Abepura juga terdapat beberapa permasalahan misalnya mengenai pelaksanaan pengadilan HAM di Makassar untuk kasus yang terjadi di Papua. Konsekuensinya adalah keterbatasan dalam menghadirkan para saksi korban dari Papua ke Makassar.

b. Pengadilan HAM ad hoc : Sebelum adanya UU No. 26/2000

Pengadilan HAM ad hoc adalah pengadilan yang dibentuk khusus untuk memeriksa dan mengadili perkara pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan sebelum adanya UU No. 26 Tahun 2000, berbeda dengan Pengadilan HAM (permanen) yang dapat memeriksa dan mengadili perkara pelanggaran HAM yang berat yang terjadi setelah diundangkannya UU No. 26 Tahun 2000.

Ketentuan mengenai pembentukan Pengadilan HAM ad Hoc menurut pasal 43 UU No. 26/2000 adalah:

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.*

Penjelasan pasal 43 ayat (2) menyatakan:

"Dalam hal Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mengusulkan dibentuknya Pengadilan HAM ad hoc, Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia mendasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dibatasi pada locus dan tempos delicti tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini."

Pasal 44 UU No. 26/2000 menentukan tentang prosedur hukumnya :

"Pemeriksaan di Pengadilan HAM ad hoc dan upaya hukumnya dilakukan sesuai dengan ketentuan dalam Undang-undang ini"

Penjelasan pasal 43 UU No. 26/2000 menyatakan bahwa Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang juga sebagai pihak yang mengusulkan dibentuknya pengadilan HAM ad hoc mendasarkan usulannya pada dugaan terjadinya pelanggaran HAM yang berat yang dibatasi pada *locus delicti* dan *tempus delicti* tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini. Masalah rumusan sebagaimana dalam pasal 43 diatas menimbulkan masalah yang cukup serius terutama berkaitan dengan kewenangan DPR untuk menentukan ada tidaknya pelanggaran HAM yang berat berdasarkan pada penjelasan pasal 43 ayat (2). Rumusan ini bisa ditafsirkan bahwa DPR yang dapat menentukan dugaan ada tidaknya pelanggaran HAM yang berat.

Dari ketentuan dalam pasal 43 berkenaan dengan pengadilan HAM ad hoc ini terdapat beberapa hal yang menjadikan proses pengadilan HAM ad hoc sulit diaplikasikan dalam pembentukannya. Beberapa persoalan tersebut adalah a) penerapan

²⁰ Lihat Ringkasan Eksekutif Hasil Penyelidikan Tim Ad hoc Penyelidikan Pelanggaran HAM yang Berat di Papua, tanggal 31 Juli 2004.

tentang asas retroaktif, b) proses pembentukan pengadilan HAM ad hoc dan c) kewenangan DPR dalam menentukan pembentukan pengadilan HAM ad hoc.

b.1. Asas Retroaktif

Adanya Pengadilan HAM ad hoc ini memunculkan persoalan isu tentang asas retroaktif dalam penjelasan umum UU No. 26/2000 yang dianggap sebagai pelanggaran atas asas legalitas dalam hukum pidana.²¹ Dari penjelasan umum dapat disimpulkan bahwa kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan adalah kejahatan atau delik baru dalam hukum Indonesia sehingga setiap penerapan atas delik ini untuk kasus-kasus masa lalu dianggap sebagai berlakunya asas retroaktif.²² Dalam penjelasan umum di atas juga dinyatakan bahwa landasan konstitusional yang digunakan adalah pasal 28 huruf j ayat (2). Dengan ungkapan lain bahwa asas retroaktif dapat diberlakukan dalam rangka melindungi hak asasi manusia itu sendiri.

Kontroversi atas penerapan asas retroaktif ini menunjukkan bahwa terdapat dua perspektif yang bertentangan mengenai penerapan asas retroaktif dalam pelanggaran HAM yang berat. Pandangan pertama mengindikasikan bahwa penerapan asas retroaktif ini bertentangan dengan asas kardinal dalam hukum pidana yaitu asas legalitas dan bertentangan dengan norma-norma yang lain.²³ Sedangkan pandangan kedua, dan ini yang diikuti oleh penyusun undang-undang, bahwa asas legalitas dapat disimpangi berdasarkan hukum internasional.

Pada awalnya praktek peradilan internasional terhadap para pelaku kejahatan internasional (pelanggaran HAM yang berat) ditempuh oleh masyarakat internasional dengan membentuk *ad hoc extrajudicial tribunal*. Telah menjadi kesepakatan universal bahwa sejak berakhirnya perang dunia ke II kejahatan-kejahatan terhadap kemanusiaan harus diperangi dan diadili. Para pelakunya sedapat mungkin diadili, dan jika terbukti bersalah harus dihukum, untuk menunjukkan bahwa jenis kejahatan ini sama sekali tidak bisa ditolerir dan harus dicegah dari kemungkinan berulang dimasa yang akan datang. Pikiran inilah yang mendasari dan menjadi alasan dari pembentukan *ad hoc extra judicial tribunal*. Peradilan ini bersifat *extra legal* atau *extra judicial*, karena dibentuk dengan sangat terpaksa untuk mensiasati kekosongan norma-norma internasional dan adanya pertentangan antara norma internasional dan norma nasional. Peradilan yang dibentuk adalah peradilan untuk kasus Nuremberg dan Tokyo.

Nuremberg Tribunal menerapkan dan mempraktekkan sifat *extra legal* dengan menerapkan definisi yang sangat longgar terhadap prinsip legalitas dan melanggarnya. Para penjahat perang yang dihadapkan ke peradilan tersebut telah diadili

²¹ Penjelasan umum UU No. 26/2000 yang menyatakan dapat diberlakukannya asas retroaktif adalah, "*Mengenai pelanggaran hak asasi manusia yang berat seperti genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang berdasarkan hukum internasional dapat digunakan asas retroaktif, diberlakukan pasal mengenai kewajiban untuk tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang sebagaimana tercantum dalam Pasal 28 J ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 yang berbunyi: "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya 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". Dengan ungkapan lain asas retroaktif dapat diberlakukan dalam rangka melindungi hak asasi manusia itu sendiri berdasarkan Pasal 28 j ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 tersebut.*

²² Kedua jenis kejahatan ini diposisikan sebagai delik baru meskipun dalam hukum pidana kita terdapat juga beberapa pengaturan tentang adalah kejahatan yang berupa pembunuhan (*murder*), perempasan kemerdekaan (*imprisonment*), penyiksaan/penganiayaan (*torture*), dan perkosaan (*rape*) yang sifatnya biasa.

²³ Beberapa ketentuan yang melarang penggunaan asas retroaktif itu adalah KUHP dalam pasal 1, "*Tiada suatu perbuatan dapat dihukum kecuali didasarkan pada ketentuan pidana menurut undang-undang yang telah diadakan terlebih dahulu.*" Ketentuan ini memuat dua asas yaitu "*nulla poena sine lege*" dimana tiada orang dapat dihukum tanpa kesalahan dan kesalahan tersebut haruslah telah dicantumkan terlebih dahulu di dalam undang-undang sebagai suatu sikap atau perbuatan yang dilarang dan diancam dengan hukuman oleh undang-undang. Sedangkan asas yang kedua adalah larangan untuk mempergunakan analogi. Pasal 28I ayat 1 UUD 1945 Amandemen kedua "*hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.*" Pasal 11 ayat (2) Konvensi Sipil dan Politik "*Tidak seorang pun boleh dipersalahkan melakukan tindak pidana karena perbuatan atau kelalaian yang tidak merupakan suatu tindak pidana menurut undang-undang nasional atau internasional, ketika perbuatan tersebut dilakukan. Juga tidak diperkenankan menjatuhkan hukuman yang lebih berat daripada hukum yang seharusnya dikenakan ketika pelanggaran pidana itu dilakukan.*" Pasal 24 ayat (1) Statuta Roma "*Tidak seorang pun bertanggung jawab secara pidana berdasarkan Statuta ini atas perbuatan yang dilakukan sebelum diberlakukannya Statuta ini.*"

dengan norma-norma yang dibuat untuk kepentingan pengadilan itu sendiri. Dalam hal ini berarti, norma-norma itu dibuat untuk melarang, dan kemudian mengadili dan menghukum, terhadap perbuatan-perbuatan yang sudah terjadi, yang sebelumnya tidak dilarang (*ex post facto law*). Dari sini pertama kalinya dilakukan penyimpangan terhadap asas legalitas dengan menerapkan prinsip retroaktif.²⁴ Setelah Pengadilan Nurenbeg dan Tokyo, tidak ada *ad hoc tribunals* yang bisa dikatakan melanggar asas legalitas. Pengadilan untuk bekas negara Yugoslavia melalui ICTY dan untuk Rwanda melalui ICTR dianggap tidak melanggar asas legalitas karena semata-mata belum adanya suatu pengadilan kejahatan internasional yang bersifat permanen sedangkan norma-norma kejahatan tersebut sudah tersedia sejak adanya peradilan Nurenbeg dan Tokyo. Sifat *ad hoc* untuk kedua peradilan baik yugoslavia maupun rwanada tidak mengatur ketentuan yang belum diatur dan diterapkan hukumnya (*ex post facto law*) bagi pelaku kejahatan tetapi karena badan peradilan yang permanen yang berpegang pada asas legalitas belum terbentuk.²⁵

Pandangan yang berbeda terdapat dalam penerapan terhadap kejahatan kemanusiaan sebagai salah satu bentuk kejahatan HAM yang berat. Apabila diterapkan secara retroaktif dianggap tidak melanggar standar asas legalitas dalam hukum pidana internasional, sebab kejahatan tersebut semata-mata merupakan perluasan yurisdiksi (*jurisdiction extention*) dari kejahatan perang (*an outgrowth of war crimes*) dan diterima sebagai hukum kebiasaan internasional (*international customary law*) serta telah diputuskan oleh pengadilan internasional yang bersifat *ad hoc*. Praktek peradilan-peradilan diatas memberikan paradigma dalam perkembangan hukum yang bergeser yakni adanya pandangan yang semula berpegang teguh pada *nullum crimen sine lege* menjadi *nullum crimen sine iure* (tiada kejahatan tanpa Hukum/penghukuman),²⁶ dan yang pandangan yang keduanya menjadi dasar legalitas dari hukum pidana internasional. Prinsip ini menjadikan setiap perbuatan yang merupakan bentuk kejahatan internasional akan dihukum walaupun belum ada hukum yang mengaturnya. Argumen lainnya yaitu bahwa *nullum crimen sine lege* sebenarnya bukan batasan kedaulatan tetapi merupakan prinsip keadilan (*principle of justice*) sehingga menjadi tidak adil ketika yang bersalah tidak dapat dihukum dan dibiarkan bebas (*unpunished*).

Dalam prakteknya ketentuan mengenai asas retroaktif ini telah diakui atau diterima oleh majelis hakim sebagai sebuah asas yang bisa diterapkan.²⁷ Argumen majelis hakim dalam menentukan berlakunya asas retroaktif adalah apabila ditinjau lebih jauh lagi UU No. 26 Tahun 2000 dalam bentuk atau formatnya sejalan dengan penyimpangan atas asas non retroaktif berdasarkan pada preseden proses peradilan Nuremberg tahun 1946 yang mengawali pengecualian atas asas legalitas. Sementara substansi atau norma hukum yang diterapkan terutama yang berkaitan dengan kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Dalam praktek Pengadilan HAM *ad hoc*, Majelis hakim menyatakan bahwa dapat diberlakukannya asas retroaktif adalah berdasarkan pengkajian terhadap praktek pengadilan pidana internasional dari praktek negara-negara sejak pengadilan penjahat perang di Nurenbeg dan Tokyo dan Pengadilan Pidana Internasional *Ad Hoc* untuk Yugoslavia (ICTY) dan Rwanda (ICTR), dan Kasus Adolf Eichman di pengadilan distrik Yerusalem ternyata asas non retroaktif disimpangi demi tegaknya keadilan.

²⁴ Penyimpangan terhadap asas legalitas ini bukannya tanpa disadari oleh para pembentuknya tetapi adanya pemahaman bahwa pelanggaran terhadap asas legalitas ini dipilih secara sadar karena suatu keadaan yang tidak terelakkan, dan adanya komitmen yang sungguh untuk membatasi akibatnya, komitmen untuk membatasi dampak dari pelanggaran asas legalitas ini memberikan sifat *ad hoc* bagi peradilan tersebut. Sifat *ad hoc* ini mempunyai pengertian bahwa harus berakhir ketika kasus yang ditanganinya selesai dan tidak dapat digunakan untuk mengadili kasus-kasus lainnya. Jadi sifat *ad hoc* ini berfungsi untuk *limiting the damage* yang bisa diakibatkan oleh sifat *extra judicial* dari peradilan tersebut. PBHI, *Pengadilan Permanen dan Prinsip Non Retroactivity*, Catatan Kearsah Amandemen KUHP Nasional.

²⁵ PBHI, *Ad Hoc Extra Judicial National Tribunal adalah Alternatif Paling baik*, Executive Pointers, Februari 2000.

²⁶ Lihat Machteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, School of Human Rights Research Series, Volume 12.

²⁷ Mengenai Asasi Retroaktif ini terdapat dalam putusan sela pengadilan HAM *ad hoc* baik untuk kasus pelanggaran HAM yang berat di Timor-timur maupun Tanjung Priok. Penasehat hukum terdakwa secara umum mengajukan keberatan atas penerapan asas retroaktif ini karena bertentangan dengan UUD 1945 amandemen ke 2 (pasal 28 I), bertentangan dengan *Universal Declaration of Human Rights*, bertentangan dengan asas Legalitas dalam KUHP, dan bertentangan dengan rasa keadilan dan kepastian hukum.

Kejahatan kemanusiaan, kejahatan perang, dan genosida merupakan *hostis human generis* (musuh bersama seluruh umat manusia) yang termasuk dalam kejahatan internasional sehingga di bawah yurisdiksi universal. Berdasarkan prinsip yurisdiksi universal ini setiap negara berhak untuk mengadili pelaku kejahatan ini atau untuk mengekstradisikannya ke negara atau pihak lain yang memiliki yurisdiksi tanpa melihat kejadian, kewarganegaraan pelaku maupun kewarganegaraan korban.

Kejahatan terhadap kemanusiaan telah diakui sebagai kejahatan yang mengguncang nurani umat manusia sehingga penghukuman terhadap pelaku mutlak diperlukan tanpa dibatasi waktu dan tempat maka praktek internasional telah menghapuskan batas daluwarsa pemeriksaan sebagaimana disebutkan dalam penjelasan UU No. 26 Tahun 2000 menyatakan bahwa pelanggaran HAM yang berat merupakan *extraordinary crime* dan berdampak secara luas. Dengan ungkapan lain asas retroaktif dapat diperlakukan dalam rangka melindungi HAM itu sendiri berdasarkan pasal 28 j ayat (2) UUD 1945.²⁸

Terlepas dari pemberlakuan asas retroaktif yang berdasarkan praktek internasional tersebut, majelis hakim juga menyatakan bahwa nilai keadilan lebih tinggi daripada kepastian hukum terlebih-lebih perwujudan keadilan universal seperti dalam kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat tidak mengenal ruang dan waktu. Oleh karena itu dalam hal ini non retroaktif dapat dikesampingkan dan masalah ini sebagai aturan khusus. Argumen tentang masalah apakah ada pertentangan antara kepastian hukum dengan keadilan majelis hakim menyatakan bahwa apabila terjadi pertentangan antara dua prinsip maka yang didahulukan adalah prinsip yang dapat mewujudkan keadilan yang lebih nyata.²⁹

Penerapan asas retroaktif ini pernah dimohonkan ke Mahkamah Konstitusi (MK) untuk diuji dengan UUD 1945. Pemohon saat itu adalah Abilio Jose Osorio Soares, Mantan Gubernur Timor-Timur, yang menjadi salah satu terdakwa dalam kasus Pelanggaran HAM yang berat di Timor-Timur pada tahun 1999. Abilio mengajukan permohonan karena menganggap undang-undang Pengadilan HAM, tertama pasal 43 ayat (1) yang digunakan menjeratnya ke penjara bertentangan dengan pasal 28 I ayat (1) UUD 1945, karena mengandung asas berlaku surut (asas retroaktif). Padahal dalam pasal 28 I ayat (1) dinyatakan dengan tegas hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

Majelis hakim MK tidak mengabulkan permohonan untuk mencabut pasal 43 ayat (1) tersebut. Walaupun majelis hakim mengakui pasal 43 memang mengandung ketentuan hukum yang berlaku surut (retroaktif), tetapi majelis masih mempertimbangkan apakah benar pasal tersebut serta merta bertentangan dengan pasal 28 I ayat (1) UUD 1945. Majelis hakim juga mempertimbangkan masalah pengadilan HAM yang memiliki relevansi kuat dengan dunia internasional, yakni mengakui dan menegakkan HAM sudah menjadi tekad masyarakat internasional, termasuk Indonesia. Hakim juga mempertimbangkan kewajiban negara untuk melaksanakan penegakkan HAM seperti yang tercantum dalam UUD 1945, Deklarasi Universal, Ketetapan MPR RI Nomor XVII/MPR/1998, UU Nomor 39 tahun 1999 tentang HAM yang harus dilaksanakan dengan penuh tanggung jawab.³⁰

b.2. Proses Pembentukan

Ketentuan pasal 43 UU No. 26 Tahun 2000 tidak mengatur secara jelas mengenai alur atau mekanisme bagaimana sebetulnya proses perjalanan pembentukan pengadilan HAM ad hoc setelah adanya penyelidikan dari Komnas HAM tentang adanya dugaan terjadinya pelanggaran HAM yang berat. Pengalaman pengadilan HAM ad hoc untuk kasus pelanggaran HAM berat di Timor-timor menunjukkan bahwa mekanismenya adalah Komnas HAM melakukan penyelidikan lalu hasilnya diserahkan ke Kejaksaan Agung, yang kemudian Kejaksaan Agung melakukan penyidikan. Hasil penyidikan diserahkan ke

²⁸ Lihat putusan sela dengan terdakwa Abilio Jose Osorio Soares (Mantan Gubernur Timor-timur) tanggal 4 April 2002.

²⁹ Argumen ini didasarkan pada komparasi mengenai ukuran untuk menentukan ada tidaknya kepastian hukum dan keadilan khusus dalam penegakan HAM yaitu Nilai keadilan tidak diperoleh melalui tingginya nilai kepastian hukum melainkan dari keseimbangan perlindungan hukum atas korban, dan pelaku kejahatan dan semakin serius suatu kejahatan maka semakin besar nilai keadilan yang harus di pertahankan lebih dari nilai kepastian hukum. Lihat Putusan sela dengan terdakwa M. Noer Muis (Mantan Komandan Korem) 164, Timor-timur. Tanggal 20 Agustus 2002.

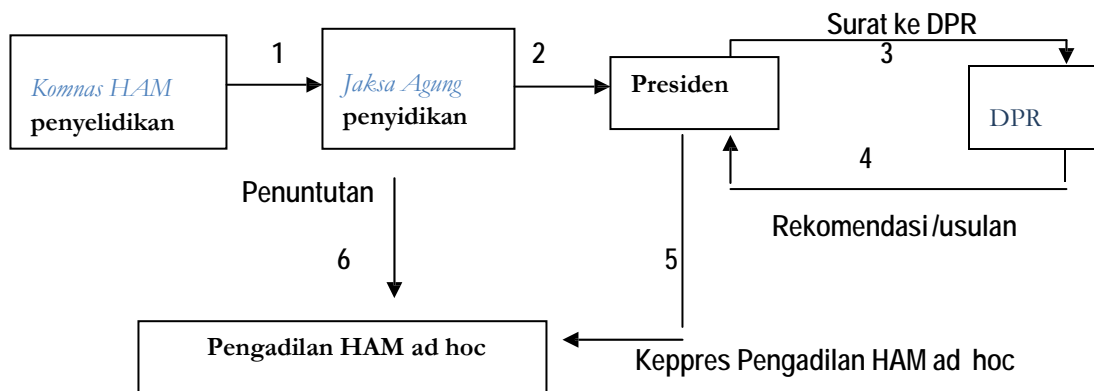
³⁰ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara No. 065 /PUU-II/2004.

presiden. Presiden mengirimkan surat ke DPR lalu DPR mengeluarkan rekomendasi. Presiden selanjutnya mengeluarkan keputusan presiden tentang pembentukan pengadilan HAM ad hoc.

Ketentuan tentang adanya beberapa tahap untuk pembentukan pengadilan HAM ad hoc terhadap kasus pelanggaran HAM yang berat yang berbeda dengan pengadilan HAM biasa. Hal-hal yang merupakan syarat adanya pengadilan HAM ad hoc yaitu :

1. adanya dugaan pelanggaran HAM yang berat atas hasil penyelidikan kasus masa lalu oleh Komnas HAM.
2. adanya hasil penyidikan dari Kejaksaan Agung.
3. adanya rekomendasi DPR kepada pemerintah untuk mengusulkan pengadilan HAM ad hoc dengan *tempos* dan *locus delicti* tertentu.
4. adanya keputusan presiden (keppres) untuk berdirinya pengadilan HAM ad hoc

Skema alur pengadilan HAM ad hoc



Dengan alur proses menuju pengadilan HAM ad hoc yang pernah terjadi untuk kasus Timor-timur dan Tanjung Priok ini dalam prakteknya ternyata tidak bisa menjadi yurisprudensi untuk kasus yang lainnya. Beberapa kasus yang sampai saat ini belum bisa dibawa ke pengadilan ham ad hoc masih terganjal karena tidak jelasnya mekanisme tentang bagaimana sebuah kasus yang diduga sebagai pelanggaran HAM yang berat sebelum UU No. 26/2000 ini. Pengalaman kasus Trisaksi dan Semanggi menunjukkan bahwa pola hubungan kerja antara DPR dengan Komnas HAM tidak jelas dimana pada saat yang bersamaan kedua institusi ini melakukan tindakan penyelidikan untuk kasus tersebut.

Komnas HAM membentuk Komisi Penyelidikan Pelanggaran HAM (KPP HAM) untuk kasus Trisaksi dan Semanggi pada tanggal 5 Juni 2001 sementara DPR membentuk Panitia Khusus yang menentukan bahwa kasus Trisaksi dan Semanggi bukan merupakan pelanggaran HAM yang berat dan pada tanggal 28 Juni 2001 (melalui Bamus) merekomendasikan agar penanganan ketiga kasus tersebut dilakukan melalui pengadilan umum dan pengadilan militer.³¹ Dari kasus ini menunjukkan bahwa ada ketidakjelasan yang mempunyai implikasi atas kekacauan dalam penerapan UU No. 26/2000 terutama dalam membentuk pengadilan HAM ad hoc.

³¹ Ketidakjelasan penerapan kewenangan ini terbukti dengan dicabutnya rekomendasi terdahulu mengenai tidak adanya pelanggaran HAM yang berat dalam kasus-kasus tersebut oleh Komisi III DPR periode 2004- 2009. Komisi III yang membawahi masalah Hukum dan HAM menyatakan akan meninjau ulang Rekomendasi DPR yang lalu.

b.3. Kewenangan DPR

Dari proses menuju pengadilan HAM ad hoc ini, ketentuan yang menimbulkan permasalahan adalah adanya kewenangan DPR untuk dapat mengusulkan adanya pengadilan HAM ad hoc.³² DPR sebagai lembaga politik dianggap sebagai pihak yang dapat menentukan untuk mengusulkan adanya pengadilan HAM ad hoc untuk pelanggaran HAM yang berat dimasa lalu karena pelanggaran HAM yang berat tersebut lebih banyak bernuansa politik sehingga lembaga politik yang paling cocok adalah DPR. Adanya ketentuan ini bisa dikatakan sebagai kontrol atas adanya pengadilan HAM ad hoc sehingga adanya pengadilan HAM ad hoc untuk kasus pelanggaran HAM berat di masa lalu tidak akan dapat dilaksanakan tanpa adanya usulan dari DPR. Hal ini secara implisit sama halnya dengan memberikan kewenangan kepada DPR dengan memandang bahwa pelanggaran HAM berat ini dalam konteks politik dan dapat menyatakan ada tidaknya pelanggaran HAM yang berat.³³

Konsep awal pelibatan DPR dalam menentukan perlu atau tidaknya sebuah pengadilan ham ad hoc dibentuk didasarkan pada pertimbangan hukum maupun politik. Pertimbangan hukum utama adalah bahwa pelibatan DPR sebagai lembaga yang mempunyai otoritas membentuk UU digunakan untuk menembus asas retroaktif. Dalam perpektif tertentu, delik kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genosida adalah delik baru yang tidak bisa diberlakukan secara surut karena akan melanggar asas kardinal dalam hukum pidana. Konsep pelibatan DPR dalam menentukan pembentukan pengadilan ham ad hoc ini juga menggunakan model pembentukan mekanisme pengadilan internasional oleh Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB) dimana pembentukan pengadilan internasional ini melalui serangkaian proses tertentu.

Dalam Pengadilan HAM ad hoc untuk kasus pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di Timor-timur juga melalui mekanisme dalam pasal 43 UU No. 26 Tahun 2000. Langkah pertama adalah adanya penyelidikan yang dilakukan oleh Komnas HAM sesuai dengan ketentuan dalam Perpu No. 1 Tahun 1999 mengenai pengadilan HAM. Dalam perpu ini dinyatakan pihak yang berwenang melakukan penyelidikan adalah Komnas HAM, terutama dalam hal kejahatan terhadap kemanusiaan. Komnas HAM kemudian untuk penyelidikan membentuk KPP-HAM yang memiliki ruang lingkup tugas yaitu mengumpulkan fakta dan mencari berbagai data, informasi tentang pelanggaran HAM di Timtim yang terjadi sejak Januari 1999 sampai dikeluarkannya TAP MPR yang mengesahkan hasil jejak pendapat. Proses selanjutnya adalah dilakukannya penyidikan oleh Kejaksaan Agung dari hasil penyelidikan oleh Komnas HAM. Setelah melalui proses persetujuan DPR, hasil usulan sidang pleno DPR,³⁴ akhirnya presiden mengeluarkan dua buah keppres yaitu Keppres No. 53 Tahun 2001 dan Keppres No. 96 Tahun 2001. Keluarnya dua buah keppres ini karena Keppres Nomor 53 tahun 2001, dianggap mempunyai yurisdiksi yang terlalu luas (tidak membatasi secara spesifik baik wilayah maupun waktunya). Kemudian wilayah dan waktu ini dipersempit dengan Keppres No. 96 tahun 2001 dan yurisdiksi menjadi tiga wilayah yaitu wilayah Liquica, Dili, dan Suai dengan batasan waktu antara bulan April dan September 1999.³⁵

Berdasarkan fungsi DPR, adanya kewenangan DPR untuk memberikan rekomendasi atau usul pembentukan pengadilan HAM ini merupakan bentuk penyimpangan dari kewenangannya. Pencampuradukan kewenangan legislatif dengan otoritas

³² Penjelasan Umum UU No. 26/2000 : *Mengenai pelanggaran hak asasi manusia yang berat seperti genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang berdasarkan hukum internasional dapat digunakan asas retroaktif, Oleh karena itu Undang-undang ini mengatur pula tentang Pengadilan HAM ad hoc untuk memeriksa dan memutus perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya Undang-undang ini. Pengadilan HAM ad hoc dibentuk atas usul Dewan Perwakilan Rakyat berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keputusan Presiden dan berada di lingkungan Peradilan Umum.*

³³ Adanya kewenangan DPR untuk mengusulkan adanya pengadilan HAM ad hoc inilah yang banyak menghambat proses kearah adanya pengadilan HAM ad hoc karena DPR menganggap tidak ada pelanggaran HAM berat dari hasil penyelidikan Komnas HAM. Contohnya adalah kasus trisaksi dan semanggi yang sampai sekarang tidak dapat dibawa ke pengadilan HAM ad hoc.

³⁴ Melalui keputusan DPR-RI No 55/DPR-RI/III/2001 tanggal 21 Maret 2001

³⁵ Pasal 2 Keppres No. 96 tahun 2001 menyatakan “ pengadilan HAM ad hoc sebagaimana dimaksud dalam pasal 1 berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran ham yang berat yang terjadi di Timor Timur dalam wilayah hukum Liquisa, Dili, dan Suai pada bulan April 1999 dan bulan September 1999, dan yang terjadi di Tanjung Priok pada bulan September 1984.”Penyempitan yurisdiksi ini menimbulkan konsekuensi serius yaitu kasus-kasus pelanggaran HAM yang terjadi di Timor Timur dalam rentang pasca jajak pendapat tidak semuanya dapat diungkap, termasuk para pelakunya sehingga kesempatan untuk membuktikan adanya unsur *sistematik* dan *meluas* dalam kasus-kasus pelanggaran HAM yang terjadi di Timor Timur dalam rentang antara pra dan pasca jajak pendapat pun sedikit-banyak terhalang. Lihat progress report pemantauan pengadilan HAM ad hoc ELSAM ke X. Tanggal 28 Januari 2003

yudisial mengakibatkan ketidakjelasan ukuran dan standar suatu kasus pelanggaran HAM yang berat masa lalu dapat dibawa ke pengadilan atau tidak. Terlebih bahwa lembaga semacam Dewan Perwakilan Rakyat adalah lembaga politik yang dalam setiap pertimbangan untuk keputusan lebih banyak dilakukan berdasarkan kepentingan politik dan bukan berdasarkan argumen hukum sebagaimana hasil kesimpulan dari penyelidikan Komnas HAM maupun Penyidikan Kejaksaan Agung.

Pengaturan yang demikian kontradiktif dengan ketentuan yang menyatakan bahwa Komnas HAM adalah satu-satunya lembaga yang mempunyai kewenangan untuk melakukan penyelidikan kasus pelanggaran HAM yang berat. Tujuan Komnas HAM sebagai satu-satunya lembaga yang mempunyai kewenangan penyelidikan adalah berkaitan dengan independensi Komnas HAM yang akan berpengaruh pada obyektivitas hasil penyelidikan jika dibandingkan dengan lembaga lainnya misalnya institusi Kepolisian.³⁶

Tidak jelasnya penyelesaian kasus Trisakti dan Semanggi akibat adanya rekomendasi panitia khusus DPR yang menyatakan bahwa kasus penembakan mahasiswa Trisakti tidak berindikasikan pelanggaran HAM yang berat sehingga bisa diselesaikan dengan pengadilan militer. Sementara Komnas HAM, berdasarkan hasil penyelidikannya, menyatakan bahwa kasus Trisakti berindikasi adanya pelanggaran HAM. Dari rekomendasi DPR tersebut pihak kejaksaan Agung, sebagai penyidik, tidak bisa melakukan proses selanjutnya, misalnya ke penuntutan. Hasil KPP Komnas HAM yang menyatakan adanya dugaan pelanggaran HAM yang berat dalam kasus tersebut, sebagai hasil sebuah lembaga independen dan oleh karenanya ditunjuk untuk menjadi satu-satunya lembaga yang mempunyai kewenangan menyelidik kasus pelanggaran HAM yang berat, hasil penyelidikannya seolah-olah tidak berarti apapun dihadapan DPR. Hal ini berarti bahwa kewenangan DPR yang tidak jelas ditentukan dalam UU No. 26/2000 mereduksi secara sistematis hasil kerja penyelidikan Komnas HAM sebagai lembaga yang independen sebagaimana diamanatkan dalam UU tersebut.

Fakta diatas menunjukkan bahwa ada persoalan serius dalam penyelesaian perkara pelanggaran HAM yang berat masa lalu. *Pertama*, secara konseptual dalam UU No. 26/2000 memang memberikan kewenangan DPR untuk menyatakan ada atau tidak pelanggaran HAM yang berat atau sebetulnya DPR hanya mempunyai hak secara politik untuk menilai perlu atau tidaknya sebuah pengadilan HAM ad hoc untuk peristiwa tertentu dibentuk. *Kedua*, apakah kewenangan untuk menilai perlunya pembentukan pengadilan ham ad hoc ini sesuai tidak menyalahi atau intervensi atas kewenangan yudikatif untuk menentukan penyelesaian sebuah kasus pelanggaran ham yang berat. *Ketiga*, bagaimana penyelesaian sengketa antara otoritas yudikatif, misalnya hasil penyelidikan Komnas HAM yang menyatakan ada dugaan pelanggaran HAM yang berat berbeda dengan hasil kesimpulan lembaga legislatif yang menyatakan tidak ada indikasi Pelanggaran HAM yang berat.

Berbagai macam problem mengenai hubungan antara otoritas yudisial dengan legislatif menyebabkan beberapa kasus sampai saat ini tidak jelas penuntasannya. Baik parlemen maupun Kejaksaan Agung tidak pernah secara tegas menyatakan bahwa kasus pelanggaran yang disengketakan penyelesaiannya telah dinyatakan tidak dapat dibentuk Pengadilan HAM karena tidak ada rekomendasi dari DPR dan oleh karenanya Kejaksaan Agung tidak bisa melanjutkan ke proses pro iusticia berikutnya. Kegamangan ini setidaknya tercermin dari adanya upaya peninjauan kembali atas keputusan DPR masa lalu yang menyatakan tidak ada pelanggaran HAM.

Persoalan yang berkaitan dengan legitimasi peran DPR yang memasuki wilayah yudisial, seperti dikemukakan diatas, ternyata juga menimbulkan konflik kepentingan antara dua otoritas yakni yudisial dengan legislatif. Kesulitan utama adalah bagaimana menyelesaikan sengketa atas tafsir UU yang berbeda. Kesulitan ini tidak menjadi semakin sulit jika sengketa terjadi antara lembaga yudisial mengenai kewenangan untuk memeriksa dan memutus sengketa kewenangan untuk mengadili yang dalam sistem hukum kita ini merupakan kewenangan dari Mahkamah Agung. Padahal, pokok sengketa adalah mengenai hasil penyelidikan pro iusticia dari sebuah lembaga negara yang mempunyai kewenangan untuk melakukan penyelidikan dengan hasil kesimpulan lembaga politik semacam DPR. Ada dua hal dari kondisi ini, *pertama* adalah intervensi lembaga politik dalam wilayah yudikatif dengan adanya penyimpulan yang berbeda atas status sebuah peristiwa hukum yang

³⁶ Penjelasan pasal 18 ayat (1): "Kewenangan penyelidikan hanya dilakukan oleh Komisi Nasional Hak Asasi Manusia dimaksudkan untuk menjaga objektivitas hasil penyelidikan karena lembaga Komisi Nasional Hak Asasi Manusia adalah lembaga yang bersifat independen."

berkaitan pada gugurnya hasil penyelidikan lembaga yudisial. *Kedua*, bagaimana penyelesaian sengkata atau pendapat yang berbeda antara dua lembaga yang sebetulnya dalam posisi yang tidak sama.

Kondisi ini membuktikan bahwa pengaturan dalam UU No. 26/2000 tentang proses terbentuknya pengadilan HAM ad hoc tidak bisa diinterpretasikan secara jelas. Tidak ada interpretasi yang secara tegas menentukan kewenangan DPR dalam memberikan rekomendasi. Pernyataan atau interpretasi hanya dikemukakan secara terpisah oleh anggota parlemen yang ikut menyusun UU No. 26/2000 yang secara tegas menyatakan bahwa kewenangan DPR bukan untuk menentukan ada tidaknya pelanggaran HAM tetapi hanya menentukan perlu atau tidaknya pembentukan pengadilan HAM dan oleh karena sangat dimungkinkan adanya pengkajian ulang atas rekomendasi terdahulu yang salah menentukan posisi DPR terhadap penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu.³⁷

Perihal kewenangan DPR ini, salah satu terdakwa kasus pelanggaran HAM di Timor-Timur, Eurico Guterres mengajukan uji material ke MK terhadap pasal 43 ayat (2) UU No. 26/2000 khususnya terkait dengan kata "dugaan" sebagaimana dalam penjelasan pasal 43 ayat (2) tersebut. Majelis Hakim MK berpendapat untuk menentukan perlu tidaknya pembentukan Pengadilan HAM ad hoc atas suatu kasus tertentu menurut "locus" dan "tempus delicti", memang memerlukan keterlibatan institusi politik yang mencerminkan representasi rakyat yaitu DPR, akan tetapi, DPR dalam merekomendasikan pembentukan Pengadilan HAM ad hoc harus memperhatikan hasil penyelidikan dan penyidikan dari institusi yang memang berwenang untuk itu, sehingga DPR tidak akan serta merta menduga sendiri tanpa memperoleh hasil penyelidikan dan penyidikan terlebih dahulu dari institusi yang berwenang. Majelis hakim menambahkan bahwa Komnas HAM sebagai penyidik dan Kejaksaan Agung sebagai penyidik sesuai UU Pengadilan HAM. Kata "dugaan" dalam penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU Pengadilan HAM dapat menimbulkan ketidakpastian hukum, sebagai akibat dapat ditafsirkannya kata dugaan. Jadi majelis hakim hanya memberikan penafsiran tentang maksud kata "dugaan" dengan menyatakan inkonstitusional dan tidak membatalkan pasal 43 ayat (2) UU No. 26/2000.³⁸ Putusan MK ini memberikan sedikit "kepastian" tentang proses pembentukan Pengadilan HAM Ad hoc.

3. Pelanggaran HAM Yang Berat dan Pertanggung Jawaban

UU 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 penjelasan 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

³⁷ Pendapat ini disampaikan oleh Akil Mochtar, anggota fraksi Golkar dan Lukman Hakim Syaifuddin (fraksi Persatuan Pembangunan) dalam Diskusi laporan HAM Elsam, Februari, 2005.

³⁸ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 18/PUU-V/2007.

Asasi Manusia, Perpu No. 1 tahun 1999 tentang Pengadilan HAM dan kemudian UU No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM, dimana masing-masing pengetahuan tentang pelanggaran HAM yang berat mempunyai pendefinisian yang berbeda.

Pada awalnya konsep atau definisi tentang pelanggaran hak asasi manusia dalam kategori berat muncul pada saat terbitnya Perpu No. 1 Tahun 1999.³⁹ UU No. 39 Tahun 1999 juga mendefinisikan konsep pelanggaran HAM yang berat dalam pasal 104.40 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 sistematis atau meluas seperti yang disyaratkan dalam kategori kejahatan terhadap kemanusiaan sepanjang kejahatan tersebut termasuk dalam pelanggaran ham yang berat dan/atau merupakan pelanggaran terhadap *ius cogen*. Sedangkan rumusan berdasarkan UU No. 39/1999 telah mencakup rumusan yang luas dan terperinci.⁴¹

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.⁴⁴

³⁹ 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 maupun 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.

⁴⁰ Menurut pasal 104 UU No. 39/1999 yang dimaksud dengan dengan pelanggaran HAM yang berat adalah pembunuhan massal (*genocide*), pembunuhan sewenang-wenang atau diluar putusan pengadilan (*arbitrary/extra judicial killing*), penyiksaan, penghilangan orang secara paksa, perbudakan, atau diskriminasi yang dilakukan secara sistematis (*systematic discrimination*).

⁴¹ Asmara Nababan, *Penyelesaian Pelanggaran HAM yang Berat: belajar dari pengalaman*, Jurnal HAM, Komisi Nasional HAM, Jakarta. 2004.

⁴² Penjelasan umum UU No. 26/2000 menyatakan bahwa *Pelanggaran hak asasi manusia 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..."*

⁴³ Mengenai tidak masuknya rumusan kejahatan seperti dalam huruf k dalam statuta 1998 tidak diketahui secara pasti namun sebelumnya ada pandangan fraksi TNI/Polri yang menyatakan bahwa rumusan ini tidak mempunyai kepastian hukum karena tidak didefinisikan secara jelas mengenai bentuk kejahatannya. Namun, dalam prakteknya dalam kasus Tanjung Priok pasal ini menjadi penting untuk menjerat kejahatan yang mempunyai karakteristik yang sama.

⁴⁴ Asmara Nababan, *Penyelesaian Pelanggaran HAM yang Berat: Belajar dari pengalaman*, Jurnal HAM, Komisi Nasional HAM, Jakarta. 2004. Alasan lain yang juga dikemukakan adalah bahwa munculnya berbagai kerancuan ini karena terletak pada

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 didefinisikan 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 Hubungan Luar 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 praktisnya selalu 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).

UU 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

Undang-Undang No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, memasukan genosida⁴⁷ 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:

- a. membunuh anggota kelompok;
- b. mengakibatkan penderitaan fisik atau 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

hasil kerja dari kekuatan-kekuatan politik status quo di parlemen yang ingin menyelamatkan para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan (baik sipil maupun militer) dari jaring keadilan.

⁴⁵ Ifdhal Kasim, Elemen-elemen Kejahatan Dari "Crimes Against Humanity": Sebuah Penjelajahan Pustaka, Jurnal HAM, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Jakarta, 2004.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷Istilah 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 Departemen 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.

- 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 genosida 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 Statutnya. 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 yurisdiksi *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:

- a. Membunuh anggota kelompok tersebut;
- b. Menimbulkan luka fisik atau mental yang serius terhadap para anggota kelompok tersebut;
- c. Secara sengaja menimbulkan kondisi kehidupan atas kelompok tersebut yang diperhitungkan akan menyebabkan kehancuran fisik secara keseluruhan atau untuk sebagian;
- d. Memaksakan tindakan-tindakan yang dimaksud untuk mencegah kelahiran dalam kelompok tersebut;
- e. 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 sebagian” : bahwa pelaku tidak perlu bermaksud untuk menghancurkan seluruh anggota kelompok tetapi cukup sebagian intinya saja.

⁴⁸ Bandingkan dengan Statuta Roma yang menjelaskan secara rigid dan rinci mengenai unsur-unsur dari kejahatan genosida ini.

⁴⁹ Untuk selanjutnya disebut sebagai ICTR, dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB No.955, tanggal 8 November 1994

- Pengertian “kelompok yang dilindungi” : ada empat kelompok yang memiliki peluang untuk dijadikan sebagai sasaran dari kejahatan genosida. Kelompok tersebut adalah yang didasari 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 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 secara fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar (asas-asas) ketentuan pokok hukum internasional,
- f) penyiksaan,
- g) perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lain yang setara,
- h) penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional,
- i) penghilangan orang secara paksa, atau;
- j) 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 sistematis atau meluas yang diadopsi dari kata *widespread* or *systematic* tidak dijelaskan dalam undang-undang ini.⁵² Padahal, kedua hal ini penting untuk menunjukkan sifat khusus pada sifat 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 definisi ketiga elemen itu membuka bermacam interpretasi di pengadilan.

⁵⁰ Istilah “kejahatan terhadap kemanusiaan” (*crimes against humanity*) dikembangkan sejak *Petersburg Declaration* tahun 1868. Sebagai suatu konsep pidana, semula dikembangkan dalam konteks hukum perang berdasarkan Konvensi Den Haag 1907 (*Hague Convention*) yang merupakan kodifikasi dari hukum kebiasaan mengenai konflik bersenjata. Konvensi ini menyatakan bahwa hukum kemanusiaan (*laws of humanity*) merupakan dasar perlindungan bagi pihak kombatan maupun penduduk sipil dalam suatu 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.

⁵¹ 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.

⁵² Statuta Roma juga sebenarnya tidak mempunyai penjelasan mengenai meluas atau sistematis ini.

Kedua, adanya penerjemahan yang keliru dalam pasal 7 Statuta Roma oleh undang-undang No. 26 tahun 2000, yaitu untuk kata: *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 berimplikasi bahwa seolah-olah hanya para pelaku langsung di lapangan sajalah yang dapat dikenakan pasal ini, sedangkan pelaku di atasnya yang membuat kebijakan tidak akan tercakup oleh pasal ini.

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

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 interpretasi 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 ICTY⁵⁷ dan ICTR.⁵⁸

⁵³ Pasal 9 UU no.26/2000

⁵⁴ Sebagai perbandingan dapat dirujuk penjelasan dalam Pasal 30 ayat 2 & 3, Statuta Roma, yang mengatur mengenai *mental element*: *For the purposes of this article, a person has intent where: (2) (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence that person means to cause that consequence or is aware that it will occur ordinary course of events. (3) For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.*

⁵⁵ Statuta Roma, jenis-jenis kejahatan adalah; *a) murder, b) extermination, c) enslavement, 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, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the court, i) enforced disappearance of persons, the crime of apartheid, k) other inhuman acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or mental or physical health.*

⁵⁶ Piagam Nurenberg menyatakan: *"...Crimes against humanity: murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against civilian populations, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated."* Piagam Nurenberg untuk pertama kalinya, mengakui dan menetapkan bahwa kejahatan terhadap kemanusiaan merupakan hukum positif internasional. Selanjutnya Mahkamah Pidana untuk Timur Jauh, di Tokyo, mengikuti ketentuan yang terdapat dalam Piagam Nurenberg. Namun demikian, setelah itu tidak ada Konvensi Internasional yang secara khusus mengatur mengenai kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) sebagaimana yang telah diatur dalam Piagam Nurenberg dan *International Military Tribunal for Far East (IMTFE)*.

⁵⁷ Statuta ICTY merumuskan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai *"...Perbuatan-perbuatan yang dilakukan pada saat konflik bersenjata, baik internasional maupun internal, dan ditujukan terhadap penduduk sipil: a. Pembunuhan; b. Pemusnahan; c. Perbudakan; d. Deportasi; e. Pemenjaraan atau perampasan kemerdekaan sewenang-wenang; f. Penyiksaan; g. Perkosaan; h.*

Berdasarkan perbandingan jenis-jenis kejahatan yang diadopsi terdapat beberapa kesalahan penerjemahan 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 dalam 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.

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 UU 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

Persekusi yang didasari oleh politik, ras dan agama; i. Tindakan tidak manusiawi lainnya. Lihat *Statute of the International Tribunal (Adopted 25 May 1993)*.

⁵⁸ 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*.

⁵⁹ Pengaturan mengenai penganiayaan terdapat dalam pasal 351 – 358 KUHP.

⁶⁰ Mengenai seluruh kerancuan ini, 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 menyelamatkan para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan, baik sipil maupun militer dari jaring keadilan.

⁶¹ 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 menyelamatkan para pelaku kejahatan terhadap kemanusiaan, baik sipil maupun militer dari jaring keadilan.

- harus melibatkan angkatan bersenjata, atau kelompok bersenjata, dan 3) Syarat terpenuhi jika penduduk sipil adalah objek utama dari serangan.
- 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 konstruktif. Secara khusus, pelaku tidak perlu mengetahui bahwa tindakannya itu adalah tindakan yang tidak manusiawi atau merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan.

b. Bentuk Pertanggungjawaban Pelaku : Komandan Militer dan Atasan Polisi atau Sipil

Salah satu delik penting dalam UU No. 26/2000 adalah ketentuan mengenai tanggungjawab komando dan tanggung jawab atasan polisi dan sipil lainnya. Delik ini penting karena karakteristik 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 yurisdiksi 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 kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya pada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan

(2) 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 melakukan pengendaliannya terhadap bawahannya secara patut dan benar, yakni :

- a. 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
- b. 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 under this statute for crimes within the jurisdiction of the court:

- (a) *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:*
 - (i) *that military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and*
 - (ii) *that military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power or to repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.*
- (b) *With 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:*
 - (i) *the superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about such crimes;*
 - (ii) *The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and*
 - (iii) *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 kesalahan 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

⁶² Lihat Progress Report ELSAM IV.

⁶³ "...seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atasan baru saja melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat." Bandingkan dengan perumusan dalam Statuta Roma, yang secara khusus merujuk pada perbuatan yang sedang dilakukan atau akan dilakukan (ps 28)

pengaturan lebih lanjut, penggunaan rumusan “tindakan yang layak dan diperlukan (pasal 42 ayat 1b)” menyulitkan perumusan unsur pidananya mengingat rumusan ini bersifat sangat interpretatif.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 (*dereliction 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 kejahatan atau 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.⁶⁷

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 bersenjata.
 - + dapat dipertanggungjawabkan : Pasal 42 Undang-Undang ini menggunakan istilah ‘dapat’ sedangkan dalam teks asli Pasal 28 (a) Statuta Roma menggunakan istilah ‘shall be criminally 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’.

⁶⁴ *op.cit* hal 4, Bandingkan dengan standar hukum kebiasaan internasional mengenai tanggung jawab pidana atas kelalaian melaksanakan tugas (*dereliction of duty*) dan kealpaan (*negligence*). Standar hukum kebiasaan 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.⁶⁴ Tentang apakah seseorang tersebut “seharusnya mengetahui” harus diuji sesuai keadaan yang terjadi dan dengan melihat juga orang/pejabat lain yang setara dengan tertuduh.

⁶⁵ *ibid*

⁶⁶ *Ibid*

⁶⁷ Lihat *Preliminary Conclusive Report*, Pengadilan HAM ad hoc Timor-timur dibawah standar, Elsam, 4 Juli 2002

- 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.

4. Hukum Acara Pengadilan HAM

Pelanggaran HAM yang berat adalah kejahatan yang sifatnya *extraordinary crimes* yang merupakan kejahatan internasional dan musuh umat manusia. Kejahatan ini mempunyai perumusan dan sebab terjadinya yang sangat berbeda dengan kejahatan pidana biasa. Dengan perbedaan jenis kejahatan dan akibat yang ditimbulkan dari kejahatan ini tidak mungkin memperlakukan pelanggaran HAM yang berat dengan dengan upaya biasa dan memerlukan sebuah pengadilan yang sifatnya khusus dengan hukum acara yang bersifat khusus pula.

UU No. 26 Tahun 2000 disamping mengatur tentang delik kejahatan yang termasuk pelanggaran HAM yang berat juga mengatur tentang kekhususan dari proses pengadilan HAM. Kekhususan mengenai proses pengadilan HAM ad hoc meliputi proses beracara yang khusus bila dikaitkan dengan proses peradilan pidana yang berdasarkan Kitab Undang-undangan Hukum Acara Pidana. Kekhususan itu adalah berkaitan dengan kewenangan lembaga penegak hukum dalam proses pemeriksaan baik dalam tahap penyelidikan, penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di pengadilan. Kekhususan dalam tahapan-tahapan itu adalah berkaitan dengan sifat ad hoc dari masing-masing pihak yang melakukan pemeriksaan. Sifat ad hoc menunjuk pada konteks kasus yang ditangani atau menunjuk pada jangka waktu bekerjanya. Dalam tahap penyelidikan yang dilakukan oleh Komnas HAM dapat membentuk tim penyelidik ad hoc, demikian pula dalam tahap penyidikan dan penuntutan Jaksa Agung dapat mengangkat tim ad hoc. Dalam proses pemeriksaan di pengadilan sifat ad hoc dan khusus ini ditunjukkan dengan adalah hakim ad hoc yang diangkat dalam jangka waktu 5 Tahun untuk mengadili perkara pelanggaran ham yang berat.

Sifat khusus lainnya adalah mengenai jangka waktu yang ditetapkan secara terbatas dalam UU No. 26 Tahun 2000 dalam setiap tahapan proses peradilan. Jangka waktu ini ditujukan untuk membuat setiap tahapan proses peradilan berjalan dengan efisien. Kekhususan lainnya adalah mengenai pengaturan khusus berkenaan dengan perlindungan saksi dan korban juga pengaturan mengenai kompensasi, restitusi dan rehabilitasi yang merupakan hak korban pelanggaran ham yang berat.

Penjelasan Umum UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM menekankan tentang kekhususan dari pengadilan HAM. Berdasarkan pengalaman proses peradilan yang telah dilakukan oleh pengadilan HAM ad hoc untuk kasus pelanggaran HAM yang berat Timor-timur dan Tanjung Priok ternyata pengaturan mengenai hukum acara yang khusus berdasarkan ketentuan UU No. 26 Tahun 2000 maupun KUHAP tidak cukup memadai. Alasan bahwa ketentuan hukum acara yang tidak memadai ini timbul mengingat selama proses peradilan HAM yang telah dijalankan masih menghadapi berbagai macam kendala dimana dalam beberapa pengaturannya tidak dapat dijalankan dan cenderung diabaikan atau dilanggar. Disamping itu ketentuan KUHAP juga tidak mampu menjawab berbagai macam persoalan yang muncul berkenaan dengan proses acara dan pembuktian selama berlangsungnya proses pengadilan.⁶⁸

⁶⁸ Mengenai hukum acara pengadilan HAM secara rinci dapat dilihat di makalah “Pengadilan HAM di Indonesia”, Seri Bacaan Kursus HAM untuk Pengacara ke XI, Elsam, 2007.

5. Perlindungan Saksi

Pengaturan tentang perlindungan saksi dan korban terdapat dalam pasal 34 UU No. 26 Tahun 2000 yang selanjutnya diatur dengan PP No. 2 Tahun 2002 tentang tata caranya perlindungannya. Dalam pasal 34 Perlindungan terhadap saksi korban ini adalah perlindungan secara fisik dan mental dari ancaman, gangguan, terror dan kekerasan dari pihak manapun dan perlindungan ini wajib dilaksanakan oleh aparat penegak hukum dan aparat keamanan secara cuma-cuma.

Dalam PP disebutkan bahwa perlindungan terhadap saksi dan korban ini dapat dilakukan terhadap perlindungan ancaman fisik dan mental, perahasiaan identitas saksi dan korban dan perlindungan selama proses pemeriksaan dengan dapat diperiksa tanpa hadirnya terdakwa. Mekanisme untuk adanya perlindungan ini dapat dilakukan secara langsung oleh aparat keamanan dan melalui permohonan dari saksi dan korban dalam setiap tahapan pemeriksaan yang kemudian dilanjutkan dengan kepada pihak yang berwenang. Perlindungan ini meliputi perlindungan dalam tahap penyelidikan, penyidikan dan penuntutan.

Berdasarkan regulasi tersebut, belum jelas bagaimana bentuk perlindungan ini akan dijalankan oleh aparat penegak hukum dan aparat keamanan. Dalam hal ini tidak ada acuan operasional untuk bagaimana prosedur perlindungan dan bagaimana perlindungan ini dilakukan dalam kaitannya selama proses beracara baik dalam tahap penyelidikan, penuntutan dan pemeriksaan di pengadilan secara khusus. Disamping itu tidak ada juga sanksi atau konsekuensi atas tidak dilakukannya perlindungan saksi dan korban oleh aparat keamanan dan aparat penegak hukum.

Dengan tidak diurnya mekanisme perlindungan saksi dan korban selama proses pemeriksaan peradilan ini selanjutnya mengacu pada ketentuan dalam KUHAP. Dalam KUHAP sendiri memang telah ada pengaturan tentang hak-hak kepada saksi namun pengaturan ini sendiri tidak cukup memadai sebagai aturan operasional atau beracara terhadap pengadilan terhadap kasus pelanggaran HAM yang berat.⁶⁹ KUHAP telah mengatur tentang beberapa hak saksi diantaranya adalah hak untuk didampingi penerjemah, hak untuk tidak diajukan pertanyaan yang menjerat, hak untuk mendapatkan penggantian biaya atas kehadirannya di pengadilan. Dalam KUHAP tidak ada pengaturan mengenai perlindungan saksi secara khusus terutama berkaitan dengan tahapan-tahapan dan sampai kapan perlindungan terhadap saksi dapat dilakukan.

Pengalaman pengadilan HAM ad hoc kasus pelanggaran HAM yang berat di Timor-timur menunjukkan bahwa ada keengganan saksi terutama saksi korban untuk datang ke pengadilan dan bersaksi. Keengganan ini banyak diakibatkan oleh ketakutan terhadap keamanan dirinya dan terlebih ketika ada saksi korban yang datang ke pengadilan untuk bersaksi tetapi mengalami tekanan dan intimidasi selama proses pemeriksaan terhadap dirinya. Saksi korban terutama para saksi kunci tidak dapat menghadiri persidangan dengan alasan yang sama yaitu mengenai keamanan. Terbukti dipersidangan beberapa saksi korban yang datang ke pengadilan mengalami celaan dan cemoohan dari pengunjung dan tidak ada langkah-langkah yang memadai dari penasehat hukum maupun jaksa untuk melindungi privasi dan kenyamanan saksi. .

Metode perlindungan saksi dalam bentuk tidak diperiksa tanpa hadirnya terdakwa ditafsirkan sebagai dasar legitimasi dapat diberlakukannya media *teleconference* meskipun tafsir ini tidak benar secara yuridis karena antara terdakwa dengan saksi masih berhadapan-hadapan meskipun tidak secara langsung. Dengan diberlakukannya kesaksian melalui media *teleconference* ini berdampak pada jumlah saksi korban yang bersedia memberikan kesaksian. Hal ini menunjukkan bahwa signifikansi perlindungan saksi dan korban akan berpengaruh terhadap proses pencarian kebenaran dan pengungkapan kebenaran dipengadilan.

Perlu adanya pengaturan khusus berkenaan dengan perlindungan terhadap saksi dan korban diluar ketentuan dalam KUHAP. Klausul-klausul khusus perlu diberikan misalnya dengan memberikan ketentuan yang memungkinkan saksi untuk dapat memberikan kesaksian tertentu demi perlindungan dirinya. Demikian pula dengan pemberian hak-hak tertentu kepada saksi korban terutama korban yang mengalami trauma akibat pelanggaran HAM yang berat yang terjadi. Saksi korban dalam hal-hal tertentu juga seharusnya diberikan kesempatan untuk mengungkapkan pernyataannya (*victim opinion statement*)

⁶⁹ KUHAP pada dasarnya lebih banyak mengatur tentang perlindungan terhadap hak-hak terdakwa maupun hak-hak tersangka jika dibandingkan dengan perlindungan kepada saksi maupun korban.

berkaitan dengan proses peradilan terutama berkaitan dengan kepentingannya. Hak-hak yang sifatnya prosedural ini seharusnya diatur untuk lebih menjamin perlindungan terhadap korban dan saksi.

Hal lain yang sangat penting dalam hal perlindungan saksi adalah adanya unit atau badan khusus yang menangani kepentingan saksi dan korban. Badan ini akan secara khusus menangani berbagai permasalahan yang berkaitan dengan saksi terutama berkenaan dengan saksi korban. Unit khusus untuk saksi dan korban akan memberikan perlindungan kepada saksi dan korban bukan hanya pada perlindungan secara fisik termasuk penanganan trauma kepada korban tetapi juga dapat merekomendasikan tentang langkah-langkah perlindungan bagi saksi dan korban ketika memberikan kesaksian dalam setiap tahapan proses peradilan. Lembaga ini sangat penting ketika aparat penegak hukum lainnya dalam hal ini jaksa dan hakim ternyata dalam prakteknya tidak cukup memberikan ataupun mengambil langkah-langkah yang perlu bagi saksi dan korban untuk melindungi mereka. Rekomendasi terhadap kebutuhan lembaga khusus untuk perlindungan saksi dan korban ini adalah sesuai dengan ketentuan tentang unit korban dan saksi seperti halnya pengaturan dalam *international criminal court* dan beberapa praktek peradilan misalnya ICTY dan ICTR dengan melakukan berbagai penyesuaian dengan kondisi sistem peradilan Indonesia.

Dalam regulasi peradilan internasional seperti halnya *international criminal court* terdapat unit korban dan saksi yang berada di bawah kepaniteraan. Unit ini memiliki beberapa tugas dan tanggung jawab berkenaan dengan perlindungan saksi dan korban.⁷⁰ Unit Korban dan Saksi ini mempunyai tugas-tugas khusus yang berkenaan dengan perlindungan terhadap korban dan saksi misalnya menyediakan perlindungan yang memadai dan langkah-langkah pengamanan kepada saksi termasuk juga membuat perencanaan jangka pendek dan jangka panjang untuk perlindungan kepada saksi.⁷¹ Sebagai contoh misalnya unit perlindungan Korban dan Saksi di ICTR yang melakukan pengawalan terhadap saksi dari tempat tinggalnya ke Aruza (tempat persidangan) dan menjamin keamanan para saksi tersebut selama waktu pemberian kesaksian. Disamping itu unit ini juga secara berkala memantau dan mengevaluasi situasi keamanan dari masing-masing saksi.

Untuk melengkapi kelemahan persoalan perlindungan saksi, pada tahun 2006 dibentuk UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban. UU ini merupakan regulasi khusus untuk memberikan perlindungan saksi dan korban dan tidak hanya untuk pelanggaran HAM yang berat. Dalam UU ini terdapat sejumlah ketentuan baru yang melengkapi kelemahan pengaturan perlindungan saksi dalam UU No.26/2000. Diantara ketentuan yang diatur adalah adanya sejumlah hak saksi untuk perlindungan mental dan fisik, perlindungan hak-hak prosedural saksi⁷² dan juga regulasi tentang pemeriksaan saksi yang sebelumnya belum diatur di KUHAP, misalnya pemeriksaan saksi di persidangan yang memberikan saksi diperiksa dengan metode-metode khusus ketika saksi dalam ancaman yang sangat berat.⁷³

UU No. 13/2006 juga memandatkan adanya institusi khusus untuk memberikan perlindungan saksi dan korban yaitu Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK). Lembaga ini bertanggungjawab untuk menangani pemberian perlindungan dan Bantuan kepada saksi dan korban.⁷⁴

6. Pemulihan Korban

Pasal 35 UU No. 26 Tahun 2000 mengatur tentang hak bagi korban dan ahli warisnya dalam pelanggaran HAM yang berat yaitu hak atas kompensasi, restitusi dan rehabilitasi. Kompensasi, restitusi dan rehabilitasi ini dicantumkan dalam amar putusan. Selanjutnya ketentuan mengenai kompensasi, restitusi dan rehabilitasi ini diatur dalam Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 3 Tahun 2002.

⁷⁰ Lihat pasal 43 (6) Statuta Roma. ICTY (berdasarkan pada pasal 22 dan *Rule 34* Hukum Acara dan Pembuktian ICTY) dan ICTR juga membentuk unit korban dan saksi di bawah otoritas kepaniteraan. Dalam ICTR, Unit Korban dan Saksi berada di Arusha (Tanzania) dan mempunyai cabang di Kigali (Rwanda).

⁷¹ Lihat aturan 17 Hukum Acara dan Pembuktian ICC.

⁷² Lihat Pasal 5 UU No. 13 tahun 2006.

⁷³ Lihat pasal 9 UU No. 13 tahun 2006.

⁷⁴ Lihat Pasal 12 UU No. 13 tahun 2006.

Pasal 35 ayat (1):

"Setiap korban pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan atau ahli warisnya dapat memperoleh kompensasi, restitusi, dan rehabilitasi"

Dalam pengaturan mengenai kompensasi, restitusi dan rehabilitasi bagi para korban dan ahli warisnya baik UU No. 26 Tahun 2000 maupun PP No. 3 Tahun 2002 mensyaratkan bahwa kompensasi, restitusi dan rehabilitasi ini tercantum dalam amar putusan pengadilan HAM. Dengan adanya ketentuan ini dapat ditafsirkan bahwa khusus terhadap kompensasi, restitusi dan rehabilitasi dalam pelanggaran HAM berat selalu bersamaan dengan putusan pengadilan HAM. PP No. 3 Tahun 2002 mengatur tentang definisi kompensasi, restitusi dan rehabilitasi.

Pasal 1 PP No. 3 Tahun 2002 menjelaskan tentang maksud kompensasi, restitusi dan rehabilitasi:

"Kompensasi adalah ganti kerugian yang diberikan oleh negara karena pelaku tidak mampu memberikan ganti kerugian sepenuhnya yang menjadi tanggung jawabnya."

"Restitusi adalah ganti kerugian yang diberikan kepada korban atau keluarganya oleh pelaku atau pihak ketiga, dapat berupa pengembalian harta milik, pembayaran ganti kerugian untuk kehilangan atau penderitaan, atau penggantian biaya untuk tindakan tertentu."

"Rehabilitasi adalah pemulihan pada kedudukan semula, misalnya kehormatan, nama baik, jabatan, atau hak-hak lain."

Berdasarkan atas pengaturan diatas, pengertian kompensasi mempunyai konsekuensi yuridis dimana kompensasi dikaitkan dengan tanggungjawab pelaku kejahatan yang dilakukannya. Pengertian kompensasi yang merupakan ganti kerugian yang diberikan oleh negara mensyaratkan adanya pelaku yang dinyatakan bersalah dan oleh karena dia dibebani kewajiban untuk membayar restitusi.⁷⁵ Selama pelaku tidak mampu membayar ganti kerugian maka kompensasi akan diberikan oleh negara. Ketentuan demikian menunjukkan bahwa kompensasi tidak serta merta menjadi hak korban pelanggaran HAM yang berat jika terdakwa tidak dinyatakan bersalah oleh pengadilan sementara peristiwa yang menimpa para korban diakui sebagai pelanggaran HAM yang berat.

Konsekuensi atas pengaturan kompensasi tersebut mengakibatkan putusan mengenai kompensasi kepada korban baru ada setelah terdakwa dinyatakan bersalah. Pasal 35 ayat (2) mengatur ketentuan bahwa putusan mengenai kompensasi, restitusi dan rehabilitasi ini sebagaimana disebutkan diatas, harus dicantumkan dalam amar putusan. Putusan tentang kompensasi ini akan gugur atau tidak ada lagi jika pada pengadilan tingkat selanjutnya (banding) korban ternyata dibebaskan dan dinyatakan tidak bersalah. Kasus Tanjung Priok menunjukkan bahwa putusan mengenai kompensasi kepada korban tidak ditegaskan kembali atau tidak menjadi keputusan yang mengikat karena korban yang pada pengadilan tingkat pertama dinyatakan bersalah tetapi pada tingkat banding dibebaskan.

Pengertian kompensasi ini seharusnya tidak menggantungkan pada ada tidaknya kemampuan pelaku untuk membayar ganti kerugian kepada korban karena dengan definisi yang demikian ada konsekuensi lanjutan yakni tentang kapan kompensasi akan diberikan setelah adanya putusan mengenai kompensasi kepada korban. Karena kompensasi menggantungkan kepada ada tidaknya kesalahan terdakwa maka secara logika kompensasi ini akan diberikan setelah adanya keputusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap dimana memang pelaku dinyatakan bersalah dan oleh karenanya dia dikenakan kewajiban untuk membayar ganti kerugian kepada korban. Pasal 3 ayat (1) PP No. 3/2002 juga mensyaratkan bahwa pelaksanaan pemberian kompensasi oleh instansi pemerintah berdasarkan atas keputusan yang mempunyai kekuatan hukum yang tetap dengan kata lain bahwa setelah ada putusan kasasi (misalnya terdakwa menyatakan kasasi) baru pelaksanaan kompensasi kepada korban akan dilakukan. Dengan demikian, substansi atas kompensasi ini selalu mendasarkan pada aspek bersalahnya pelaku dan bukan karena terjadinya peristiwa. Seharusnya ketika suatu peristiwa telah diakui oleh

⁷⁵ Bandingkan dengan keputusan mengenai pengertian kompensasi dalam UU No. 27 tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi. Kompensasi diartikan sebagai ganti kerugian yang diberikan oleh negara terhadap korban pelanggaran HAM yang berat. Ketentuan dalam UU ini tidak mendasarkan pada kemampuan pelaku untuk membayar ganti kerugian atau tidak.

pengadilan bahwa peristiwa tersebut adalah pelanggaran ham yang berat dan oleh karenanya ada korban maka putusan mengenai kompensasi tersebut harus dapat dilaksanakan.

Pengaturan mengenai bentuk kompensasi dan rehabilitasi juga tidak mempunyai indikator yang jelas dan bagaimana hakim menentukan kompensasi, restitusi dan rehabilitasinya. Pasal 2 ayat (2) PP No. 3/2002 menyatakan bahwa pemberian kompensasi harus diberikan secara tepat, layak dan cepat sementara mengenai besarnya ganti kerugian diserahkan sepenuhnya kepada hakim yang memeriksa perkara.

Penjelasan umum PP No. 3/2002 menyatakan:

*"Mengenal besarnya ganti kerugian atau pemulihan kebutuhan dasar tersebut **diserahkan sepenuhnya kepada hakim yang memutus perkara yang dicantumkan dalam amar putusannya. Jadi, hakim diberikan kebebasan sepenuhnya secara adil, layak, dan cepat mengenai besarnya ganti kerugian tersebut berdasarkan hasil penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan, serta pemeriksaan di sidang pengadilan beserta bukti-bukti yang mendukungnya.**"*

Rumusan istilah tepat, layak dan cepat ini terdapat kontradiksi dalam pengaturannya terutama berkaitan dengan pemberian kompensasi secara cepat. Penjelasan istilah cepat ini dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan cepat adalah bahwa penggantian kerugian dan atau pemulihan hak-hak lainnya diberikan kepada korban sesegera mungkin dalam rangka secepatnya mengurangi penderitaan korban. Sementara pengaturan dalam pasal lain, sebagaimana disebutkan diatas, pelaksanaan pemberian kompensasi berdasarkan keputusan pengadilan HAM yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap yang berarti pula bahwa korban harus menunggu sampai putusan kasasi untuk mendapatkan hak nya atas kompensasi.

Penjelasan mengenai besarnya ganti kerugian dan pemulihan kebutuhan dasar yang adil, layak dan cepat dalam prakteknya menyulitkan dalam penerapannya. Rumusan bahwa ganti kerugian berdasarkan atas adil, layak dan cepat sangat tergantung dan hanya berdasarkan atas subyektifitas hakim. Tidak ada aturan yang jelas mengenai penghitungan ganti kerugian ini mengingat ketentuan mengenai ganti kerugian yang ada tidak bisa dipersamakan untuk diterapkan dalam kasus pelanggaran HAM yang berat. Ketentuan dalam PP tentang Kompensasi, restitusi ini seharusnya juga mengatur tentang bagaimana bentuk ganti kerugian bagaimana cara menghitung besarnya jika misalnya kompensasi atau restitusi ini berupa uang. Ketiadaan atas rumusan cara penghitungan ini mengakibatkan putusan mengenai kompensasi tidak mempunyai acuan yang jelas sementara pengaturan mengenai kompensasi untuk korban pelanggaran HAM yang berat.

Konsekuensi atas lemahnya rumusan ketentuan mengenai kompensasi, restitusi dan rehabilitasi ini pada akhirnya akan merugikan korban dan hal ini terbukti misalnya putusan pengadilan HAM ad hoc kasus Tanjung Priok yang memberikan putusan kompensasi kepada korban. Majelis hakim menyatakan memberikan kompensasi kepada korban dan ahli warisnya yang proses serta jumlahnya ditetapkan sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Rumusan putusan ini membingungkan karena kewenangan mengenai jumlah atau besarnya ganti kerugian adalah sepenuhnya kewenangan majelis hakim untuk menentukan sementara majelis hakim malah menunjuk besar jumlah komensasi kepada peraturan yang berlaku sementara sampai dengan saat ini tidak ada peraturan mengenai bagaimana menghitung jumlah kompensasi dalam kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat.

Dengan adanya UU No. 13/2006, terdapat regulasi yang memberikan ketentuan tentang hak-hak pemulihan korban pelanggaran HAM yang berat. Selain kompensasi dan restitusi, UU No. 13 juga memberikan korban pelanggaran HAM yang berat dengan bantuan medis dan bantuan rehabilitasi psiko sosial.⁷⁶ Sementara rumusan tentang pengertian kompensasi dan restitusi dalam UU No. 13/2006, yang diatur dalam PP No. 44 tahun 2008 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban, tidak jauh berbeda dengan ketentuan dalam UU No. 26/2000.

Prosedur Pengajuan

PP No. 3 Tahun 2002 mengatur tentang kompensasi, restitusi dan rehabilitasi dalam kaitan dengan tata cara dan dapat diterimanya kompensasi, restitusi dan rehabilitasi tersebut. Kompensasi, restitusi dan rehabilitasi dapat diterima setelah

⁷⁶ Lihat pasal 6 UU No. 13 tahun 2006.

adanya keputusan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap. Dengan demikian pelaksanaan kompensasi, restitusi dan rehabilitasi terhadap korban baru dapat dilaksanakan setelah perkara selesai dan tidak ada upaya hukum lagi. PP ini juga tidak mengatur tentang mekanisme pengajuan kompensasi, restitusi dan rehabilitasi.

Tidak adanya pengaturan tentang pengajuan kompensasi, restitusi dan rehabilitasi ini menimbulkan kesulitan atau tentang siapa yang berhak mengajukan tuntutan dan bagaimana tuntutan kompensasi, restitusi dan rehabilitasi itu diajukan ke pengadilan.⁷⁷ Melihat bahwa kompensasi, restitusi dan rehabilitasi dapat diberikan berdasarkan amar putusan pengadilan HAM maka secara yuridis dalam surat dakwaan tuntutan terhadap parat terdakwa juga harus disertai dengan adanya tuntutan untuk kompensasi, restitusi dan rehabilitasi. Dengan demikian maka pihak yang mempunyai kewenangan untuk mengajukan kompensasi, restitusi dan rehabilitasi adalah Jaksa Agung sebagai penuntut umum dalam kasus pelanggaran HAM yang berat. Dalam fungsi ini Jaksa Agung mewakili kepentingan korban.

Ketentuan lainnya yang dapat dijadikan prosedur untuk dapat dilakukan pengajuan tuntutan kompensasi, restitusi dan rehabilitasi adalah berdasarkan KUHAP. Dimana korban sebagai pihak ketiga dalam proses pengadilan mempunyai hak untuk melakukan tuntutan ganti kerugian atas kejahatan yang dialaminya. Prosedur pengajuan tuntutan ini dengan menggunakan mekanisme penggabungan tuntutan ganti kerugian dengan perkara pidananya. Permintaan atau ganti kerugian ini dalam berupa petitum dari korban yang dapat diajukan sebelum penuntut umum melakukan tuntutan pidana atau jika penuntut umum tidak menghadiri persidangan selambat-lambatnya dengan sebelum putusan pengadilan dibacakan.⁷⁸

Untuk mensikapi kebuntuan regulasi yang berkenaan dengan pengajuan kompensasi ini akhirnya korban secara sendiri-sendiri mengajukan tuntutan kerugian atau kompensasi. Dalam beberapa persidangan dalam pengadilan ham ad hoc Tanjung Priok, saksi-saksi korban mengajukan tuntutan yang jumlahnya bervariasi. Selain ini, sebelum Jaksa penuntut umum mengajukan tuntutan pidana, kelompok korban juga mengajukan tuntutan yang disampaikan kepada JPU. Namun tuntutan ini hanya dilampirkan dalam tuntutan pidana dan bukan merupakan satu upaya yang serius dari penuntut umum untuk menuntut kompensasi, hal ini terlihat karena baik jumlah maupun besaran nilai kompensasi ditentukan sendiri oleh korban maupun pendampingnya.

Dalam praktek pengadilan HAM ad hoc kasus pelanggaran HAM yang berat Timor-timur tidak ada keputusan mengenai adanya kompensasi, restitusi dan rehabilitasi bagi para korban meskipun ada terdakwa yang dinyatakan bersalah dan pelakunya dijatuhi pidana. Ketiadaan amar putusan tentang kompensasi, restitusi dan rehabilitasi ini dapat dipahami karena memang tidak ada tuntutan mengenai kompensasi, restitusi dan rehabilitasi kepada pengadilan sehingga tidak ada kewajiban untuk memutuskan tentang kompensasi, restitusi dan rehabilitasi bagi korban dan ahli warisnya. Jaksa tidak pernah melakukan upaya penuntutan dengan menyertakan tuntutan kompensasi, restitusi dan rehabilitasi demikian pula dengan korban dan ahli warisnya.

Kasus Tanjung Priok ada 2 keputusan mengenai kompensasi kepada korban yaitu keputusan adanya kompensasi kepada korban tanpa memberikan jumlahnya yang kedua adalah keputusan mengenai kompensasi kepada korban dengan disertai jumlah dan siapa korban yang berhak menerima. Kedua putusan dengan kompensasi ini mendasarkan pada adanya kesalahan terdakwa dimana untuk kasus (berkas) yang terdakwanya dinyatakan tidak bersalah tidak ada putusan mengenai kompensasi kepada korban.⁷⁹

Dengan melihat pengaturan dan praktek yang terjadi dalam pengadilan HAM ad hoc dapat menjelaskan tentang perlunya pengaturan secara khusus tentang kompensasi, restitusi dan rehabilitasi terutama berkenaan dengan prosedur pengajuan

⁷⁷ Mengenai pengaturan pemberian hak-hak reparasi kepada korban ini, dalam pengaturan ICTY, ICTR dan ICC juga berbeda-beda. ICTY dan ICTR tidak memberikan hak-hak reparasi dalam yurisdiksinya. Namun ICTY dan ICTR mengatur tentang mekanisme pengajuan klaim hak reparasi korban ini dengan prosedur tertentu misalnya pengajuan ke otoritas yang lebih kompeten. Hal ini berbeda dengan pengaturan dalam ICC dimana mekanisme untuk menyediakan *remedies* kepada korban mekanismenya bisa lebih cepat yang tidak mensyaratkan adanya pelaksanaan *remedies* tersebut melalui pengadilan nasional atau lembaga lainnya yang kompeten.

⁷⁸ Lihat pasal 98 KUHAP.

⁷⁹ Lihat rumusan kompensasi di PP No. 3/2002 dimana mendasarkan kepada adanya kesalahan pelaku..

yang berbeda dengan KUHP. Jaksa Agung dalam kenyataannya tidak bisa diharapkan untuk dapat melakukan upaya penuntutan untuk terpenuhinya hak-hak korban terutama hak yang berkenaan dengan kompensasi, restitusi dan rehabilitasi. Sedangkan korban dan ahli warisnya kadangkala tidak mempunyai kemampuan untuk melakukan penuntutan atas hak-hak mereka karena berbagai macam sebab secara yuridis tidak ada mekanisme secara pasti bagaimana para korban ini dapat mengajukan permohonan kompensasi, restitusi, dan rehabilitasi.

Berdasarkan kelemahan tersebut, kemudian prosedur pengajuan ini mendapatkan landasan yang lebih memadai dengan adanya UU No. 13/2006, yang dijabarkan PP No. 44 tahun 2008 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban. Dalam PP tersebut telah diatur bagaimana proses pengajuan kompensasi dan restitusi korban pelanggaran HAM yang berat, diantara juga mengatur peran Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK).⁸⁰

7. Penghukuman

Ketentuan pidana diatur dalam Bab VII dari pasal 36 sampai dengan pasal 42 UU No. 26 Tahun 2000. Ketentuan pidana dalam UU No. 26 Tahun 2000 ini menggunakan ketentuan pidana minimal yang dianggap sebagai ketentuan yang sangat progresif untuk menjamin bahwa pelaku pelanggaran HAM yang berat ini tidak akan mendapatkan hukuman yang ringan.

Pasal 36 mengatur tentang ketentuan pidana untuk kejahatan genosida yakni dengan ancaman hukuman mati atau pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 25 tahun dan pidana paling singkat 10 tahun. Ketentuan pidana ini sama dengan kejahatan yang diatur dalam pasal 9 (tentang kejahatan terhadap kemanusiaan) huruf a (pembunuhan), b (pemusnahan), d (pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa), atau j (kejahatan apartheid).

Bentuk kejahatan terhadap kemanusiaan lainnya yaitu perbudakan diancam dengan pidana selama-lamanya 15 tahun dan paling singkat 5 tahun (ps 38). Demikian pula dengan kejahatan kemanusiaan yang berupa dengan kejahatan terhadap kemanusiaan yang berupa penyiksaan diancam hukuman paling lama 15 tahun dan paling rendah 5 tahun (ps 39). Kejahatan terhadap kemanusiaan yang berupa perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran paksa, pemaksaan kehamilan, kemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lainnya yang setara diancam pidana selama-lamanya 20 tahun dan serendah-rendahnya selama 10 tahun (pasal 40).

Pasal 41 mengatur khusus mengenai pihak-pihak yang melakukan pelanggaran HAM berat berupa percobaan dan ikut serta berupa permufakatan jahat atau pembantuan terhadap terlaksananya pelanggaran HAM berat, ancaman hukumannya dipersamakan dengan ketentuan pasal 36, 37, 38, 39 dan 40. Ketentuan ini mengindikasikan bahwa apapun peranan pelaku baik karena percobaan pelanggaran HAM berat, ikut serta dalam permufakatan jahat untuk melakukan pelanggaran HAM berat maupun pembantuan terhadap terlaksananya pelanggaran HAM berat tidak ada pengaturan pengecualian terhadap mereka karena ancamannya dipersamakan.

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."

Pasal 41 sebagaimana disebutkan diatas yang mengatur tentang percobaan, permufakatan jahat atau pembantuan untuk melakukan kejahatan ini dalam praktek pengadilan Timor-timur maupun Tanjung Priok sebetulnya telah diterapkan dalam beberapa surat dakwaan dimana para terdakwa dituntut selain melakukan percobaan juga ikut serta dalam kejahatan tersebut. Namun, dakwaan lebih banyak diarahkan dengan menggunakan ketentuan pasal 55 KUHP tentang penyertaan (*deelneming*).⁸¹ Dari surat dakwaan yang menggunakan ketentuan pasal 55 tentang penyertaan tersebut memang tidak pernah berhasil dibuktikan di pengadilan dan para terdakwa dinyatakan bersalah. Oleh karenanya tidak ada satupun terdakwa

⁸⁰ Selengkapnya mengenai prosedur ini dapat dilihat dalam PP No. 44 tahun 2008 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban, dan juga SOP yang telah dibuat oleh LPSK.

⁸¹ Surat dakwaan yang menggunakan pasal 55 KUHP ini adalah surat dakwaan terhadap Herman Sedyono dkk, Asep Kuswani dkk dalam kasus Timor-timur dan surat dakwaan terhadap Sriyanto dalam kasus Tanjung Priok. Para terdakwa tersebut dituntut ikut serta secara bersama-sama melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan.

yang dijatuhi hukuman sehingga tidak kelihatannya bagaimana konsekuensi atas tuduhan mengenai ikut serta dalam kejahatan terhadap kemanusiaan dikaitkan dengan penjatuhan hukuman terhadap para terdakwa tersebut.

Namun demikian, pemidanaan terhadap pihak yang dinyatakan bersalah dalam prakteknya tidak dapat sepenuhnya dilakukan mengingat dalam dua pengadilan yang telah dilakukan masih terdapat putusan yang menghukum para terdakwa dengan hukuman dibawah minimum pemidanaan. Penjatuhan pidana yang dibawah ketentuan UU ini meyulut kontroversi karena dianggap sebagai sebuah putusan yang mendobrak ketentuan yang sudah jelas dalam undang-undang .

Dalam Putusan Pengadilan HAM ad hoc kasus Timor-timur dari 6 orang yang dinyatakan bersalah hanya satu orang saja yang dihukum sesuai dengan UU yaitu 10 tahun, selebihnya dihukum antara 3 tahun sampai dengan 5 tahun. Para terdakwa ini 2 orang sipil, 1 orang anggota kepolisian dan 3 lainnya dari militer. Di tingkat banding, putusan terhadap kasus pelanggaran HAM di Timor-timur yang tak terpantau oleh publik ini ternyata menghasilkan putusan yang semakin meneguhkan bahwa pengadilan ini telah gagal. Dari 6 orang yang dinyatakan bersalah di tingkat pertama hanya 2 yang tetap dinyatakan bersalah yang dua-duanya dari sipil, satu terdakwa tetap dengan hukuman yang sama dan satu lagi mengalami pengurangan hukuman dari 10 tahun menjadi 5 tahun. Bahkan ditingkat kasasi, Mahkamah Agung juga tetap memberikan putusan 3 tahun penjara atas salah seorang terdakwa.

Argumentasi hakim mengenai hukuman yang jauh dibawah ketentuan undang-undang adalah berkaitan dengan berbagai pertimbangan mengenai konsep keadilan dan penghukuman kepada korban. Penjatuhan hukuman kepada terdakwa juga harus dilihat sesuai dengan tingkat kesalahan atas peranan terdakwa dalam kejahatan yang terjadi. Hakim secara tegas menyatakan bahwa hakim bukan merupakan corong undang-undang yang harus mematuhi setiap ketentuan dalam undang-undang.

Argumen yang lebih yuridis disampaikan oleh majelis hakim untuk terdakwa Soedjarwo yang dihukum 5 tahun penjara. Dalam argumentasinya majelis hakim menyatakan bahwa lama penjatuhan pidana yang dibawah ketentuan minimal dalam UU ini dikaitkan dalam asas atau prinsip dalam hukum pidana Indonesia yaitu mengenai ketentuan atas dua ancaman hukuman yang terhadap sebuah delik yang sama dikenakan hukuman yang paling meringankan terdakwa (pasal 1 ayat 2 KUHP). Argumentasi yang juga berperspektif hukum dikemukakan bahwa dalam praktek peradilan internasional tidak pernah ada konsep hukuman minimal dan beberapa putusan pengadilannya juga memutuskan hukuman yang sesuai dengan tingkat kesalahan terdakwa.

Mengenai putusan yang dibawah ancaman minimal ini tampaknya tidak pernah ada perbaikan dari institusi pengadilan yang lebih tinggi. Hal ini terlihat dari putusan terdakwa Eurico Gutteres ditingkat banding yang menjatuhkan hukuman 5 tahun penjara dari 10 tahun. Demikian pula putusan majelis hakim di tingkat kasasi terhadap terdakwa Abilio Soares yang tetap dijatuhi hukuman 3 tahun penjara. Sampai dengan saat ini tidak jelas apa argumentasi dari majelis hakim banding dan kasasi tersebut terhadap putusan pidana yang menyalahi ketentuan undang-undang ini.

Keputusan ini menjadikan preseden dalam kasus berikutnya yaitu dalam keputusan terhadap para terdakwa di pengadilan HAM ad hoc kasus Tanjung Priok. Pengadilan ini memberikan putusan antara 3 tahun sampai dengan 2 tahun terhadap 11 terdakwa yang merupakan pelaku lapangan dan 10 tahun kepada seorang terdakwa. Tidak begitu jelas bagaimana pengadilan memutuskan hukuman yang berbeda dan jauh menyimpang dari ketentuan UU.

Fakta ini menunjukkan bahwa norma yang terkandung dalam UU, meskipun dinyatakan secara tegas, ternyata tidak dapat berlaku secara efektif bahkan seringkali disimpangi oleh lembaga peradilan itu sendiri. Ketentuan ini dapat dikatakan sebagai ketentuan yang tidak berlaku dan telah menjadi preseden bahwa ketentuan ini telah bisa disimpangi. Dengan kondisi yang demikian, rumusan tentang ketentuan hukuman minimal ini perlu dikaji ulang atau dihapuskan karena terbukti tidak pernah bisa dilaksanakan secara konsekuen. Konsep tentang pemidanaan untuk kasus pelanggaran HAM yang berat ini harus dilakukan untuk memberikan keadilan karena kejahatan yang dilakukan adalah kejahatan yang sifatnya luar biasa.

UU No. 26/2000 tidak mengatur tentang alasan-alasan mengenai bagaimana lama dan bentuk pidana harus dijatuhkan termasuk pertimbangan apa saja yang harus dilakukan untuk menilai kejahatan terdakwa. Hal ini berbeda dengan regulasi di ICTY dan ICRT yang menentukan tujuan-tujuan utama dari pidanaaan.

Pasal 24 Statuta untuk ICTY:

1. *The Penalty imposed by the Trial Chamber shall be limited to Imprisonment. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chamber shall have recourse to general practice regarding prison sentence in the courts of the former Yugoslavia.*
2. *In imposing the sentences, the Trial Chambers should take into account such factors as the gravity of the offence and the individual circumstances of the convicted person.*

Ketentuan dalam ICTY itu juga secara persis diadopsi dalam Statuta ICTR dalam pasal 23 ayat (1) dan ayat (2). Dalam prakteknya, beberapa aspek penghukuman ditujukan untuk memenuhi beberapa tujuan dari pidanaaan, dimana dalam pengadilan ICTY dinyatakan bahwa hukum internasional tidak mengembangkan pola pidanaannya sendiri tetapi harus mengikuti pengalaman dari pengadilan domestik sebagai panduan.⁸² Ketentuan ini kemudian diikuti oleh Statuta Roma yang mengatur tentang penetapan hukuman dalam pasal 78.

Pasal 78 Statuta Roma:

1. *Dalam menentukan hukuman, Mahkamah, sesuai dengan Aturan Prosedur dan Pembuktian, harus memperhitungkan faktor-faktor seperti misalnya beratnya kejahatan dan keadaan-keadaan pribadi dari orang yang dihukum.*
2. *Dalam menjatuhkan hukuman penjara, Mahkamah harus mengurangnya dengan waktu, kalau ada, yang dilewatkan sebelumnya dalam penahanan sesuai dengan suatu perintah dari Mahkamah. Mahkamah dapat mengurangi waktu yang sebaliknya dilewatkan dalam penahanan dalam hubungannya dengan perbuatan yang mendasari kejahatan itu.*
3. *Apabila seseorang telah dihukum karena lebih dari satu kejahatan, maka Mahkamah harus mengumumkan setiap hukum bagi setiap kejahatan dan hukuman bersama yang menyebutkan jumlah keseluruhan jangka waktu lamanya dipenjara. Jangka waktu ini harus tidak kurang dari angka tertinggi masing-masing hukuman yang diumumkan dan tidak melebihi 30 tahun penjara atau hukuman penjara seumur hidup sesuai dengan pasal 77, ayat 1(b).*

Sementara dalam pasal 77 menentukan tentang hukuman yang dapat diterapkan dimana ICC dalam menentukan hukuman harus memperhitungkan faktor-faktor misalnya beratnya kejahatan (*gravity of the crimes*) dan keadaan individual dari orang yang dihukum (*individual circumstances of the convicted person*). Selain itu, lamanya hukuman juga ditentukan secara tegas dimana tidak boleh melebihi 30 tahun dan seumur hidup jika dikaitkan dengan gawatnya kejahatan dan keadaan orang yang terkena hukuman (*the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person*). Hukuman juga bisa dalam bentuk denda yang ditentukan berdasarkan hukum acara dan pembuktian.

Pasal 77 Ayat 1:

"Tunduk pada pasal 110, Mahkamah dapat mengenakan satu di antara hukuman-hukuman berikut ini kepada seseorang yang dihukum atas suatu kejahatan berdasarkan pasal 5 Statuta ini: a) Hukuman penjara selama tahun-tahun tertentu, yang tidak melebihi batas tertinggi 30 tahun; atau b) Hukuman penjara seumur hidup apabila dibenarkan oleh gawatnya kejahatan dan keadaan-keadaan pribadi dari orang yang dihukum"

Ayat 2:

"Di samping hukuman penjara, Mahkamah dapat memutuskan: a) Denda berdasarkan kriteria yang ditetapkan dalam Hukum Acara dan Pembuktian; b) Penebusan hasil, kekayaan dan aset yang berasal langsung atau tidak langsung dari kejahatan itu, tanpa merugikan hak-hak pihak ketiga yang bona fide"

⁸² Celebici case, Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Esad Lando.

Undang-undang No. 26/2000 tidak mengatur secara tegas mengenai kepentingan dalam penjatuhan hukuman dan kebutuhan untuk melihat keadaan-keadaan individu yang dinyatakan bersalah sehingga beberapa putusan tentang penjatuhan pidana diatas hanya berdasarkan atas argumen hakim semata. Penjatuhan hukuman seharusnya tidak hanya berdasarkan atas tidak adanya praktek internasional yang memberikan limitasi minimal ppidanaan tetapi juga melihat berat ringannya kejahatan (*gravity of the crimes*).

Hal lain yang perlu mendapat perhatian dalam ketentuan ppidanaan ini adalah berkaitan dengan ancaman hukuman mati. Hal ini berdasarkan ketentuan piagam PBB bertentangan karena melanggar atas hak hidup yang merupakan hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non derogable rights*). Baik dalam Statuta ICTY maupun ICTR tidak ada hukuman mati yang diatur, demikian pula dengan ICC yang malah membatasi lama hukuman sementara dalam UU No. 26/2000 malah mengatur tentang adanya ancaman hukuman mati. Berdasarkan prinsip-prinsip dan pengalaman dalam ICTY, ICRT dan Statuta untuk ICC diatas, ancamana hukuman mati dalam UU No. 26/2000 ini selayaknya untuk dicabut.

8. Penutup

Sejak tahun 2000, dengan diundangkannya UU No. 26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM, Indonesia mempunyai mekanisme untuk melakukan penuntutan data kasus-kasus kejahatan terhadap kemanusiaan dan kejahatan genosida. Hadirnya mekanisme ini membuka peluang dihadapkannya pelaku pelanggaran HAM berat yang sebelumnya menikmati impunitas ke depan pengadilan. Pengadilan ini juga memberikan mekanisme untuk pemenuhan hak-hak korban yakni pengaturan tentang kompensasi, restitusi dan rehabilitasi. Namun, Putusan-putusan pengadilan HAM sampai saat ini secara umum belum memberikan hasil sebagaimana harapan banyak pihak sebagaimana saat awal pengadilan ini diupayakan.⁸³

Berbagai factor memang mempengaruhi perjalanan pengadilan HAM di Indonesia, selain regulasi juga factor-faktor lainnya, oleh karenanya untuk perkembangan kedepan penting untuk melakukan perbaikan dalam tataran regulasi sebagai landangan pengadilan HAM yang kuat.

⁸³ Lihat Laporan Pemantauan, “Pengadilan Yang Melupakan Korban”, Kelompok Kerja Pengadilan HAM, ELSAM-KONTRAS, PBHI, 2006.

Lampiran Hasil Pengadilan HAM

No	Kasus	Perkembangan Kasus				Kompensasi
1.	Pelanggaran HAM di Timor-Timur	Terdakwa	Tingkat I	Banding	Kasasi	Tidak ada satupun putusan tentang Kompensasi, Restitusi dan rehabilitasi Kepada Korban
		1. Adam Damiri	3 Tahun	Bebas	-	
		2. Tono Suratman	Bebas		Bebas	
		3. M. Noermuis	5 Tahun	Bebas	bebas	
		4. Endar Prianto	Bebas		Bebas	
		5. Asep Kuswani	Bebas		Bebas	
		6. Soejarwo	5 Tahun	Bebas	Bebas	
		7. Yayat Sudrajat	Bebas	Bebas	Bebas	
		8. Liliek Koeshadiyanto	Bebas		Bebas	
		9. Achmad Syamsudin	Bebas		Bebas	
		10. Sugito	Bebas		Bebas	
		11. Timbul Silaen	Bebas		Bebas	
		12. Adios Salova	Bebas		Bebas	
		13. Hulman Gultom	3 Tahun	Bebas	Bebas	
		14. Gatot Subyaktoro	Bebas	-	Bebas	
		15. Abilio Jose Osorio Soares	3 Tahun	3 Tahun	3 Tahun (PK Bebas)	
		16. Leonito Martens	Bebas	-	Bebas	
17. Herman Sedyono	Bebas	-	Bebas			

		18. Eurico Guterres	10 Tahun	5 Tahun	10 tahun	
2.	Pelanggaran HAM di Tanjung Priok	1. Rudolf Adolf Butar-butur	10 tahun	Bebas		Pada Tk. Pertama terdapat kompensasi, tingkat Banding dengan bebasnya terdakwa tidak ada putusan yang jelas tentang Kompensasi tersebut.
		2. Pranowo	Bebas		Bebas	Tidak ada kompensasi
		3. Sriyanto	Bebas		Bebas	Tidak ada kompensasi
		4. Sutrisno Mascung	3 Tahun	Bebas	Bebas	Pada Tk. Pertama terdapat kompensasi, tingkat Banding dengan bebasnya terdakwa tidak ada putusan yang jelas tentang Kompensasi tersebut.
		5. Asrori	2 Tahun	Bebas	Bebas	
		6. Siswoyo	2 Tahun	Bebas	Bebas	
		7. Abdul Halim	2 Tahun	Bebas	Bebas	
		8. Zulfata	2 Tahun	Bebas	Bebas	
		9. Sumitro	2 Tahun	Bebas	Bebas	
		10. Sofyan Hadi	2 Tahun	Bebas	Bebas	
		11. Prayogi	2 Tahun	Bebas	Bebas	
		12. Winarko	2 Tahun	Bebas	Bebas	
		13. Idrus	2 Tahun	Bebas	Bebas	
		14. Muhson	2 Tahun	Bebas	Bebas	
		3.	Pelanggaran HAM di	Jhoni Wainal Usman	Bebas	



	Papua (Abepura).	Daud Sihombing	Bebas			
--	---------------------	----------------	-------	--	--	--